

Publicato il 29/01/2024

N. 01692/2024 REG.PROV.COLL.
N. 10088/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10088 del 2023, proposto da Agile Telecom S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gilberto Nava, Luca Tomazzoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gilberto Nava in Roma, via Ventiquattro Maggio, n. 43;

contro

- Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

- Fastweb S.p.A., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 12/23/CIR del 3 maggio 2023, pubblicata in data 15 maggio 2023, recante "Regolamento sull'utilizzo dei caratteri alfanumerici che identificano il soggetto mittente nei servizi di messaggistica aziendale (SMS ALIAS)";

- della comunicazione dell'Ufficio Vigilanza e Controversie in materia di servizi di comunicazioni, appartenente alla Direzione Reti e Servizi di Comunicazioni Elettroniche del 4 luglio 2023 avente ad oggetto "riscontro a regolamento sull'utilizzo dei caratteri alfanumerici che identificano il soggetto mittente nei servizi di messaggistica aziendale (SMS ALIAS) di cui alla delibera n. 12/23/CIR – Richieste di chiarimenti";
- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, sia antecedente che successivo, ivi inclusa la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 408/21/CONS del 16 dicembre 2021, pubblicata in data 14 gennaio 2022, e le delibere nn. 125/22/CIR, 14/22/CIR e 34/22/CIR di proroga dei termini del procedimento avviato con la predetta delibera.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorità intimata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2024 il dott. Giuseppe Bianchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. La società ricorrente, operatore di comunicazioni elettroniche specializzato nella fornitura di servizi di messaggistica integrata tramite SMS, ha impugnato la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 12/23/CIR del 3 maggio 2023, recante "*Regolamento sull'utilizzo dei caratteri alfanumerici che identificano il soggetto mittente nei servizi di messaggistica aziendale (SMS ALIAS)*".

2. A fondamento dell'impugnazione ha articolato le seguenti censure:

– *I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 6, LETT. A), N. 13, LEGGE N. 249/1997, DEGLI ARTT. 13, 18 E 98-SEXIES CCE, NONCHÉ DEGLI ARTT. 11, 97 E 117 COST.; ECCESSO DI POTERE E SVIAMENTO PER ERRONEA RAPPRESENTAZIONE DEI FATTI E DEI PRESUPPOSTI PER L'APPLICAZIONE DELLE COMPETENZE IN MATERIA DI PNN E PER*

CONTRADDITTORIETÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO, IRRAGIONEVOLEZZA, INGIUSTIZIA MANIFESTA E ILLOGICITÀ.

Secondo la ricorrente il divieto di prestare servizi di messaggistica con Alias a beneficio di utenti privi di una sede in Italia è stato introdotto in difetto di adeguata base giuridica, in quanto le norme menzionate dall'Autorità *“oltre che evidentemente sbagliate nei riferimenti, non giustificano comunque le misure adottate”*, e non è sorretto da idonea motivazione, non essendo evidenziate *“le ragioni per cui non possano essere impiegati altri strumenti per indirizzare le criticità che l'Autorità avrebbe rilevato con riferimento al traffico SMS proveniente dall'estero ... nelle proprie decisioni AGCom non cita nemmeno eventuali accertamenti in concreto di violazioni del previgente regime regolamentari, segnalazioni o reclami ricevuti dagli utenti, né tanto meno specifici studi o approfondimenti”*.

- II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 56 E 61 TFUE, NONCHÉ 117 E 11 COST., VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, IRRAGIONEVOLEZZA, INGIUSTIZIA MANIFESTA E ILLOGICITÀ PER AVER IMPOSTO AGLI OPERATORI LIMITAZIONI ALLA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI MEDIANTE UNA MISURA RESTRITTIVA E INGIUSTIFICATA, OLTRECHÉ INIQUA, ECCESSIVA E SPROPORZIONATA.

Secondo la ricorrente il suddetto divieto contrasta con l'art. 56 del TFUE in materia di libera prestazione dei servizi tra gli Stati membri dell'UE, non sussistendo *“alcuna valida giustificazione per l'imposizione di un blocco generalizzato del traffico SMS con Alias proveniente dall'estero”*.

– III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3. PAR. 2, 3, PAR. 4 E 4, PAR. 1 DELLA DIRETTIVA 2000/31/CE SUL COMMERCIO ELETTRONICO, 3, COMMA 2, 5 E 6 DEL D.LGS. N. 70/2003, NONCHÉ 1 E 5 DELLA DIRETTIVA UE 2015/1535;

DIFETTO DI MOTIVAZIONE, IRRAGIONEVOLEZZA, INGIUSTIZIA MANIFESTA E ILLOGICITÀ.

Secondo la ricorrente la previsione del divieto in questione “è altresì in contrasto con le previsioni della Direttiva 2000/31/CE, relativa ai servizi della società dell’informazione”.

- IV. L’ECESSIVA ONEROSITÀ DEGLI OBBLIGHI IMPOSTI DAL REGOLAMENTO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE L. 249/1997 E ARTT. 13 E 18 CCE, NONCHÉ 11, 97 E 117 COST.; ECCESSO DI POTERE E SVIAMENTO PER VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ, IRRAGIONEVOLEZZA, INGIUSTIZIA MANIFESTA E ILLOGICITÀ.

La ricorrente contesta “le ulteriori restrizioni imposte dal Regolamento in merito ai c.d. UM delegati” (Art. 5, comma 2, del regolamento) e il contenuto dei nuovi “obblighi previsti dall’art. 6 del Regolamento, che identifica gravosi obblighi, in capo agli operatori del settore come Agile, di: - verificare la titolarità, in capo a ciascuno dei soggetti con cui vengano scambiati SMS con Alias, delle autorizzazioni acquisite dal MIMIT ...;- operare una verifica incrociata anche delle informazioni fornite da ciascun UM che richieda la registrazione di un Alias consultando pubblici registri come il Registro Imprese o l’Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC) e verificando il possesso, da parte del soggetto che richiede la registrazione dell’Alias, dei poteri di legale rappresentanza dell’azienda mittente della messaggistica”.

- V. REITERATA VIOLAZIONE DEI TERMINI PROCEDIMENTALI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ART. 97 COST. E DELL’ART. 1 L. N. 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA DELIBERA 401/10/CONS E DELLA DELIBERA 107/19/CONS. ECCESSO DI POTERE PER PERPLESSITÀ E TARDIVITÀ DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA.

Secondo la ricorrente “le violazioni dei termini procedurali che hanno preceduto l’adozione del Regolamento hanno leso le più elementari esigenze di sicurezza giuridica e prevedibilità in tempi ragionevoli degli sviluppi dell’azione regolamentare dell’Autorità”.

3. Si è costituita l'Autorità intimata, tramite l'Avvocatura dello Stato, per resistere all'accoglimento del ricorso.
4. Con ordinanza n. 4673 del 28 luglio 2023, il Collegio ha respinto la domanda cautelare ritenendo insussistente il requisito del *periculum in mora*.
5. All'udienza del 17 gennaio 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.
6. Tanto premesso, il Collegio osserva che i primi tre motivi di ricorso risultano fondati, per le ragioni di seguito esposte, sotto il profilo della carente indicazione dei presupposti di fatto e di diritto della decisione di introdurre il divieto di offrire servizi di messaggistica aziendale con Alias ad utenza estera senza sede sul territorio italiano (art. 2, comma 10, del regolamento di cui all'allegato A dell'avversata delibera, secondo cui *“Tutti i soggetti, indipendentemente dai ruoli svolti e dai servizi forniti, che ricevono messaggistica dall'estero devono effettuare il blocco della messaggistica nel caso in cui l'identificativo del mittente sia in formato non numerico, salvo eventuali eccezioni definite nel manuale operativo del Registro”*).
7. Occorre preliminarmente osservare che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, le Autorità indipendenti sono vincolate ad osservare l'obbligo di motivazione anche con riferimento ai provvedimenti di carattere generale.

A tale riguardo si è osservato che tanto la partecipazione dei soggetti interessati, quanto la presenza di una congrua motivazione a sostegno delle scelte adottate sono elementi che concorrono a giustificare l'attribuzione di poteri regolatori a soggetti estranei alla tradizionale tripartizione dei poteri ed al circuito della responsabilità politica delineato dall'art. 95 Cost. (cft. Consiglio di Stato, sez. VI, 29 maggio 2006 n. 3272; T.A.R. Milano, Sez. II, Sentenza, 24/10/2014, n. 2556: *“in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e la neutralità delle Autorità indipendenti può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale”*).

E' stato, inoltre, precisato che *“l'atto di regolazione è un atto che deve essere motivato nel senso che devono essere indicati i presupposti di fatto e di diritto della decisione e deve essere dotato di giustificazione sostanziale, ma ciò non impone all'Autorità la considerazione puntuale e specifica degli argomenti dedotti da ogni operatore del mercato, trattandosi pur sempre di atto generale, che è, in parte, svincolato, nello spirito dell'art. 13 della legge n. 241 del 1990 dal rispetto dei canoni precisi della legge sul procedimento”* (Consiglio di Stato sez. VI, 02/03/2010, n. 1215; T.A.R. Roma, sez. II, 13/12/2011, n. 9710).

8. Ciò posto, in primo luogo occorre rilevare che l'Autorità resistente non appare aver compiutamente individuato una base giuridica idonea a fondare l'introduzione della misura in discussione, consistente nel blocco degli SMS con Alias provenienti dall'estero.

Nel documento di sintesi della consultazione pubblica che ha preceduto l'adozione del regolamento, l'Autorità sostiene che la possibilità che *“i fornitori di servizi di messaggistica aziendale con autorizzazione generale rilasciata dal MIMIT possano contrattualizzare utenza operante in altri Paesi, anche dell'Unione europea”* risulterebbe *“contraria alle seguenti previsioni normative:*

- 1) *Codice delle comunicazioni elettroniche europeo, art. 11, comma 2 [rectius art. 12, comma 2] e art. 94, comma 1 ...;*
- 2) *Raccomandazione ITU-T E.157, in quanto: a. prescrive che l'identificativo del chiamante per le comunicazioni internazionali e quindi anche per le comunicazioni dall'estero verso l'Italia sia una numerazione definita in accordo con la raccomandazione E.164 e, pertanto, non possa essere una stringa alfanumerica - Alias; b. stabilisce che la definizione dell'identificativo da utilizzare in caso di comunicazioni tra diversi Paesi richieda la definizione di soluzioni condivise in sede internazionale e non è una definizione di identificativo che può essere decisa autonomamente e unilateralmente da una nazione, pertanto, l'Autorità non può autonomamente stabilire deroghe internazionali allo standard già definito internazionalmente E.164”.*

Con specifico riferimento alle citate disposizioni del codice delle comunicazioni elettroniche europeo (direttiva UE 2018/1972), l'Autorità

sostiene che *“la concessione di diritti di uso di identificativi alfanumerici da parte di questa Autorità a soggetti autorizzati in Italia per fornire il servizio a utenti esteri sarebbe in contrasto”* con quanto stabilito dall’art. 94, comma 1, del suddetto codice, disposizione dalla quale si desumerebbe che *“l’Autorizzazione generale non consente di fornire servizi di messaggistica aziendale con Alias a utenti esteri”*.

Quest’ultima conclusione non risulta condivisibile ove si consideri che il menzionato art. 94, comma 1, del suddetto codice, si limita a prevedere che le autorità nazionali di regolamentazione possono concedere i diritti individuali d’uso delle risorse di numerazione alle sole imprese titolari di un’autorizzazione generale, ma nulla dice sulla possibilità per tali imprese di far fruire agli utenti finali esteri delle facoltà connesse ai diritti d’uso delle numerazioni: *“Qualora sia necessario concedere diritti individuali d’uso delle risorse di numerazione, le autorità nazionali di regolamentazione o le altre autorità competenti concedono tali diritti, a richiesta, a ogni impresa per la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica titolare di un’autorizzazione generale di cui all’articolo 12 ...”*.

Pertanto, la disposizione non prevede affatto, come prospettato dall’Autorità, un divieto di consentire agli operatori italiani di prestare ad utenti finali esteri i servizi connessi alla concessione, ai suddetti operatori, dei diritti d’uso delle numerazioni.

9. Neppure le previsioni della citata Raccomandazione ITU-T E.157 possono considerarsi una base normativa adeguata per imporre la misura in questione.

In disparte la natura non vincolante di tale atto, le disposizioni richiamate dall’Autorità non contengono alcuna previsione da cui possa chiaramente desumersi che l’utilizzo degli SMS con Alias sarebbe precluso.

In particolare, l’Autorità richiama genericamente alcuni passaggi della raccomandazione evidenziando che *“nel caso delle comunicazioni (chiamate/SMS) che oltrepassino i confini nazionali la definizione delle modalità di scambio non è solo un problema nazionale, quanto piuttosto un problema internazionale, coinvolgendo più Paesi”* e che *“l’uso di identificativi diversi dalle numerazioni E.164 che attraversano i confini nazionali, quali gli identificativi con codifica alfanumerica, necessita di accordi*

internazionali?” (pag. 7 dell’all. B alla delibera), senza individuare alcun riferimento specifico nelle previsioni della raccomandazione idoneo a giustificare l’introduzione di un blocco della messaggistica proveniente dall’estero avente identificatori alfanumerici.

10. Quanto alla indicazione delle evidenze istruttorie che hanno giustificato l’introduzione del divieto in questione, limitandolo al traffico con Alias dall’estero, nella delibera impugnata l’Autorità afferma che *“Nel corso della fase di sperimentazione e in esito all’attività di vigilanza condotta sull’operato dei fornitori di messaggistica aziendale, ... è stato rilevato che anche gli SMS ricevuti dall’utenza finale provenienti da soggetti esteri, che non hanno partecipato alla sperimentazione condotta dall’Autorità, possono contenere Alias che non identificano chiaramente il soggetto mittente. In questo caso, gli operatori mobili nazionali hanno dichiarato di non poter individuare la reale origine del messaggio e la stessa attività di vigilanza dell’Autorità è risultata ostacolata, in quanto il transito degli SMS attraverso Paesi esteri non permette una facile identificazione del mittente”*, precisando che *“la nuova disciplina ... è in particolare diretta a impedire gli usi illegittimi della messaggistica con Alias, attraverso i quali possono anche essere realizzati tentativi di frode a danno degli utenti finali, come nel caso dei fenomeni di CLI spoofing [pratica che inganna il destinatario del messaggio con riferimento all’identificazione del soggetto mittente]”*.

Si tratta di considerazioni ampiamente generiche, come tali non sufficienti a giustificare la misura imposta, atteso che non risulta indicato alcun elemento o dato concreto in ordine alle dimensioni del traffico con Alias proveniente dall’estero e a quelle dei fenomeni di *“CLI spoofing”* verificatisi in tale ambito, né viene richiamata alcuna indagine o approfondimento che sia stato compiuto sul punto con specifico riferimento al traffico di SMS con Alias proveniente dall’estero.

11. Solo nel presente giudizio l’Autorità ha specificato che *“quanto poi alle dimensioni economiche del fenomeno delle frodi (perpetrate nel 2022) nei confronti degli utenti dei soli istituti bancari per mezzo di SMS con alias contraffatti, può apparire senz’altro utile la lettura dei dati riportati nelle figure 2a-2b ove si dà conto dell’utilizzo*

degli SMS come uno dei principali strumenti per realizzare una frode in danno all'utenza finale degli istituti di credito (fig. 2a), nonché del valore economico delle truffe nei confronti dell'utenza finale degli istituti di credito nel 2021. Ebbene, da tali dati emerge come ben nel 27,3% dei casi – vale a dire in più di un caso su quattro – i frodatori sfruttano le tecniche di spoofing tramite SMS con alias ... Ed inoltre, l'entità di tali truffe ha un valore economico pari a 8.042.000,00 euro (come si evince dal grafico sottostante) e rappresenta la seconda causa più significativa di truffa dopo lo spoofing a mezzo di chiamata telefonica'.

Il riferimento compiuto dalla difesa erariale a dati ed elementi istruttori non richiamati nell'atto gravato a giustificazione della decisione assunta, oltre a confermare l'inadeguatezza motivazionale contestata dalla ricorrente, si traduce in un tentativo di integrazione in sede giudiziale della motivazione stessa, non consentito nel caso in cui il giudizio abbia ad oggetto - come nella vicenda in esame - un atto che costituisce espressione di un potere che non ha carattere vincolato (peraltro, il divieto di integrazione postuma non può che valere a maggior ragione nel caso di specie in virtù di quanto esposto al punto 7).

Inoltre, i dati forniti non appaiono significativi rispetto alla misura in questione, posto che essi non riguardano specificamente il traffico SMS con Alias dall'estero: i dati relativi agli SMS sono, infatti, indicati senza distinzione tra traffico proveniente dall'estero e traffico nazionale.

12. La necessità che l'Autorità fornisca una adeguata indicazione dei presupposti di fatto e di diritto alla base dell'introdotta divieto, era tanto più necessaria considerando che la misura in questione:

- introduce una differenza di trattamento tra utenti mittenti italiani ed utenti mittenti esteri (inclusi quelli stabiliti in un altro Stato membro dell'Unione europea), i quali, per inviare SMS con Alias in Italia, saranno tenuti ad *“avvalersi della normativa esistente in tema di mandato di rappresentanza”* (pag. 10 dell'Allegato B alla predetta delibera), il che può configurare un ostacolo idoneo a dissuaderli dall'acquistare i suddetti servizi (cft. Corte giustizia UE sez. II, 22/12/2022, n.83);

- proibisce agli operatori che offrono i servizi di messaggistica la fornitura di un siffatto servizio a utenti mittenti privi di una stabile organizzazione in Italia.

Malgrado tali caratteristiche della misura, la gravata delibera non fa cenno alla sussistenza di ragioni che possano giustificare, nell'ottica del diritto unionale (con riferimento al principio di libera prestazione di servizi di cui all'art. 56 TFUE e agli analoghi principi desumibili dalla direttiva 2000/31/CE), il divieto imposto, avendo l'Autorità omissso di valutare se esso possa essere ammesso a titolo di misure derogatorie, per ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dei consumatori (art. 62 del TFUE ed art. 3 della direttiva 2000/31/CE).

13. Per le ragioni esposte, i motivi di ricorso in esame devono essere accolti nei limiti anzidetti e, per l'effetto, deve essere annullata la previsione di cui all'art. 2, comma 10, dell'allegato A all'avversata delibera (contenente il regolamento), unitamente a quelle, connesse, di cui all'art. 2, comma 1 e comma 2, della delibera stessa.

14. Con il quarto motivo di ricorso la parte ricorrente contesta:

- che *“il Regolamento l'Autorità sembra voler limitare” “la possibilità che un UM deleghi un altro soggetto all'utilizzo dell'Alias di cui abbia richiesto la registrazione solo al caso in cui vi sia “un Alias univoco che identifica l'UM e non un servizio””;*

- l'eccessiva gravosità e sproporzione degli *“obblighi, in capo agli operatori del settore come Agile, di: - verificare la titolarità, in capo a ciascuno dei soggetti con cui vengano scambiati SMS con Alias, delle autorizzazioni acquisite dal MIMIT” e di “operare una verifica incrociata anche delle informazioni fornite da ciascun UM che richieda la registrazione di un Alias consultando pubblici registri come il Registro Imprese o l'Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC) e verificando il possesso, da parte del soggetto che richiede la registrazione dell'Alias, dei poteri di legale rappresentanza dell'azienda mittente della messaggistica”.*

La censura, peraltro genericamente formulata, è priva di pregio.

Sotto il primo profilo va rilevato che, come riconosciuto dalla ricorrente, l'Autorità non ha introdotto un divieto relativamente all'utilizzo della delega per gli Alias non univoci, ma si è limitata a non regolamentare tale ipotesi (e a disciplinare il funzionamento del meccanismo dell'utente mittente delegato per il solo caso di Alias univoci).

Nelle previsioni del regolamento non è, pertanto, ravvisabile, diversamente da quanto prospettato da parte ricorrente, alcuna limitazione o divieto relativamente alla possibilità di delegare l'utilizzo degli Alias.

Sotto il secondo profilo, è dirimente rilevare che la ricorrente non ha indicato alcun elemento concreto a comprova della dedotta eccessiva onerosità dei nuovi obblighi imposti dall'art. 6 del regolamento, che richiedono il compimento di una mera attività di consultazione di pubblici registri, come il Registro Imprese, l'Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC) e gli elenchi degli operatori autorizzati di comunicazioni elettroniche pubblicati sul sito del Ministero delle Imprese e del Made in Italy.

Il motivo di ricorso è, dunque, nel complesso, privo di fondamento.

15. Da ultimo, va rilevato che la fondatezza dei profili di doglianza sopra esaminati consente di assorbire la censura, di ordine procedimentale, dedotta con il quinto motivo di ricorso.

16. In definitiva, il ricorso merita accoglimento nei limiti esposti.

17. La novità delle questioni trattate consente di ravvisare i presupposti per compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei limiti indicati in parte motiva, e, per l'effetto, annulla le previsioni di cui all'art. 2, comma 10, dell'allegato A alla delibera n. 12/23/CIR e di cui all'art. 2, comma 1 e comma 2, della delibera stessa.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angelo Fanizza, Consigliere

Giuseppe Bianchi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppe Bianchi

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO