

## **DELIBERA N. 140/12/CIR**

### **ADOZIONE DI MISURE CAUTELARI AI SENSI DELL'ARTICOLO 4 DEL REGOLAMENTO ADOTTATO CON DELIBERA N. 352/08/CONS NELLA CONTROVERSIA TRA CWNET S.R.L. E BT ITALIA S.P.A. IN MATERIA DI FORNITURA SERVIZI DI ACCESSO E TRAFFICO NAZIONALE ED INTERNAZIONALE**

#### **L'AUTORITA'**

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 20 dicembre 2012;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*", ed in particolare l'art. 2, comma 20, lettera d);

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", in particolare l'art.1, comma 6, lettera a), n. 7, 8 e 9;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche (di seguito "Codice"), ed in particolare gli articoli 23 e 49 relativo agli "*Obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete*";

VISTO il decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104 recante "*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*";

VISTO il Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 2 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica, approvato con delibera n. 352/08/CONS del 25 giugno 2008 (di seguito "Regolamento") ed, in particolare, l'articolo 4 che consente all'Autorità l'adozione di misure cautelari;

VISTA l'istanza pervenuta alla Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica (di seguito "Direzione") in data 5 novembre 2012, acquisita al protocollo con n. 54622, con la quale la società CWNET s.r.l. ha chiesto all'Autorità, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento, l'emanazione in via d'urgenza di misure atte a scongiurare il danno grave ed irreparabile che verrebbe ad aversi, per se e per i propri clienti,

laddove la società BT Italia (di seguito anche “BT”) desse seguito alla paventata imminente cessazione nella fornitura, a CWNET stessa, di servizi *di accesso e traffico nazionale ed internazionale*;

VISTA la nota prot. Agcom n. 56457 del 9 novembre 2012, con la quale la Direzione Reti, ritenendo ammissibile la domanda, ha convocato le parti in udienza per il giorno 20 novembre 2012 presso gli uffici di Napoli. Nella stessa nota si chiede alla convenuta società BT, ai sensi dell’art. 4, comma 3, del Regolamento, di inviare le proprie controdeduzioni sulla richiesta avversaria;

VISTE le note del 14 novembre c.a. e del 19 novembre c.a., rispettivamente acquisite al protocollo nelle date del 14/11/2012 e 20/11/2012 con n. 57460 e n. 58508, con le quali la resistente BT ha comunicato di ritenere cessate le ragioni di un intervento d’urgenza in considerazione della sospensione, per due mesi, di ogni attività tesa a interrompere la fornitura dei servizi di interconnessione a CWNET;

VISTO il verbale della udienza del 20 novembre 2012, svoltasi *inaudita altera parte*, nell’ambito della quale sono state ribadite, da CWNET, le ragioni della richiesta misura interinale, in considerazione del fatto che i tempi di sospensione, da BT annunciati in relazione alla interruzione dei servizi, non risultano sufficienti a coprire i tempi regolamentari di definizione della controversia;

VISTE le integrazioni documentali prodotte dalla società istante CWNET a supporto della propria pretesa, di cui al protocollo n. 60363 del 27/11/2012;

VISTA la replica difensiva della resistente società BT, inviata in data 30/11/2012 ed acquisita al protocollo Agcom in data 3/12/2012 con n.61946, con la quale la stessa solleva eccezioni di rito e competenza ed altresì ribadisce le ragioni inerenti il venir meno di ogni motivazione per un intervento cautelare dell’Autorità;

VISTA la ulteriore e conclusiva replica di CWNET, del 4/12/2012 ed acquisita al prot Agcom n.62002, al documento di cui la precedente alinea con la quale, rimossa ogni eccezione contraria, si insiste per le ragioni dell’urgenza;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la Relazione della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica - Ufficio Servizi all’ingrosso, Controversie e Sanzioni - del 14 dicembre 2012;

CONSIDERATO quanto segue:

