

DELIBERA N. 24/13 /CIR

ARCHIVIAZIONE DELLA 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 3 maggio 2013;

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*” e s.m.i., 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*” e s.m.i., in particolare l’art.1, comma 6, lettera a), n. 7, 8 e 9;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche” nel testo consolidato ed aggiornato con le modifiche introdotte con il decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, “Modifiche al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante codice delle comunicazioni elettroniche in attuazione delle direttive 2009/140/CE, in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, e 2009/136/CE in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata”, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 31 maggio 2012, n. 126 (di seguito “Codice”), ed in particolare gli articoli 23 e 49 relativi 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 sé 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*;

VISTI gli atti del procedimento, con particolare riferimento alla relazione della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica - Ufficio Servizi all'ingrosso, Controversie e Sanzioni - del 14 dicembre 2012;

VISTA la delibera n. 140/12/CIR recante *"Adozione di misure cautelari, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del Regolamento adottato con delibera n.352/08/CONS nella controversia insorta tra la società CWNET e BT Italia s.p.a. per fornitura di servizi di accesso e traffico nazionale ed internazionale"*;

VISTA la nota di BT Italia s.p.a., acquisita al protocollo con n.7403 dell'11 febbraio 2013, con la quale la società richiede, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del Regolamento, l'archiviazione del procedimento instaurato innanzi l'Autorità, avendo BT Italia s.p.a. dedotto in giudizio, avanti il Tribunale civile di Torino, una controversia avente medesimo oggetto;

SENTITE le parti CWNET e BT ITALIA all'udienza del 15 febbraio 2013;

VISTE le risultanze istruttorie e la relazione conclusiva della Direzione Reti e Servizi de Comunicazione elettronica;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Il procedimento

1. Si fa riferimento, per maggiori dettagli, a quanto già riportato nelle premessa e nella parte motiva dell'atto deliberativo n.140/12/CIR, del 20/12/2012, con cui la Commissione per le Infrastrutture e le Reti ha definito la fase cautelare della presente controversia.

Ci si limita qui a richiamare, per agevolare la lettura di quanto segue, che in data 2 novembre 2012 la società CWNET S.r.l. ha presentato, ai sensi dell'articolo 23 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche e della delibera n. 352/08/CONS ("Regolamento"), istanza per la risoluzione della controversia, insorta avverso la società BT Italia s.p.a. (nel seguito BT), in materia di fornitura dei servizi di raccolta

e terminazione di traffico nazionale ed internazionale. In particolare CWNET ha chiesto l'intervento dell'Autorità affinché venisse scongiurata l'interruzione, minacciata da BT, della fornitura di servizi *wholesale* (terminazione e raccolta) acquisiti da CWNET in forza di un vigente contratto di interconnessione con BT. Tale minaccia, di BT, faceva seguito alla contestazione, da parte di CWNET, degli importi contenuti in due fatture, rispettivamente del 9/03/2012 (n. H57920) e del 13/05/2012 (n. W2012- 2619) che CWNET ha ritenuto non dovuti in quanto derivanti da unilaterali modifiche contrattuali, poste in essere da BT, sulle tariffe di interconnessione di che trattasi.

Per tali urgenti ragioni CWNET ha perciò chiesto all'Autorità l'emanazione in via immediata di misure cautelari, ai sensi dell'articolo 4 della delibera n. 352/98/CONS, onde impedire a BT di interrompere la fornitura, a CWNET, dei servizi in parola, interruzione che avrebbe provocato disservizi alla propria utenza finale. La medesima società ha poi chiesto la definizione, nel merito, della insorta controversia al fine di accertare l'infondatezza delle richieste di pagamento che BT ha posto in essere con le citate fatture.

2. La società istante è stata ascoltata in audizione il giorno 20 novembre 2012, *inaudita altera parte* per la preannunciata ed altresì argomentata assenza della società BT. Nonostante l'assenza di parte convenuta il procedimento cautelare si è concluso in ogni sua fase essendo stati acquisiti, da entrambi i contendenti, sufficienti elementi documentali di valutazione della richiesta di intervento in urgenza.
3. La Commissione Infrastrutture e Reti quindi, ritenuti sufficienti gli elementi acquisiti, ha adottato, nella riunione del 20 dicembre 2012, la misura interinale di cui alla delibera n.140/12/CIR, per aver considerato fondate le ragioni di *fumus* e *periculum* prospettate nella domanda attorea. Siffatto provvedimento, notificato ad entrambe le parti in data 10 gennaio 2013 e pubblicato sul sito *web* dell'Autorità:
 - a) vieta alla convenuta BT, per non meno di 4 mesi decorrenti dalla notifica del provvedimento, di porre in essere ogni attività finalizzata alla sospensione ed alla disattivazione dei servizi forniti a CWNET;
 - b) ordina alla stessa BT di assicurare che i clienti di CWNET, attestati su numerazioni di BT, non siano disserviti nei servizi resi da CWNET.
4. Le società sono state successivamente convocate, per il prosieguo della trattazione di merito, in rituale audizione il giorno 15 febbraio 2013 presso gli uffici della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione elettronica dell'Autorità.

