

DELIBERA N. 639/10/CONS

Ordinanza ingiunzione alla società Decatel s.r.l. per la violazione dell'articolo 3, commi 3 e 4, nonché dell'articolo 19, comma 1, della delibera n. 26/08/CIR, allegato A, con riferimento all'inottemperanza all'obbligo di vigilanza sul corretto utilizzo delle numerazioni assegnate

L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 9 dicembre 2010;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 14, e comma 31;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “*Modifiche al sistema penale*”;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS, del 15 marzo 2006, ed il relativo Allegato A, recante “*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*”, e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 26/08/CIR, del 24 luglio 2008, ed il relativo Allegato A, recante “*Piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa*”, e successive modifiche e integrazioni;

VISTO, in particolare, l'articolo 3, commi 3 e 4, nonché l'articolo 19, comma 1, Allegato A, della predetta delibera n. 26/08/CIR;

VISTO l'atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 34/10/DIT, del 27 luglio 2010, notificato in data 31 luglio 2010, con il quale veniva contestata alla società Decatel s.r.l. con sede legale in Palermo, alla via De Gasperi, 50, la violazione dell'articolo 3, commi 3 e 4, nonché dell'articolo 19, comma 1, della delibera n. 26/08/CIR, Allegato A per non aver ottemperato all'obbligo di vigilanza sul corretto utilizzo delle numerazioni assegnate e cedute ai Centri servizi, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

VISTA la memoria difensiva della società Decatel s.r.l. del 30 agosto 2010, acquisita al protocollo dell'Autorità con n. 51909 in data 1 settembre 2010;

VISTO il verbale dell'audizione della società Decatel s.r.l. tenutasi avanti questa Autorità in data 1 settembre 2010;

VISTI gli atti del procedimento

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata

La società Decatel s.r.l. ha preliminarmente eccepito l'incompetenza di questa Autorità in merito alle potestà sanzionatorie per la fattispecie *de qua*, richiamando l'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, che così dispone: *"Il Ministero vigila affinché non vi siano utilizzi della numerazione non coerenti con le tipologie di servizi per i quali le numerazioni stesse sono disciplinate dal piano nazionale di numerazione"*.

La Società eccepisce, altresì, la tardività dell'atto di contestazione notificato in data 31 luglio 2010, in quanto il decorso dei novanta giorni previsti dalla delibera n. 136/06/CONS (articolo 5, comma 2) ai fini della notificazione dell'atto di contestazione sarebbe iniziato in data anteriore a quella del verbale di accertamento. In particolare, il *dies a quo* dovrebbe essere individuato nella data di inizio dell'ispezione (3 marzo 2010 secondo la memoria della società ovvero 5 marzo 2010, come indicato in sede di audizione), se non prima, ovvero il 2 dicembre 2009, data in cui una delle segnalazioni che hanno dato luogo alla presente attività sanzionatoria è stata acquisita dall'Ufficio protocollo di questa Autorità. Per quanto concerne le due numerazioni 895 060 e 895 089, il *dies a quo* sarebbe l'8 febbraio 2010, data del verbale delle operazioni ispettive compiute da questa Autorità.

E' stato, altresì, eccepito che il Piano nazionale di numerazione (adottato dalla delibera n. 26/08/CIR, Allegato A) possa essere sussunto nella categoria degli "ordini o diffide". Di conseguenza, secondo l'odierno deducente illegittimo sarebbe un procedimento di natura sanzionatoria come il presente, che non sia stato preceduto da un previo ordine o diffida, teso a ricondurre, prima dell'irrogazione della sanzione, la condotta violativa nell'alveo della legittimità.