## I. Il fatto

1. BT Italia è un operatore di comunicazione elettronica attivo nell'offerta, sia al dettaglio che all'ingrosso, di servizi di accesso alla rete telefonica fissa e connettività ad Internet. La società CWNET è autorizzata, ai sensi dell'articolo 25 del Codice delle Comunicazioni elettroniche (di seguito CEE), alla fornitura di servizi di accesso ad Internet, di comunicazione vocale VoIP (*Voice over Internet Protocol*) e di servizi di rivendita di traffico dati e voce. Per lo svolgimento della propria attività CWNET acquista all'ingrosso da BT (come da altri operatori) il servizio di raccolta e terminazione di traffico telefonico su direttrici nazionali ed internazionali. Le condizioni economiche relative a tale tipologia di servizi sono riportate in listini che vengono inviati da BT a CWNET e sono soggetti ad aggiornamenti periodici, in base a quanto convenuto nel contratto, tuttora vigente, sottoscritto da ATLANET (cui BT è succeduta) e CWNET in data 28/04/2005. I richiamati listini si sostanziano di un prospetto sintetico in cui alla singola direttrice nazionale ed internazionale, verso cui il traffico originato dai clienti di CWNET è diretto, corrisponde una tariffa minutaria che CW versa a BT.
2. Il caso di che trattasi ha riguardo specifico agli importi che CW ha versato a BT per la terminazione di chiamate verso lo Zimbabwe a cui è associata la direttrice internazionale "00 263". Nello specifico BT, ravvedutasi di un errore materiale commesso nella compilazione dei listini inviati precedentemente a CWNET con riferimento alla direttrice 00 263, ha emesso, nelle rispettive date del 9/03/2012 e del 13/05/2012, delle ulteriori fatture rispettivamente di Euro 541.624,10 e di Euro 235.956,66, "ad integrazione" delle precedenti somme fatturate e già versate da CWNET per il corrispondente servizio. Tali fatture, nella sostanza, derivavano dalla "correzione" della precedente tariffa di terminazione verso lo Zimbabwe che, secondo quanto sostenuto da BT, per errore era stata comunicata a CWNET (tale tariffa era mediamente 5 volte inferiore a quella che BT ritiene corretta). Siffatta pretesa – che CWNET in questa sede contesta - sarebbe basata su un "errore materiale" asseritamente commesso da BT nella redazione del listino, con riferimento esclusivo alla tariffa che CWNET avrebbe dovuto corrispondere per l'instradamento di proprio traffico sulla direttrice internazionale di un operatore mobile dello Zimbabwe (ECONET), con direttrice 00 263 77 (direttrice che BT ha ommesso di indicare nel listino). In altri termini BT ha erroneamente associato alla direttrice 00 263 la sola tariffa di terminazione fissa omettendo di enucleare la parte inerente la terminazione mobile, corrispondente alla sotto-direttrice 00 263 77. Per contro, nel listino in oggetto, BT ha abbinato all'operatore mobile ECONET il solo codice 00263 con suffisso finale "91"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> E' opportuno fin d'ora rappresentare che CWNET, per fornire i già indicati servizi alla propria clientela finale, utilizza due differenti piattaforme tecnologiche per l'interconnessione nazionale ed internazionale. A siffatte e diverse tecnologie corrispondono due separati listini in cui sono indicati i prezzi al minuto per singola chiamata da associare a ciascuna direttrice nazionale ed internazionale del pari indicata. Tali

In merito BT sostiene che, per il servizio di raccolta e terminazione di traffico internazionale verso uno specifico operatore mobile dello Zimbabwe, ECONET (cui corrisponde il codice 00 263 77), avrebbe dovuto percepire da CWNET un prezzo di 27,26 centesimi di euro al minuto, in luogo dell'inferiore importo di circa 6/8 centesimi come, invece, riportato nei listini (AWS) comunicati e periodicamente aggiornati dalla stessa BT da marzo 2011 ad aprile 2012<sup>2</sup>.

3. CWNET, a fronte della pretesa postuma di BT, ha contestato le integrazioni fatturate, ne ha sospeso i pagamenti ed è, infine, ricorso all'Autorità con imputazione di fondato pregiudizio e danno imminente direttamente derivante dalla minacciata interruzione dei servizi alla propria clientela finale da parte di BT.

## **2. Le argomentazioni delle parti**

### **2.1 La posizione di CWNET**

4. Come premesso CWNET ha riferito di svolgere la propria attività in virtù di un'autorizzazione per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica. La propria attività consiste nella fornitura di servizi inerenti traffico dati e voce, anche in tecnologia VoIP, instradato verso direttrici nazionali ed internazionali. Per svolgere tale autorizzata attività CWNET acquista all'ingrosso, in larga misura da BT, il servizio di raccolta e terminazione del traffico nazionale ed internazionale, corrispondendo a BT tariffe contenute in listini periodicamente aggiornati in base ad un contratto precedentemente stipulato da ATLANET (alla quale BT è succeduta).
5. Come anticipato, con l'istanza di intervento dell'Autorità, CWNET ha chiesto l'adozione di una misura d'urgenza finalizzata a scongiurare il danno grave ed

---

listini sono individuati (da contratto) come "AWS" e "RII". Il listino "AWS" reca le tariffe per l'utilizzo della piattaforma tecnologica ISDN, mentre il listino "RII" si riferisce alla tecnologia SS7.

Secondo quanto riferito da CW – e non smentito da BT – nei rapporti commerciali intercorsi storicamente tra le due società è stato sempre utilizzato il listino "AWS", su tecnologia ISDN. Infatti, dal momento a partire dal quale CW si è aperta anche al mercato internazionale (cd. "etnico") si è preferito lasciare il traffico "etnico" su piattaforma ISDN, attese le più limitate capacità di tale tecnologia, spostando la gran parte del restante traffico sull'altra piattaforma SS7.

Per tale ragione l'odierna controversia avente ad oggetto il solo traffico "etnico" verso lo Zimbabwe, verte sulle tariffe contenute nel listino AWS in particolare riferite alla direttrice internazionale "00 263" con suffisso finale " 91" utilizzato – in aggiunta al precedente numero - per raggiungere l'operatore mobile ECONET di tale paese.

<sup>2</sup> Effettivamente, i listini AWS prodotti da CWNET nel procedimento di che trattasi riportano, in corrispondenza a tale numerazione (00 263) e per tutto il periodo in discussione (marzo 2011/aprile 2012), una tariffa compresa tra 6 e 8 eurocent al minuto. Non viene riportata alcuna specifica tariffa per la direttrice mobile 00 263 77.

irreparabile che sarebbe stato prodotto laddove BT avesse effettivamente dato seguito alla minacciata sospensione e/o disattivazione dei propri servizi.

6. In via preliminare è bene rimarcare che, nel corso dell'udienza del 20 novembre c.a., CWNET ha insistito nella proposizione della domanda di misura d'urgenza benché dalla convenuta BT sia stata formalizzata ed altresì resa nota (nella memoria di controdeduzione del 14 novembre citata) la “.. *cessazione per due mesi delle attività volte alla sospensione e/o disattivazione dei servizi ....*”. Tale intenzione di BT veniva ulteriormente ribadita con nota del 19 novembre 2012<sup>3</sup>. A superamento della sollevata eccezione di rito, CWNET ha ribadito la necessità di un intervento dell'Autorità utile proprio a scongiurare che, trascorsi i due mesi annunciati da controparte, si interrompano i servizi di fornitura *wholesale*, con conseguenti danni alla società ed alla propria clientela finale. A riguardo CWNET osserva che il periodo durante il quale BT ha comunicato di desistere dai propri propositi non è infatti *ictu oculi* sufficiente a coprire i tempi regolamentari dell'Autorità (4 mesi) di definizione della causa nel merito. Pertanto, nella stessa citata udienza, CWNET ha chiesto, integrando l'originaria domanda, che il provvedimento di urgenza da adottarsi contempli una misura atta a scongiurare i paventati disservizi in proprio danno, inibendo a BT ogni azione tesa alla interruzione dei servizi per almeno quattro mesi o comunque per una durata pari al tempo di definizione della questione nel merito.
7. Con riferimento agli estremi del *danno grave ed irreparabile*, a giustificazione della pretesa inibitoria, CWNET evidenzia che, qualora BT interrompesse il servizio di fornitura *wholesale* così come minacciato (anche tra due mesi), determinerebbe un disservizio totale alla propria clientela finale (trattasi di migliaia di clienti ai quali, su tali numerazioni, è fornito sia il servizio voce che dati), e danni alla stessa società istante, la quale vedrebbe evidentemente compromessa l'affidabilità faticosamente conquistata nel difficile settore di mercato in cui opera. Peraltro, nella denegata ipotesi della interruzione paventata, si creerebbero rilevanti disservizi, posto che molti dei clienti attuali di CWNET svolgono attività di rilevanza pubblica, quali farmacie, studi professionali, strutture sanitarie. A riguardo rileva, che il servizio VoIP è fornito proprio su numerazione di BT.
8. Con riferimento specifico al *fumus*, CWNET richiama quanto riportato nella propria istanza ovvero che BT ha unilateralmente richiesto, con effetto retroattivo, il pagamento di somme per presunta “integrazione” di tariffe precedentemente comunicate. Per tale via BT avrebbe surrettiziamente modificato le condizioni economiche già in precedenza concordate - in virtù di accordi vigenti - relative alle stesse numerazioni internazionali indicate nei listini trasmessi. Tale

---

<sup>3</sup> Per tale ragione la stessa ha ritenuto “*venuti meno i presupposti per l'adozione del provvedimento cautelare richiesto da controparte*”.

integrazione si sarebbe resa necessaria, secondo controparte, per compensare un presunto “errore materiale” avvenuto nella compilazione di quegli stessi listini già recapitati e periodicamente aggiornati per tutto il periodo in discussione (da marzo 2011 ad aprile 2012). L’errore, consistente nell’indicazione di un prezzo minutarario inferiore a quello solitamente vigente per il mercato mobile, avrebbe nello specifico interessato la direttrice internazionale dello Zimbabwe indicata, nel listino di riferimento, con numerazione “ 263 00 ”. A sostegno del vantato credito BT ha insistito sulla omessa indicazione di un suffisso numerico finale (“ 77”) che compare – invece - su altro listino che utilizza una tecnologia di interconnessione diversa ed un prezzo minutarario più elevato. CWNET, a sostegno delle proprie ragioni, sottolinea che la presenza di due listini di prezzi, riferiti a due differenti tecnologie di interconnessione tra le rispettive reti (ISDN e SS7), ha fin dall’inizio connotato i rapporti commerciali intercorrenti tra le società<sup>4</sup>.

9. In aggiunta, CWNET evidenzia che il listino di riferimento è stato sempre quello AWS dedicato al solo traffico cd. “etnico”, in ragione del volume di traffico rivolto verso lo Zimbabwe e delle limitate capacità della piattaforma tecnologica ISDN sulla quale tale traffico è convogliato. In tale listino, secondo CWNET, non risulterebbe, per *tabulas*, l’associazione tra l’operatore ECONET e la numerazione “00 263 77” (pretesa da controparte), ragion per cui è stato ritenuto corretto corrispondere la tariffa relativa alle chiamate della rotta di livello superiore “ 00 263” cui corrisponde una tariffa minutararia variabile, nel periodo novembre 2011/ marzo 2012, da 6 a 8 centesimi di euro al minuto. Per tale ragione la pretesa di BT non sarebbe in alcun modo sostenibile a nulla valendo la circostanza che in un listino differente (RII), per prezzi e tecnologia, allo stesso operatore ECONET è abbinato un codice numerico differente (“00 263 77”).
10. A conferma del proprio corretto agire, CWNET insiste sulla propria buona fede contrattuale resa evidente da due fondamentali circostanze e cioè:
  - a) che le fatture costantemente e puntualmente finora pagate si sono basate su un tariffario indicato dalla stessa società richiedente;
  - b) CWNET non ha tratto nessun particolare utile, oltre a quello “fisiologico”, dalla commercializzazione al dettaglio dei corrispondenti servizi (i prezzi al dettaglio praticati verso la direttrice in questione, 00 263, sono di poco superiori a quelli all’ingrosso).

In altri termini CWNET si è sempre limitata a versare, regolarmente e con puntualità, quanto fatturato dalla stessa BT. Del resto è la stessa BT, a giustificazione della propria richiesta, a pretendere l’integrazione delle somme qui

---

<sup>4</sup> Tale differenza origina dall’acquisto della società Atlanet da parte di BT che è subentrata alla prima anche nel rapporto contrattuale su cui si controverte.

in contestazione sulla base di un proprio ed esclusivo “errore materiale” le cui conseguenze - si ritiene - non possono in alcun caso essere addebitabili a CWNET. Infatti, proprio il dichiarato ed affermato (da controparte) errore materiale, di per sé sarebbe già da solo sufficiente a scongiurare l’ipotesi della mala fede di CWNET nella vicenda. A tanto, non meno significativamente, CWNET aggiunge di non avere tratto alcun particolare utile economico dall’utilizzo della numerazione in discussione, rivendendola alla propria clientela finale con un normale margine rispetto a quanto versato a BT, come è ben possibile riscontrare dalle tabelle allegate alla richiesta di misure di urgenza.

11. Ad ulteriore conferma della propria buona fede, CWNET rappresenta che l’andamento “storico” delle stesse tariffe in discussione, nel corso dei rapporti commerciali intrattenuti fin dall’inizio tra le due società (come da documentazione allegata), rivelerebbero variazioni in più o, in meno, coerenti con il mercato e prive di improvvisi picchi al rialzo. Cosa che, invece, si registrerebbe nella odierna vicenda poiché quanto preteso da BT risulta 5 volte superiore a quanto riportato nel suo stesso originario listino.

## **2.2 La posizione di BT**

12. Nel rigettare integralmente le deduzioni di CWNET, con la memoria difensiva del 30 novembre c.a. (prot Agcom n.61546 del 3/12/2012) BT ha, *in primis*, sollevato eccezione di improcedibilità della misura cautelare richiesta per asserita “cessazione della materia del contendere”. La indicata società ha infatti rappresentato che l’annunciata ed altresì formalizzata desistenza per due mesi da ogni iniziativa finalizzata a sospendere o disattivare i servizi forniti a CWNET, sarebbe assorbente di ogni altra ragione a sostegno del cautelare. Tale misura scongiurerebbe l’attualità del danno, quale primo presupposto per la concessione della misura d’urgenza e consentirebbe, altresì, la migrazione della clientela di controparte verso altro operatore *wholesale*, cosa quest’ultima che CWNET starebbe, secondo quanto affermato da BT, già facendo in base a rilevati dati di traffico (asseritamente diminuiti) .
13. A siffatta eccezione preliminare di rito, BT ha poi aggiunto una pregiudiziale relativa alla stessa competenza dell’Autorità sul *thema decidendum*. A conforto della propria posizione la resistente ritiene che le clausole di cui all’articolo 22 del contratto vigente tra le parti, riferite alla giurisdizione esclusiva del foro di Torino, siano sufficienti ad escludere ogni intervento dell’Autorità su questioni contrattuali quali quelle qui dedotte.
14. Inoltre BT osserva che l’azione sarebbe improcedibile anche in ragione del fatto che il provvedimento cautelare – qualora adottato - non potrebbe essere

*“funzionale esclusivamente ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale”*. A riguardo BT osserva che, posto che l’istanza urgente di CWNET sarebbe solo finalizzata a scongiurare la sospensione della disattivazione dei servizi, mancherebbe la indispensabile connessione tra il provvedimento d’urgenza e la decisione finale di merito che, in base alla stessa istanza, dovrebbe concentrarsi in via esclusiva ”sull’accertamento negativo” del credito vantato da BT e contrastato da CWNET. Tale questione, attinente appunto alla sola valutazione di merito, escluderebbe *ab initio* l’esame della domanda da parte di Agcom.

15. Quanto all’aspetto sostanziale di merito BT ritiene assolutamente infondata la domanda in fatto ed in diritto. Secondo la convenuta, infatti, CWNET ha posto la questione all’attenzione dell’Autorità nel *“malcelato tentativo di sottrarsi all’adempimento delle obbligazioni di pagamento dei corrispettivi dovuti in conseguenza dell’avvenuta fruizione dei servizi di terminazione resi da BT”*. In altri termini BT afferma che, sintomaticamente, CWNET ha chiesto all’Autorità di intervenire per impedire la sospensione dei servizi proprio per consentirgli, nelle more, di passare ad altro *provider* lasciando non saldato il conto finale del *quantum* dovuto. A tali considerazioni consegue l’insostenibilità della buona fede di controparte incluso il fatto che CWNET, in quanto *“operatore esperto”*, ben avrebbe dovuto rendersi conto che la tariffa pagata (benché presente in listino) non era idonea a remunerare un servizio di terminazione del traffico verso un operatore internazionale mobile (ECONET), cui corrisponde un prezzo di mercato molto maggiore. In buona sostanza, la vantata buona fede contrattuale non potrebbe essere credibilmente sostenuta posto che CWNET è ben a conoscenza del fatto che tale servizio è, sul mercato, remunerato con una tariffa al dettaglio dell’ordine di 30 eurocent al minuto. Dunque, lo stesso tipo di servizio non può essere venduto all’ingrosso a 6/8 eurocent al minuto che, infatti, corrisponde alla tariffa per servizi di terminazione su rete fissa, notoriamente inferiore a quella mobile di cui si discute.
16. Del resto, BT rileva che la reale tariffa si attesta su tali differenti valori risulta da altro e parallelo listino (RII – riferito a tecnologia SS7). BT aggiunge che CWNET era stata prontamente informata della esistenza di picchi di traffico anomalo individuati su tale direttrice, come dimostra la documentazione prodotta (cfr e-mail del 16/12/2011). Inoltre, a decorrere dal 21 dicembre 2011, sarebbe intervenuta una modifica tariffaria tesa ad allineare i prezzi a quelli comunemente applicati, nel mercato di riferimento, per tale tipologia di servizi (cfr. e-mail del 21/12/2011). Dunque, secondo BT, nulla potrebbe legittimamente controparte dedurre in ordine alla propria buona fede, di fronte all’evidente errore in cui BT era incappata nel mancare di comunicare la specificazione per la tariffazione su rete mobile.



17. BT ritiene altresì non sufficienti a scongiurare la mala fede di CWNET le fatture da questa prodotte (ed allegate all'istanza) con l'intento di provare che la stessa non ha, sul mercato *retail*, fatturato importi molto più remunerativi del prezzo *wholesale*. I dati addotti sono, secondo BT, esemplificativi e parziali e non sufficienti a dimostrare che le fatturazioni di CWNET, nel periodo in contestazione, sono state nella generalità dei casi tariffate in coerenza con le più basse tariffe, erroneamente applicate da BT.
18. Pertanto la richiesta avversaria è, secondo BT, per le suindicate ragioni da considerarsi del tutto priva del necessario *fumus*. Ciò che piuttosto dalla documentazione allegata emerge, secondo controparte, è che CWNET, nonostante fosse perfettamente consapevole dell'evidente errore in cui era occorsa BT, si sia rifiutata di adempiere ai propri obblighi contrattuali (cfr e.mail del 21/12/2012 cit.) contestando gli importi successivamente fatturati, benché correttamente preavvertita da controparte. La manifestata volontà di CWNET di non adempiere ha, quindi, consentito a BT di avvalersi della clausola risolutiva, di cui all'articolo 21 del contratto in vigore tra le parti, per la cessazione *ipso iure* del rapporto.

### **3. Valutazioni dell'Autorità**

#### **3.1 Sulle eccezioni sollevate sull'istanza cautelare e sulla fondatezza della domanda sotto il profilo del *periculum* e *fumus*.**

##### *Sulle eccezioni*

19. In via preliminare devono essere affrontate le eccezioni sollevate da ciascuna società e connesse alle differenti esigenze difensive. La convenuta BT ha infatti eccepito non solo eccezioni di rito, ritenendo inammissibile ed improcedibile la domanda attorea, bensì anche l'incompetenza dell'Autorità *in subiecta materia*. Per contro, parte attrice CWNET ha ritenuto inammissibili siffatte eccezioni di controparte poiché tardive in quanto non opposte nell'indicato termine di 5 giorni dalla notifica della data di prima comparizione delle parti presso l'Autorità, come da Regolamento sulle controversie.
20. Ebbene, occorre in primo luogo dichiarare l'infondatezza dell'assunta tardività eccepita da CWNET e, dunque, respingerla chiarendo fin da subito la posizione dell'Autorità su tali temi, già in precedenti casi trattati. Infatti, il termine indicato dall'Autorità – dei 5 giorni – è concesso alle parti “citate” in base alle prescrizioni regolamentari di cui alla delibera n. 352/08/CONS, articolo 4, comma 3, per consentire loro il fondamentale diritto di difesa, garantendo contestualmente anche la completezza del contraddittorio, indispensabile all'Autorità per dirimere la questione di volta in volta posta alla propria attenzione. Ne segue che l'Autorità non potrebbe escludere l'esame di posizioni controdedotte per esigenze difensive,

anche alla luce del fatto che il citato articolo 4, comma 3, testualmente riferisce di “onere” di deposito a carico della controparte, solo ordinatoriamente e non perentoriamente gravato dal termine dei 5 giorni indicato. Vale la pena aggiungere poi che BT, allo scadere dei citati primi 5 giorni, si è limitata a comunicare – riservandosi di controdedurre anche nel merito - che avendo sospesa ogni attività funzionale all’interruzione dei servizi resi a CWNET, riteneva dovesse essere direttamente fissata una nuova audizione di merito proprio per il venir meno delle esigenze d’urgenza. Successivamente e dopo avere ricevuta dall’Autorità la comunicazione relativa all’avvenuta audizione, svolta *inaudita altera parte*, BT ha, nei tempi indicati dall’Autorità, dato seguito alla richiesta di inviare le proprie controdeduzioni. Queste ultime, nel loro insieme rappresentano, per l’Autorità, un’unica strategia difensiva sulla quale la stessa è chiamata a pronunciarsi in sede di solo vaglio amministrativo e, per tale ragione, senza pregiudicare alcuno degli argomenti difensivi utilizzati dalle parti. D’altro canto tale possibilità è stata concessa alla stessa istante CWNET che ha integrato la propria originaria istanza con replica, all’ultima memoria difensiva della controparte, depositata in data recente (cfr. prot Agcom n.62002 del 4/12/2012 citata).

21. Rigettata, dunque, l’eccezione sollevata da parte istante occorre procedere all’esame di quelle sollevate, invece, nella memoria del 30/11/2012 (cfr. prot Agcom n. 61546 del 3/12/2012) di parte convenuta.
22. La resistente BT oltre ad eccepire l’improcedibilità della domanda per “*avvenuta cessazione della materia del contendere*”, sulla quale ci si riserva di argomentare nel seguito, ha preliminarmente dedotto che, sull’azionato diritto, difetterebbe la competenza dell’Autorità in ragione dell’espressa clausola contrattuale (art.22 del contratto vigente tra le parti, depositato in atti) che devolve al Giudice Ordinario ogni cognizione insistente su questioni attinenti al rapporto negoziale, quale appunto quella di cui trattasi. Tale ragionamento sarebbe altresì rafforzato dallo stesso articolo 8 del Regolamento sulle controversie, che declina la competenza dell’Autorità in caso di accordo -tra le parti- di ricorrere a mezzi alternativi. Sul punto è agevole replicare che l’eccezione appare manifestamente infondata poiché l’articolo del contratto testualmente recita :” *le parti convengono, di comune accordo, di devolvere qualsivoglia controversia in sede giurisdizionale alla competenza esclusiva del Foro di Torino.*” E’ di tutta evidenza, infatti, che la richiamata sede “esclusiva” vale indubbiamente, e testualmente, per le controversie “*in sede giurisdizionale*” e dunque non riguarda le controversie poste in sede amministrativa, quale quella davanti all’Autorità che è, e resta, tale tant’è che ogni suo provvedimento è poi suscettibile di gravame davanti al Giudice Amministrativo.
23. In aggiunta a quanto sopra, sempre BT ha eccepito che la domanda di CWNET, nei termini in cui è posta, non può essere esaminata in quanto la questione sottoposta

all'esame urgente non risulta funzionalmente collegata al provvedimento finale di merito. In altri termini la questione sostanziale apparrebbe disgiunta dalla questione d'urgenza e per tale ragione, non potendo il provvedimento d'urgenza "assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale", sarebbe da respingere perché inammissibile. Anche tale deduzione è da ritenersi, del pari, inconferente essendo evidente che l'accertamento del *periculum* su cui fonda la domanda d'intervento urgente è logicamente connesso alla questione sostanziale che si intende finalisticamente proteggere. Sussiste, pertanto, un innegabile nesso di funzionalità tra il provvedimento d'urgenza e la situazione sottostante di merito di cui si chiede la finale tutela e che, in sede cautelare, viene solo verosimilmente accertata. Rileva a tale proposito che l'Autorità, di prassi, vaglia, ai fini della concessione del cautelare, sia la sussistenza del *periculum* sia del *fumus*. Quest'ultimo giudizio è, sebbene sommario, anticipatorio (ma non definitivo) delle finale decisione sul merito. Infatti, ed in particolare, la chiesta inibizione della minacciata interruzione dei servizi da parte di BT, si fonda appunto sulla dedotta circostanza secondo cui non sarebbe affatto vero – ad avviso dell'istante – che essa stessa sarebbe debitrice di congrui importi aggiuntivi (cd. "integrativi") verso controparte. Circostanza su cui, appunto, BT fonda la preannunciata disattivazione dei servizi in parola. In altri termini l'Autorità ritiene conferente che CWNET abbia chiesto di "bloccare" con urgenza la minacciata interruzione *de qua* laddove la stessa ritenga che il sottostante presupposto – cioè l'asserita debenza di importi maggiori – non sia fondato.

La valutazione, nell'ambito della cognizione sommaria propria della presente fase cautelare, della fondatezza del succitato presupposto, che attiene al *fumus* è, per l'appunto, svolta dall'Autorità al fine di verificare gli estremi per la concessione della misura cautelare.

In particolare, sotto l'aspetto del *fumus boni iuris*, va osservato che i listini prezzi, richiamati da disposizione contrattuale vigente tra le parti (artt. 1/6 del contratto depositato in atti), prevedono la corresponsione di importi minutarli per ciascuno dei servizi resi sulle specifiche direttrici internazionali. In presenza di tale dato negoziale/documentale (che appare, allo stato, dunque fondare la prospettazione attorea), l'eventuale reclamata sussistenza di profili ulteriori ed opposti (quali il dedotto "errore materiale", i prezzi di mercato, la buona fede, ecc.) costituisce circostanza che va considerata nella valutazione del *fumus*, ma che andrà poi vagliata e debitamente verificata nella più ampia e definitiva sede decisoria di merito.

### *Sul periculum*

24. Chiarito il nesso funzionale tra l'esame dell'istanza cautelare e quello successivo di merito, le considerazioni che seguono sono volte a valutare la sussistenza degli estremi per la concessione del richiesto provvedimento cautelare.

Si evidenzia che, la richiamata istanza di misure cautelari di cui all'art.4 del Regolamento, può essere invocata – ex art. 3 dello stesso - nel corso del procedimento e *nei casi di richieste di accesso o di interconnessione non soddisfatte*, chiedendo, in via d'urgenza, l'adozione di *misure provvisorie idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale allegando un pregiudizio di natura economica di eccezionale gravità*.

La circostanza che la materia di cui trattasi attenga a richieste di interconnessione potenzialmente “non soddisfatte” emerge da tutta la trattazione precedente e, pertanto, non ulteriormente approfondita.

Con riferimento all'ultimo punto succitato (danno grave) si precisa che affinché l'Autorità possa adottare tale misura cautelare occorre che siano soddisfatti i seguenti requisiti:

- a) Sussistenza del *periculum*, conseguente alla condotta di BT, di un danno grave ed irreparabile tanto per il soggetto richiedente la misura cautelare quanto, pare opportuno aggiungere, per gli utenti finali;
- b) Sussistenza di un *fumus* in ordine alla ragione di parte istante. In altri termini le risultanze istruttorie preliminari devono indicare che le ragioni di merito, addotte da quest'ultima, non siano palesemente infondate. Ovviamente l'accertamento approfondito della questione attiene alla successiva fase di merito.

25. In primo luogo si rileva che sotto il profilo del *periculum in mora*, l'interruzione del servizio minacciata da BT comporterebbe il blocco del servizio voce/dati per migliaia di utenze che, di conseguenza, rimarrebbero del tutto disservite. CWNET ha peraltro segnalato non solo l'entità numerica (migliaia di utenze attestata su numerazione di BT per il VoIP), ma anche la peculiare tipologia dell'attività svolta da alcune di queste: servizi sanitari, farmacie, aziende. Affermazioni e dati non smentiti dalla resistente.

26. L'Autorità intende altresì respingere anche la sollevata eccezione di improcedibilità della domanda, improcedibilità giustificata – secondo la resistente – dalla formalizzata sospensione - per due mesi - da parte della stessa BT di “*ogni iniziativa volta all'interruzione della fornitura di servizi trasmissivi in favore di CWNET*”. A riguardo si osserva che la sospensione dell'interruzione dei servizi in danno della parte istante è stata garantita da BT (cfr. note del 14 novembre, 19 novembre, 30 novembre 2012 citate in premessa) per soli due mesi, mentre il presente procedimento amministrativo si chiuderebbe, in via ordinaria ai sensi dell'articolo 6 del Regolamento, nel più ampio termine di quattro mesi, evidentemente insufficienti a scongiurare l'interruzione del servizio all'ampia utenza di CWNET. Dalle ragioni suindicate discende che la richiesta tutela finale, a

cognizione piena, potrebbe effettivamente intervenire – ove in ipotesi riconosciuta – in tempi oggettivamente tardivi.

La più che fondata probabilità che i clienti di CWNET restino totalmente disserviti, aldilà dei due mesi di desistenza da ogni attività comunicati da BT, a cui appare connessa l'accertata instabilità relativa ai servizi da rendere per il tempo successivo e necessario a completare la cognizione piena di merito, non è stata contro argomentata dalla resistente, che non ha documentato (salvo riferire che CWNET avrebbe avviato una migrazione verso altri fornitori *wholesale*) con altro e saliente elemento a proprio vantaggio.

27. In secondo luogo va tenuto in conto il possibile pregiudizio di natura economica di CWNET conseguente all'operato di BT. Si richiama a tale proposito il danno diretto conseguente alla perdita di numerosi clienti (qualche migliaio) ed il potenziale danno d'immagine della CWNET nei confronti del mercato, con conseguente perdita dell'affidabilità che la stessa società istante ha conquistato nel settore di mercato in cui opera. Tutto ciò pone a rischio la capacità imprenditoriale di parte istante.
28. Ovviamente, in relazione agli effetti del distacco delle linee, la documentazione ad oggi acquisita agli atti del procedimento, non consente di individuare con esattezza l'effettiva entità del pregiudizio di natura economica che può subire CWNET. Giova tuttavia precisare che la verifica del danno sopporta i limiti cognitivi propri della delibazione sommaria, tipica del procedimento cautelare, dal che discende che, sia la gravità che l'irreparabilità del danno, debbono essere valutate con verosimile approssimazione non essendo questa la sede per quantificare nel dettaglio ciò che si pretende leso dai comportamenti avversari.
29. Per le ragioni su riportate l'Autorità ritiene che il *periculum* di danni gravi ed irreparabili sia effettivamente sussistente.

### *sul fumus*

30. Relativamente al *fumus*, e posto che esso sostanzia la verosimiglianza del diritto invocato, allo stato degli atti esaminati e nei ripetuti limiti cognitivi propri della fase cautelare, emerge l'attendibile fondatezza delle ragioni di CWNET, seppure da limitarsi all'adozione di una misura interdittiva di attività di interruzione di servizi forniti da BT a CWNET, come da pretesa azionata. Infatti, in primo luogo BT ha ammesso di aver erroneamente indicato un prezzo a suo dire non corretto, in quanto inferiore al reale valore di mercato, nei listini inviati a CWNET nel corso del 2011 fino ad aprile 2012. D'altro canto CWNET ha regolarmente onorato le corrispondenti fatture.

31. Rileva, a tale proposito, la circostanza che BT ha ammesso di aver compilato erroneamente i propri listini ed ha avviato le citate attività di interruzione, della fornitura del servizio di terminazione, appellandosi alla presunta mala fede di CWNET, questione tutta da analizzare e verificare nel proseguo del merito. Le argomentazioni di BT non consentono allo stato, indipendentemente da come ciò sia determinante nella decisione finale, di dimostrare la mala fede contrattuale di CWNET ovvero che quest'ultima, seppur resasi conto dell'errore, non ha informato BT. Tali circostanze, unite al *legittimo affidamento* ingenerato in CWNET, portano a ritenere, in tale fase decisionale, fondate le ragioni del *fumus*, posto che ad un elemento di certezza, l'errore materiale della controparte BT, si contrappone una mera supposizione di mala fede di parte istante CWNET.
32. D'altro canto CWNET dichiara di aver applicato ai clienti finali prezzi commisurati ai costi *wholesale* praticati da BT e di non aver potuto in alcun modo rendersi conto dell'errore.
33. Dunque, dalla documentazione prodotta da entrambe le parti contrapposte e, nondimeno, dalle affermazioni della società CWNET - anche raccolte in udienza -, oltre che dall'analisi degli elementi in possesso dell'Autorità, appare verosimile allo stato la violazione di obblighi negoziali<sup>5</sup>, da parte di BT, relativi alla continuità di fornitura del servizio di rete in questione, di cui all'articolo 11 del contratto vigente tra le parti. In aggiunta non appare sussistere, allo stato e sulla base di quanto pattuito tra le parti, alcun elemento tale da giustificare l'interruzione paventata ai sensi della clausola risolutiva, di cui all'articolo 21 del contratto in vigore tra le parti, per la cessazione *ipso iure* del rapporto.

#### **4. Conclusioni dell'Autorità**

34. Per tutto quanto in precedenza esposto, ed in conclusione, l'Autorità ritiene che la domanda di misura urgente richiesta da CWNET sia fondata poiché è rinvenibile con verosimile grado di fondatezza la presenza di entrambe le condizioni richieste di sussistenza del *periculum* e del *fumus*. Infatti, la complessità delle questioni da vagliare induce l'Autorità, nei limiti della cognizione preliminare, a non ritenere accettabile il paventato distacco dei servizi resi a CWNET fino al completamento delle attività istruttorie proprie della fase di merito. Per tale ragione in tale fase di accertamento sommario l'Autorità ritiene equa l'adozione di una misura che, ai sensi del regolamento di cui alla delibera n. 352/08/CONS, articolo 4, ordini a BT l'interruzione di ogni attività tesa alla interruzione dei servizi resi a CWNET nelle more della conclusione del procedimento di merito. L'adozione di tale misura cautelare consente di conseguire i seguenti obiettivi:

---

<sup>5</sup> Questi ultimi derivanti da primari obblighi sanciti dal Codice, all'articolo 41, comma 1.

- I. *assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale* che l'Autorità potrà adottare al termine della fase di merito dell'istruttoria (come previsto dall'art. 4, comma 1 del Regolamento);
- II. ristabilire tra gli operatori in controversia (CWNET e BT) una corretta relazione di fornitura dei servizi di interconnessione; in tal senso CWNET dovrà onorare le fatture che, a partire dalla presente decisione, saranno emesse da BT in ottemperanza ai contratti tra le parti, sulla base di listini chiari e non equivocabili comunicati da BT; parimenti CWNET potrà valutare il passaggio ad altro fornitore *wholesale* in tempi e modalità congrue con la continuità dei servizi offerti ai propri clienti e nel rispetto del contratto tra le parti;
- III. tutelare nell'immediato i clienti finali, scongiurando la preannunciata interruzione dei servizi di accesso ed interconnessione forniti a CWNET.

UDITA la relazione del Commissario Antonio Preto, relatore ai sensi dell'art. 31 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità;

## **DELIBERA**

### **Articolo 1**

#### **(Misure cautelari adottate nei confronti di BT Italia s.p.a.)**

1. E' fatto divieto, a BT Italia, per non meno di 4 mesi decorrenti dalla notifica del presente provvedimento, di porre in essere ogni attività finalizzata alla sospensione e/o disattivazione di servizi attualmente forniti a CWNET;
2. BT Italia assicura che, nel rispetto di quanto previsto al comma che precede, i clienti di CWNET attestati su numerazioni di BT non siano disserviti nei servizi resi da CWNET.

### **Articolo 2**

#### **(Disposizioni finali)**

1. La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel sito *web* dell'Autorità.
2. Ai sensi dell'art. 11, comma 9, del Regolamento adottato con delibera n. 352/08/CONS le prescrizioni di cui all'art. 1 del presente provvedimento, costituiscono un ordine ai sensi dell'articolo 98, comma 11 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

3. Ai sensi dell'art. 9, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.
4. Ai sensi dell'articolo 119 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104, che ha abrogato gli articoli 21 e 23-*bis* della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, e successive modificazioni ed integrazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Napoli, 20 dicembre 2012

Il Commissario relatore  
Antonio Preto

Il Presidente  
Angelo Maria Cardani

Per attestazione di conformità a quanto deliberato  
Il Segretario Generale *ad interim*  
Laura Aria