Prima dell'audizione, come da Regolamento, la società istante ha prodotto ulteriori elementi asseritamente fondanti e probatori delle proprie ragioni, anche di merito.

Parimenti, la società convenuta BT ha comunicato, con nota prot. Agcom n. 7491 del 12/02/2013, l'avvenuta notifica alla società CWNET di un atto di citazione, per inadempimento contrattuale, avanti il Tribunale civile di Torino, allegando tale documento e contestualmente formulando, alla Direzione competente, *istanza di archiviazione dell'instaurato procedimento*, ai sensi dell'articolo 3, ultimo comma, della Delibera n. 352/08/CONS.

5. Nel corso dell'udienza del 15 febbraio 2013, comunque svoltasi presso gli uffici della Direzione Reti, il responsabile del procedimento, dopo aver consentito a BT di esporre le proprie argomentazioni, ha chiesto alla parte istante di fornire le proprie valutazioni in relazione alla richiesta, di BT, di archiviazione della controversia in questione. La società escussa CWNET non ha opposto alcuna eccezione contraria, come risulta dal redatto verbale.
6. Le valutazioni che seguono sono, quindi, finalizzate a valutare l'istanza di archiviazione di BT, senza entrare nel merito della controversia. A riguardo si richiama l'articolo 3, comma 4, della delibera n.352/08/CONS (*alias* il Regolamento) secondo cui " *se una delle parti propone azione davanti all'Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia, la domanda di cui al comma 1 diviene improcedibile*".

Si tratta, quindi, di verificare se sussistano gli estremi di cui al citato comma, ovvero se la domanda sottoposta alla cognizione del Giudice Ordinario (nel seguito G.O.) possa considerarsi, anche in parte, coincidente con quella sottoposta all'Autorità.

2. Valutazioni Istruttorie inerenti all'archiviazione.

2.1 La posizione di BT nel presente procedimento e nel ricorso al Giudice Ordinario

7. Si rappresenta che la società BT, già con la memoria difensiva del 30 novembre 2012 (prot Agcom n.61546 del 3/12/2012), prodotta nell'ambito del procedimento sottoposto alla cognizione dell'Autorità, aveva ritenuto, in ordine all'aspetto sostanziale di merito, assolutamente infondata la domanda attorea 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, secondo BT, sintomaticamente CWNET ha chiesto all'Autorità di intervenire al fine di impedire la sospensione dei servizi di cui all'oggetto proprio per consentirgli, nelle more, di passare ad altro *provider* lasciando non saldato il conto finale del *quantum* dovuto.

In secondo luogo, nelle memorie inviate all'Autorità, BT sostiene che CWNET, in quanto “operatore esperto”, ben avrebbe dovuto rendersi conto che la tariffa pagata (benché inserita in un listino prezzi periodicamente aggiornato dalla stessa BT) non era idonea a remunerare un servizio di terminazione del traffico verso un operatore internazionale mobile (ECONET), in quanto di prassi a tale tipologia di traffico è associato un prezzo di mercato, al dettaglio, maggiore di quanto riportato in detto listino. BT aggiunge che CWNET era stata prontamente informata della esistenza di picchi di traffico anomalo individuati su tale direttrice e che, a decorrere dal 21 dicembre 2011, sarebbe intervenuta una modifica tariffaria per allineare i prezzi a listino con quelli applicati nel mercato di riferimento, per tale tipologia di servizi (cfr. e- mail del 21/12/2011 già in atti).

In buona sostanza, sul merito della questione di che trattasi, BT, nell'ambito del presente procedimento, aveva fin dall'inizio opposto censure sulla vantata *buona fede contrattuale* di CWNET, posto che la stessa avrebbe dovuto essere ben a conoscenza del fatto che il servizio reso dalla stessa BT sul mercato è remunerato con una tariffa di 30 eurocent al minuto, molto al di sopra del valore di 6/8 eurocent - indicato erroneamente nel listino – in quanto corrispondente alla tariffa per servizi di terminazione su rete fissa, notoriamente inferiore a quella mobile.

L'Autorità rileva che siffatte posizioni di BT risultano ribadite e rafforzate nel ricorso depositato in sede giurisdizionale. BT aggiunge, in tale contesto, ulteriori specificazioni tese ad avvalorare la tesi dell'evidente errore, in cui la stessa è incorsa, nella contabilizzazione degli importi dovuti, sulla base di tariffe per la telefonia fissa da CWNET per il traffico generato verso la direttrice mobile (Econet) dello Zimbabwe (prefisso 0026377). Dunque, anche in tale ricorso al G.O. secondo BT nulla può controparte legittimamente controdedurre di fronte all'evidente errore in cui la stessa BT è in buona fede caduta.

2.2 Sull'identità del *petitum* ed improcedibilità della domanda di CWNET

8. Come evidente da quanto sopra riportato la citazione in giudizio civile, da parte di BT nei confronti di CWNET, evidenzia una sostanziale identità di argomenti con quanto già trattato, nell'ambito della presente controversia, nella fase dell'urgenza e con quanto resta da approfondire nella successiva fase di merito.

BT, infatti, pone all'esame del G.O. la questione della mancata corresponsione, da parte di CWNET, delle stesse somme (essendo relative alle medesime fatture) il cui mancato pagamento aveva indotto BT a paventare la sospensione, a quest'ultima, dei servizi di interconnessione. Tale minacciato distacco aveva poi indotto CWNET ad instaurare la controversia in oggetto dinanzi all'Autorità.

9. Appare chiaro come le questioni sottoposte all’Autorità ed al G.O. siano strettamente connesse oltre che parzialmente sovrapposte. In entrambi i casi, infatti, la questione da dirimere è se sia legittimo, in quanto contrattualmente compatibile, il rifiuto opposto da CWNET alla corresponsione delle somme di cui alle suddette fatture.

Risulta evidente, allora, che la prospettazione attorea, dinanzi al G.O., assorbe pressoché interamente la questione sostanziale di merito sulla quale il procedimento amministrativo, di cui all’oggetto, avrebbe dovuto proseguire, secondo la domanda originariamente posta da CWNET: quella, cioè, di verificare la effettiva debenza delle più alte somme pretese da BT e riportate nelle fatture contestate ed oggi oggetto del giudizio ordinario.

Si sottolinea, peraltro, che alla conclusiva udienza del 15 febbraio c.a. la stessa parte istante CWNET nulla ha ritenuto di dovere eccepire in ordine all’ipotesi di archiviazione del presente procedimento.

2.3. Sulla competenza all’adozione del provvedimento di archiviazione

10. Si richiama l’articolo 12 del Regolamento che dispone “*il procedimento va archiviato [...] nei casi di inammissibilità ovvero di improcedibilità dell’istanza previsti all’art. 3 del presente regolamento*”. Come già ribadito l’articolo 3, comma 4, del Regolamento prevede che “*se una delle parti propone azione dinanzi all’Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia, la domanda di cui al comma 1 diviene improcedibile*”. Tanto premesso la vincolatività del dettato regolamentare pone, per la fattispecie in esame, anche la questione della competenza all’adozione dell’atto conclusivo di archiviazione del procedimento.

L’articolo 12, comma 1, del già citato Regolamento, infatti contempla una generale delega, in relazione ai provvedimenti di archiviazione, al Direttore della struttura competente all’istruttoria, “*finché gli atti non siano trasmessi alla Commissione*”. Appare, dunque, chiaro che la delegata competenza del Direttore incontra l’eccezione della “*trasmissione degli atti*” alla Commissione che, già investita della cognizione sul caso trattato, è la sola competente alla finale decisione.

Ciò del resto è di ovvia comprensione, posto che la fase cognitiva della Commissione sul procedimento, frattanto avviato e parzialmente concluso nella fase dell’urgenza, deve potersi completare anche in quella successiva dell’archiviazione. In tal modo la Commissione è posta a conoscenza del completo *iter* procedimentale di cui è già stata parzialmente investita nella fase dell’urgenza.

VISTI tutti gli atti del procedimento;

RITENUTO che sussista una sostanziale equivalenza tra le questioni devolute, da parte della società BT Italia, al Tribunale ordinario di Torino e quelle da esaminarsi nell'attuale fase amministrativa di merito;

RITENUTO altresì e conseguentemente che si debba concludere il procedimento di che trattasi mediante archiviazione per improcedibilità della domanda ai sensi e per gli effetti degli articoli 3, comma 4, e 12, commi 1 e 2, della delibera n. 352/08/CONS in combinata disposizione, attesa l'equivalenza sostanziale tra il *petitum* posto avanti all'autorità giurisdizionale ordinaria, dalla società BT e la questione di merito da trattarsi, in sede amministrativa, su istanza della società CWNET.

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

DELIBERA

1. Il non luogo a procedere nel merito della definizione della controversia instaurata dalla società CWNET S.r.l. nei confronti di BT ITALIA S.p.A. di cui in premessa e dispone l'archiviazione dell'avviato procedimento ai sensi e per gli effetti dell'articolo 3, comma 4, e dell'articolo 12, comma 1, del Regolamento.
2. La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel sito *web* dell'Autorità.
3. Ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lett. l) e dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.
4. Ai sensi dell' art. 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni decorrenti dalla notifica del medesimo.

Roma, 3 maggio 2013

Il Commissario relatore
Antonio Preto

Il Presidente
Angelo Marcello Cardani

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

Il Segretario Generale
Francesco Sclafani