Quanto al merito della violazione contestata, l'operatore ritiene che la responsabilità primaria del corretto utilizzo delle numerazioni sarebbe ascritta non a sé bensì in capo al centro servizi, mentre l'assegnatario delle numerazioni risponderebbe *"soltanto di quei fenomeni in ordine ai quali sia allo stesso riconosciuta una possibilità di controllo ragionevole ed effettivo"* (cfr. memoria difensiva della Società). Tra l'altro, le clausole contrattuali che avvincono Decatel con i centri servizi delimiterebbero proprio i confini della responsabilità di quest'ultima al solo *"trasporto, instradamento, gestione della chiamata e addebito del relativo prezzo"*; sarebbe, perciò, escluso ogni obbligo di controllo sulla conformità dell'utilizzo delle numerazioni alla normativa vigente.

In ogni caso, la Società sostiene di aver osservato gli obblighi di responsabilità posti a suo carico nella corretta gestione delle numerazioni e dei rapporti con i centri servizi e che pertanto non sono sufficienti a costituire prova del contrario alcune, benché isolate, difformità nell'utilizzo delle numerazioni rispetto a quanto rilevato.

II. Valutazioni dell'Autorità

Con riferimento alla presunta incompetenza dell'Autorità, occorre evidenziare che la disposizione citata non disciplina il potere sanzionatorio in ordine ad utilizzi delle numerazioni non coerenti con le previsioni del Piano nazionale di numerazione, ma si limita a ricondurre in capo al Ministero un generico potere di vigilanza. Ne discende che la competenza a sanzionare deve essere governata dai principi generali in materia di potestà sanzionatorie, il primo dei quali è quello di legalità.

Giova richiamare le disposizioni del decreto ministeriale 2 marzo 2006, n. 145, recante *“Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo”*, con il quale il legislatore ha inteso disciplinare il settore dei servizi a sovrapprezzo, erogati su particolari numerazioni la cui assegnazione, costi ed utilizzo ritrovano la propria disciplina nel Piano nazionale di numerazione adottato da questa Autorità con delibera n. 26/08/CIR. Il legislatore attribuisce il compito di vegliare sul rispetto della normativa sia all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni che al Ministero dello sviluppo economico. Mentre il Ministero detiene competenze di vigilanza (e repressione di eventuali abusi) sull'attività dei centri servizi, l'attività dei titolari delle numerazioni rimane sotto la vigilanza dell'Autorità, che quindi conserva poteri di intervento e di repressione delle violazioni del Piano di numerazione. Questa lettura è supportata dagli articoli 21 e 22 del predetto decreto; a norma dell'articolo 21, infatti, è del Ministero dello sviluppo economico la competenza per il caso di violazioni della normativa commesse dai centri servizi, mentre è condivisa (e disgiunta) tra Ministero ed Autorità la competenza per il caso di violazioni commesse dagli operatori di comunicazione titolari delle numerazioni (articolo 22). In sintesi, è già la lettera delle norme citate a fondare una competenza dell'autorità a sanzionare tale tipo di violazioni.

Oltre a ciò, errato è postulare che il potere di sanzione sia una mera *species* del *genus* vigilanza. Il potere di vigilanza è, in realtà, sorretto da una propria autonomia e peculiarità, che si sostanzia nel compimento di una serie di funzioni che sono la supervisione, l'investigazione e l'intromissione nella sfera di attività dei soggetti sottoposti a tale potere ed ha per oggetto la verifica della corrispondenza dell'attività di tali soggetti a parametri di legittimità, tecnici e di scienza dell'amministrazione. Una funzione, perciò, di controllo e verifica del rispetto al tipo legale delle attività poste in essere dal soggetto controllato, che non automaticamente ricomprende anche il potere di irrogare sanzioni.

La società Decatel ha inteso eccepire, altresì, la tardività della contestazione della violazione, per decorso dei termini massimi previsti dalla legge dalla data dell'accertamento della violazione.

Ad avviso di questa Autorità, tuttavia, è errato assumere a parametro diversi *dies a quo* dai quali far decorrere i termini perentori per la notificazione della contestazione, perché gli atti che la parte deducente assume come determinanti per il computo dei termini non possono assolutamente essere sussunti come attività di “accertamento” da cui far decorrere i novanta giorni previsti per la notifica della contestazione. Si tratta, invece, di documenti endoprocedimentali a rilevanza esclusivamente interna, i quali per di più hanno la sola funzione di attestare determinati elementi di fatto.

L'attività di accertamento, infatti, *“non coincide con il momento in cui viene acquisito il ‘fatto’ nella sua materialità, ma deve essere comprensiva del tempo necessario alla valutazione dei dati acquisiti ed afferenti agli elementi (oggettivi e soggettivi) dell’infrazione e, quindi, della fase finale di deliberazione correlata alla complessità delle indagini tese a riscontrare la sussistenza dell’infrazione medesima e ad acquisire piena conoscenza della condotta illecita si da valutarne la consistenza agli effetti della corretta formulazione della contestazione”* (Cassazione civile, sezione II, 30 maggio 2006, n. 12830). L'Autorità, perciò, non ha potuto che contestare a alla società Decatel la violazione solo dopo la collazione di tutti gli elementi (sia in fatto che in diritto) strumentali al completo accertamento del fatto. Anzi, questa scelta si pone proprio a rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa dei privati, che possono così avere contezza di tutti gli aspetti della fattispecie in contestazione solo dopo un'attenta verifica dell'amministrazione in ordine alla loro fondatezza e rilevanza.

Risulta, perciò, erronea e da respingere l'interpretazione dell'operatore, che vorrebbe far decorrere i termini dalla data delle operazioni di verifica asseverate tramite i verbali versati in atti; il *dies a quo* per il calcolo del decorso dei termini resta, infatti, quello del verbale di accertamento.

Quanto agli elementi costitutivi dell'illecito, l'interpretazione offerta dalla ricorrente in ordine all'articolo 98, comma 11, prima parte, del decreto legislativo n. 259/2003, non tiene conto del contesto in cui opera questa Autorità né dei poteri alla stessa riconosciuti dal legislatore per l'esercizio delle proprie funzioni.

L'Autorità è titolare della potestà di dettare prescrizioni regolamentari che, in molti casi, individuano con esattezza i comportamenti che le imprese sono tenute a seguire sul mercato in cui operano. Tali comportamenti, descritti in modo preciso e puntuale nelle delibere dell'Autorità, non lasciano adito a dubbi sulla condotta da tenere ed hanno una immediata valenza prescrittiva, configurandosi come veri e propri ordini nei confronti dei destinatari (quand'anche questi ultimi possano essere più d'uno).

Quando i comportamenti sono disciplinati in maniera stringente dalle delibere dell'Autorità, la violazione di queste ultime legittima, pertanto, l'immediato intervento della stessa, senza che occorra sempre l'ulteriore passaggio costituito dall'interposizione di un provvedimento di natura monitoria (diffida) diretto ai destinatari. Tenuto conto, del resto, della chiarezza dell'ordine rivolto già in partenza all'operatore, nessun senso avrebbe avuto, una volta accertata la violazione, subordinare l'intervento sanzionatorio dell'Autorità ad un ulteriore provvedimento intermedio.

Con riguardo, infine, all'insussistenza e/o non imputabilità alla Società dell'illecito amministrativo contestato, occorre, in via preliminare, precisare qual è la condotta tipica che questa Autorità assume a parametro di valutazione per la configurazione di eventuali profili di responsabilità. Il dato normativo di cui all'articolo 3, comma 3, dell'Allegato A alla delibera n. 26/08/CONS appare, a questo proposito, incontrovertibile: *“I soggetti titolari di diritti d'uso di numerazione sono responsabili del corretto utilizzo della numerazione loro assegnata in conformità con le prescrizioni del presente piano. Tali operatori sono pertanto tenuti a garantire, con il costante impiego della massima diligenza possibile, la conformità dei servizi offerti alle prescrizioni del presente provvedimento e ad ogni altra normativa pertinente alle*

numerazioni di cui sono titolari dei diritti d'uso". Il legislatore, dunque, ha imposto a carico dei titolari delle numerazioni un onere di diligenza particolarmente intenso; esso consiste nella predisposizione ed attuazione di tutte le cautele atte ad evitare che le numerazioni in oggetto possano essere utilizzate con modalità difformi dalle previsioni normative. L'utilizzo delle numerazioni in difformità, dunque, farebbe scattare un'ipotesi di responsabilità degli operatori di comunicazione per *culpa in vigilando* che può essere eliminata solamente verificando la condotta in concreto posta in essere dall'assegnatario delle numerazioni e la sua idoneità a contrastare e vanificare eventuali tentativi di abuso.

Ebbene, già in sede di ispezione è stato rilevato (come da verbale del Servizio Ispettivo di quest'Autorità del 4 marzo 2010) che Decatel aveva attivato, nel corso del 2009, la propria attività di controllo solo a seguito di segnalazioni del Ministero dello sviluppo economico, il quale già l'aveva diffidato a far cessare gli utilizzi impropri delle numerazioni assegnate (cfr. nota del Ministero dello sviluppo economico del 19 febbraio 2009 prodotta in sede di ispezione). Ciò nonostante, il riscontro dato dalla Società alla diffida del Ministero si è limitato all'invio di una lettera standard ai centri servizi oggetto dei procedimenti di diffida, senza svolgere una più approfondita e sistematica verifica sugli utilizzi delle numerazioni assegnate; in sede istruttoria non è emersa, infatti, alcuna evidenza probatoria che la Società abbia intrapreso autonome iniziative volte ad evitare utilizzi impropri delle numerazioni. Ebbene, un semplice riscontro a contestazioni del Ministero, seppur seguito, in qualche caso, dalla sospensione e/o disattivazione della numerazione incriminata, non può costituire una condotta idonea a soddisfare i requisiti di "massima diligenza possibile" che la legge impone ai titolari delle numerazioni.

L'obbligo di vigilanza che il legislatore ha creato in capo agli assegnatari delle numerazioni, per essere conforme alla "massima diligenza possibile", potrebbe essere adempiuto tramite controlli periodici "a campione", con criteri che l'operatore di comunicazione deve definire autonomamente, ma che devono certamente essere proporzionali alla quantità di numerazioni assegnate a ciascun centro servizi e, soprattutto, essere idonei a contrastare in maniera efficace eventuali utilizzi in difformità.

Per misurare l'efficacia dell'attività di controllo dei titolari delle numerazioni, uno strumento empirico ma sicuramente indicativo è nell'aumento dei soggetti che segnalano un utilizzo difforme dal parametro tipico. Ebbene, nel caso di specie la Società ha dichiarato (si rimanda sempre al verbale di cui sopra) che, nel corso del 2010, segnalazioni per utilizzi delle numerazioni in difformità sono provenute anche da altri soggetti oltre che dal Ministero per lo sviluppo economico (unico soggetto segnalante, al contrario, nel corso del 2009). Si tratta di un chiaro indicatore dell'inefficacia dei controlli posti in essere nel 2009, poiché non è altrimenti spiegabile un tale incremento nel 2010. Del resto, è la stessa Società che ha dichiarato di aver sottoposto a verifica il 50 per cento delle numerazioni nel corso del 2010, mentre non ha potuto fornire alcun dato per l'anno precedente.

A questo proposito, è bene precisare che, in realtà, le attività di verifica svolte da Decatel nel corso del 2010 hanno avuto inizio solo in data 17 febbraio 2010, non avendo

la Società prodotto evidenza di attività compiute antecedentemente; a partire da questa data, invece, i controlli hanno subito un'improvvisa impennata. Ora, è di tutta evidenza che l'attività di controllo dei titolari delle numerazioni è efficace qualora sia denotata anche da una continuità temporale di un certo rilievo, che può essere quantificata, quanto meno, su una scala di diversi mesi, se non su scala annuale. Solo quattordici giorni sono, invece, intercorsi fra il 17 febbraio ed il 3 marzo 2010, insufficienti a rendere efficace l'attività di controllo che incombe in capo all'operatore. Prova ne sia che ben quattro delle sei numerazioni sottoposte a controllo infrangevano i limiti regolamentari. Per inciso, si rileva che le predette quattro numerazioni erano assegnate a un solo centro servizi ("Multi Line Fonia di XXX"), che, quindi, continuava impunemente ad utilizzare le numerazioni in difformità nonostante l'attività di controllo fosse nel pieno della propria attività.

RITENUTO, alla luce di quanto sopra esposto, che la condotta dell'operatore Decatel s.r.l. risulti difforme rispetto al parametro normativo come sopra indicato, in riferimento all'obbligo di vigilanza sul corretto uso delle numerazioni assegnate alla Società e cedute ai Centri servizi;

RITENUTO, pertanto, di confermare quanto rilevato in sede di accertamento in ordine all'inosservanza, da parte della società Decatel s.r.l., degli obblighi imposti dalla delibera n. 26/08/CIR in capo ai titolari delle numerazioni e, per l'effetto, di procedere ad irrogare la sanzione prevista dall'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 da determinarsi tra un minimo di euro 120.000,00 (centoventimila/00) ed un massimo di euro 2.500.000,00 (duemilioni cinquecentomila/00);

CONSIDERATO quanto segue ai fini della irrogazione della sanzione e della sua quantificazione:

- con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che la condotta omissiva della società Decatel s.r.l. deve essere valutata da un punto di vista unitario ed in considerazione dell'interesse giuridico tutelato dalla norma che, nel caso di specie, consiste nella vigilanza sul corretto utilizzo delle numerazioni da parte dei centri servizi; l'utilizzo di numerazioni diverse da quelle stabilite dal Piano per la fornitura di servizi a sovrapprezzo comporta, infatti, conseguenze particolarmente gravi in termini di tutela dell'utenza, riferibili essenzialmente alla elusione delle disposizioni in materia di soglie di prezzo, blocco di chiamata e trasparenza della fatturazione nonché l'assenza del messaggio fonico cagiona pregiudizio per l'utenza del servizio a sovrapprezzo non correttamente informata sulla tariffa applicata;

- relativamente all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va rilevato che la società Decatel s.r.l. ha provveduto alla disattivazione delle 4 numerazioni cedute a "Multi Line Fonia di XXX" in data 9 marzo 2010 (nei giorni immediatamente successivi all'ispezione compiuta da questa Autorità), mentre ha disattivato le due numerazioni cedute a "Marconi s.r.l." nel giugno 2010;

- riguardo alla personalità dell'agente, la società Decatel s.r.l. è dotata di una organizzazione interna e di risorse idonee a garantire il rispetto di quanto stabilito dalla delibera n. 26/08/CIR;

- con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, si ritiene che la situazione patrimoniale della società Decatel s.r.l. sia tale da poter ritenere la sanzione nella misura del doppio del minimo edittale sufficientemente afflittiva;

RITENUTO, alla luce delle summenzionate considerazioni, di determinare la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura del minimo edittale, equivalente ad euro 120.000,00 (centoventimila/00), in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

SENTITE le relazioni dei Commissari Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società Decatel s.r.l., con sede in Palermo, alla via De Gasperi, 50, di pagare la somma di euro 120.000,00 (centoventimila/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

DIFFIDA

la predetta Società a garantire, con il costante impiego della massima diligenza possibile, la conformità dei servizi offerti alle prescrizioni della delibera n. 26/08/CIR e ad ogni altra normativa pertinente alle numerazioni di cui sono titolari dei diritti d'uso;

INGIUNGE

alla medesima società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma sul c/c n. 871012 ovvero tramite versamento sul c/c bancario intestato alla predetta Sezione di Tesoreria e corrispondente al codice IBAN IT5400100003245348010237900, con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Delibera n. 639/10/CONS", entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell'articolo 27 della citata legge 24 novembre 1981, n. 689.

Entro il termine di giorni dieci dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità quietanza dell'avvenuto versamento, indicando come riferimento "Delibera n. 639/10/CONS".

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con Decreto Legislativo luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Roma, 9 dicembre 2010

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI

Gianluigi Magri

Sebastiano Sortino

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola