

DELIBERA n. 269/13/CONS

ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' FASTWEB S.P.A. PER LA VIOLAZIONE DEGLI ARTICOLI 17, COMMA 7, 18, COMMA 2, LETTERE F) E G) E 19, COMMA 2, DELLA DELIBERA n. 4/06/CONS E S.M.I. (PROC. SANZ. n. 30/12/DIT)

L'AUTORITA'

NELLA riunione di Consiglio dell'11 aprile 2013;

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 successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 223/12/CONS del 27 aprile 2012, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 15 giugno 2012, n. 138, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "Modifiche al sistema penale" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il Regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera n. 220/08/CONS del 7 maggio 2008 recante "Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 3 giugno 2008, n. 128;

VISTA la delibera n. 4/06/CONS del 12 gennaio 2006 recante "Mercato dell'accesso disaggregato all'ingrosso (ivi compreso l'accesso condiviso) alle reti e sottoreti metalliche, ai fini della fornitura di servizi a banda larga e vocali (mercato n. 11 fra quelli identificati dalla raccomandazione della Commissione europea n. 2003/11/CE): identificazione ed analisi del mercato, valutazione di sussistenza di imprese con significativo potere di mercato ed individuazione degli obblighi regolamentari", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 9 febbraio 2006, n. 33 e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO l'atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 30/12/DIT del 6 novembre 2012, notificato alla parte in data 12 novembre 2012, con il quale veniva contestata alla società Fastweb S.p.A. la violazione degli articoli 17, comma 7, 18, comma 2, lettere f) e g) e 19, comma 2, della delibera n. 4/06/CONS e s.m.i. per

aver effettuato, durante il processo di migrazione delle utenze intestate ai sigg. Santandrea (utenza n. 0543-750xxx), Scattareggia (utenza n. 090-9920xxx) e Toti (utenza n. 058-323xxx), rispettivamente verso gli operatori Vodafone Omnitel NV, Tiscali e Telecom Italia S.p.A., attività di parziale deconfigurazione delle numerazioni dalla propria rete in assenza di notifica di espletamento della portabilità da parte dell'operatore notificato, provocando rilevanti e perduranti disservizi sulle utenze in questione; per aver proceduto, in relazione alla comunicazione di recesso inviata dal sig. Orlando (utenza n. 022-538xxx) in data 1° dicembre 2011, ad annullare l'ordine di portabilità del numero da Telecom Italia soltanto in data 12 gennaio 2012; per aver interrotto, in ordine alla richiesta di migrazione presentata dalla sig.ra Lanzo (utenza n. 0963-547xxx), la procedura di portabilità sulla base di una semplice richiesta verbale dell'utente non provvedendo, inoltre, a restituire tempestivamente la numerazione all'operatore notificato, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259

VISTA la nota del 12 dicembre 2012 con cui la società Fastweb S.p.A. ha trasmesso la propria memoria difensiva e ha richiesto di essere sentita in audizione;

SENTITA la società Fastweb S.p.A. nel corso dell'audizione tenutasi in data 18 dicembre 2012;

VISTA la necessità di disporre un supplemento istruttorio nei confronti della società Telecom Italia S.p.A. con conseguente sospensione, ai sensi dell'articolo 7, della delibera n. 136/06/CONS e s.m.i., dei termini del procedimento;

VISTI la richiesta di informazioni e documenti trasmessa alla società Telecom Italia S.p.A. in data 14 gennaio 2013 ed il riscontro ricevuto in data 14 febbraio 2013;

VISTA la comunicazione di sospensione del procedimento, inviata alla società Fastweb S.p.A. in data 16 gennaio 2013;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società Fastweb S.p.A.

La società Fastweb S.p.A. ritiene che la contestazione in oggetto sia improcedibile ed infondata per le seguenti motivazioni.

In via preliminare, infatti, la predetta società rileva che l'articolo 5, comma 2, Allegato A, della delibera n. 130/08/CONS, prevede che *“l'atto di contestazione deve essere notificato al trasgressore, entro novanta giorni dal completo accertamento del fatto ai sensi dell'art. 4, comma 6, con le modalità di cui all'art. 14 della legge 24 novembre 1981 n. 689”* mentre, nel caso di specie, *“il completo accertamento”* dei fatti in contestazione è contenuto nella relazione trasmessa dall'Ufficio gestione segnalazioni e

vigilanza in data 10 luglio 2012, ma la notifica dell'atto di contestazione è avvenuta in data 12 novembre 2012, ossia ben oltre i termini previsti dal citato articolo 5, comma 2, della delibera n. 130/08/CONS al fine di garantire la sostanziale tutela dell'interesse di partecipazione al procedimento ed esercizio del diritto di difesa. Alla luce di tali considerazioni, la società Fastweb S.p.A. invoca l'invalidità dell'atto di contestazione e chiede, pertanto, l'archiviazione del procedimento.

Nel merito degli addebiti oggetto di contestazione, la società Fastweb S.p.A. precisa, in relazione alle segnalazioni degli utenti Santandrea, Scattareggia e Toti, che le specifiche tecniche dell'Accordo Quadro, sottoscritto dagli operatori per disciplinare il processo di migrazione OLO2OLO, prevedono che tutti i soggetti coinvolti nel processo di migrazione svolgano le attività di rete, relative al trasferimento delle utenze, il giorno della data di attesa consegna (c.d. DAC) comunicata dalla divisione rete dell'operatore Telecom Italia S.p.A., secondo quanto previsto dall'articolo 18, comma 2, lettera d), della delibera n. 274/07/CONS. Tale disposizione, infatti, è stata recepita nel citato Accordo Quadro il quale prevede l'invio, da parte di Telecom Italia S.p.A., della notifica di espletamento delle proprie attività di competenza nel medesimo giorno della DAC comunicata agli altri attori coinvolti nel processo di trasferimento dell'utenza. La società Fastweb, inoltre, chiarisce che le procedure di migrazione comportano la sincronizzazione delle attività di rete, tra cui la deconfigurazione/configurazione delle numerazioni da parte degli operatori *donor* e *donating* a data certa, ossia il giorno della DAC in concomitanza con la ricezione della notifica di espletamento da parte di Telecom Italia S.p.A., ma tale gestore invia, generalmente, la notifica di espletamento in ritardo con la conseguenza che, nel caso in cui i gestori procedessero alla deconfigurazione/configurazione delle numerazioni, nonché alla cessazione dei servizi ai clienti finali, il giorno della DAC, almeno un 20% di clienti resterebbe completamente disservito fino allo svolgimento delle attività da parte di Telecom Italia, con tempistiche affatto disallineate rispetto al processo di migrazione.

In tale contesto, la contestata deconfigurazione parziale dei servizi operata dalla società Fastweb S.p.A. consente al cliente di ovviare, almeno in parte, al disservizio cagionato da Telecom Italia e di poter effettuare chiamate in uscita, di usufruire dei servizi di trasmissione dati e di ricevere chiamate dai clienti Fastweb in attesa della conclusione delle attività di rete di Telecom Italia che comportano, a seguito della ricezione della notifica di espletamento, la definitiva chiusura dell'*account* del cliente sui sistemi di Fastweb. A tal proposito, la società Fastweb S.p.A. aggiunge che, nei casi elencati nell'atto di contestazione, Telecom non ha effettuato le attività di rete nel giorno della DAC e, pertanto, la parziale deconfigurazione delle numerazioni operata da Fastweb appare coerente con "*l'obiettivo di non recare disservizio al cliente finale*" indicato dall'articolo 17, comma 2, della delibera n. 274/07/CONS in quanto i clienti hanno conservato la possibilità di effettuare chiamate in uscita ed utilizzare il servizio dati.

In ordine agli esiti dell'attività ispettiva svolta dal Servizio ispettivo dell'Autorità, come desumibili dalla relazione conclusiva del predetto Servizio, la società Fastweb S.p.A. osserva che, pur ritenendo opportuno proseguire l'indagine anche presso l'operatore Telecom Italia S.p.A., non si è provveduto a tale adempimento al fine di individuare le reali responsabilità ed effettuare i dovuti riscontro incrociati.

Per quanto concerne le problematiche segnalate dal sig. Orlando, la società Fastweb S.p.A. fa presente che l'articolo 17, comma 7, della delibera n. 4/06/CONS e s.m.i. non

prevede un termine perentorio entro il quale procedere alla lavorazione delle comunicazioni di recesso inviate dai clienti e, d'altra parte, al fine di dare seguito alla esplicita volontà del cliente di mantenere il proprio numero telefonico evitando, al contempo, qualsiasi tipo di disservizio stante l'impossibilità di interrompere la procedura di attivazione, ha atteso la conclusione della procedura e, una volta attivato il cliente, ha avviato una procedura di cessazione con rientro verso Telecom Italia.

In ordine alla segnalazione della sig.ra Lanzo, infine, la società Fastweb, sostiene che il recesso manifestato dalla cliente non deve essere manifestato necessariamente per iscritto in quanto, diversamente opinando, la forma *ad substantiam* sarebbe necessaria non solo per la validità del recesso, ma anche per l'attivazione dei servizi. Ribadisce, pertanto, che la contestazione risulta priva di sufficiente supporto probatorio in quanto l'Autorità non ha esteso le proprie indagini anche nei confronti di Telecom Italia la quale, anche per questi due ultimi casi, ha tenuto un comportamento teso ad allungare, mediante continue rimodulazioni della DAC concordata, i tempi di fornitura di attivazione dei servizi da parte dei *competitors* costringendo i clienti a recedere dai contratti sottoscritti e ledendo in maniera significativa l'immagine aziendale degli OLO coinvolti nelle procedure di attivazione/migrazione.

II. Valutazioni dell'Autorità

Le eccezioni sollevate dalla società Fastweb S.p.A. sono parzialmente accoglibili per le seguenti motivazioni.

In via preliminare, occorre chiarire che i limiti temporali entro cui l'Amministrazione precedente deve provvedere alla notifica della contestazione, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689, non sono collegati alla data di commissione della violazione, bensì alla conclusione del procedimento di accertamento, posto che l'acquisizione della notizia del fatto deve comprendere tanto gli elementi soggettivi quanto gli elementi oggettivi di esso onde riscontrare la sussistenza della infrazione e acquisire piena conoscenza della condotta illecita, sì da valutarne l'esatta consistenza agli effetti della formulazione della contestazione. Tale principio, peraltro avallato da consolidato indirizzo giurisprudenziale, trova piena conferma nel regolamento di settore emanato dall'Autorità, in materia di procedimenti sanzionatori, con la delibera n. 136/06/CONS e s.m.i. la quale, all'articolo 5, comma 2, prevede che *“l'atto di accertamento deve essere notificato al trasgressore entro novanta giorni dal completo accertamento del fatto ai sensi dell'art. 4, comma 6...omissis.”*, il quale, a sua volta, prevede: *“Il responsabile, esaminati gli atti trasmessi ed effettuate, ove del caso, ulteriori verifiche e qualificate le fattispecie nei loro pertinenti termini giuridici, formula una proposta di archiviazione delle fattispecie segnalate per manifesta insussistenza della violazione, oppure propone l'avvio del procedimento sanzionatorio, predisponendo lo schema di atto di contestazione....omissis”*. Con riferimento al procedimento *de quo*, l'acquisizione della relazione da parte dei competenti uffici dell'Autorità, riconducibile alle date in cui sono state svolte le verifiche ispettive, non può costituire il *dies a quo* da cui far decorrere il termine di novanta giorni per la formulazione della contestazione, ma è il momento in cui è stata conclusa l'attività preistruttoria necessaria alla esatta

qualificazione dei comportamenti rilevati in rapporto alle norme della cui violazione si tratta per cui risulta del tutto rispettoso della normativa vigente.

In ordine alle difese attinenti al merito dei fatti contestati, si evidenzia che il procedimento sanzionatorio in questione ha ad oggetto, per gli utenti Santandrea, Scattareggia e Toti, la deconfigurazione parziale delle utenze intestate ai citati utenti, in violazione dei principi generali tendenti a ridurre al minimo i disservizi provocati agli utenti finali. In altri termini, la contestata deconfigurazione parziale delle utenze, operata dalla società Fastweb S.p.A., in assenza della notifica di espletamento delle attività di competenza della società Telecom Italia S.p.A., ha comportato sicuri disservizi all'utenza finale in quanto non ha consentito, per un periodo prolungato, di usufruire in modo completo del servizio telefonico, stante l'impossibilità di ricevere chiamate dagli utenti che non fossero clienti Fastweb, con evidenti conseguenze dannose soprattutto nel caso di utenze di tipo *business*. D'altra parte, l'Accordo quadro, allegato alla circolare dell'Autorità del 9 aprile 2008 e sottoscritto anche dalla società Fastweb S.p.A., ha disciplinato in maniera dettagliata gli aspetti necessari a rendere operative le procedure tecniche concordate per le attivazioni, migrazioni e portabilità del numero al fine di individuare con chiarezza il momento in cui vanno svolte le singole azioni che consentano il contestuale passaggio di un cliente da un operatore ad un altro. In base ai processi gestionali contenuti nel citato Accordo, il momento in cui devono attuarsi le azioni di competenza da parte di tutti i soggetti coinvolti (*recipient, donating, donor*) coincide con la data di attesa consegna (c.d. DAC), ossia quando anche l'operatore Telecom Italia effettua il *provisioning* di rete ed invia, in maniera contestuale, la notifica di espletamento agli altri operatori coinvolti nella procedura.

Tanto premesso, in relazione al caso del sig. Santandrea, anche alla luce delle nuove argomentazioni addotte dalla società ricorrente, non si rinvergono elementi sufficienti per ascrivere responsabilità in capo alla società Fastweb S.p.A. che, con la deconfigurazione parziale, rispetto ad una deconfigurazione totale da eseguire a DAC, ha, invece, limitato i disservizi all'utente finale che almeno ha potuto usufruire in parte dei servizi telefonico e dati.

Per quanto concerne gli utenti Scattareggia e Toti, invece, si evidenzia che le schermate di sistema prodotte dalla società Fastweb S.p.A., in sede di attività ispettiva, sono state estratte dal sistema "Eureka" che, secondo quanto più volte affermato dalla società medesima, costituisce l'unico strumento attraverso il quale l'operatore si interfaccia con il sistema di Telecom Italia S.p.A. "Pitagora" nelle varie fasi che caratterizzano la procedura di migrazione. Va segnalato, tuttavia, che, dal controllo incrociato delle informazioni contenute in dette schermate rispetto a quelle presenti nelle schermate estratte dal sistema "Pitagora", prodotte dalla società Telecom Italia su richiesta dell'Autorità, è emersa una discordanza nelle DAC che, presumibilmente, ha generato i disservizi lamentati dagli utenti, riconducibili ad un'anomalia dei sistemi che, di fatto, ha impedito il corretto interfacciamento ed ha determinato un plausibile errore nella trasmissione di tutte le informazioni necessarie. Tanto premesso, stante l'impossibilità di ricondurre l'evidente anomalia ad uno piuttosto che all'altro sistema, si ritiene insussistente una responsabilità esclusiva del gestore Fastweb S.p.A. il quale ha, in ogni caso, fornito prova di aver eseguito le attività di competenza secondo le scadenze temporali risultanti dai propri sistemi.

In relazione, poi, a quanto accertato per la segnalazione del sig. Orlando, si osserva che, ai sensi dell'articolo 17, comma 7, della delibera n. 4/06/CONS e s.m.i., *“l'operatore recipient che riceva nei termini previsti una comunicazione di recesso, da inviare nelle modalità previste dall'art. 5, comma 3, del Regolamento in Allegato A alla delibera n. 664/06/CONS, da parte del cliente, procede senza indugio all'interruzione della procedura di attivazione o migrazione”*. In tale prospettiva, si ritiene accoglibile l'eccezione sollevata dalla società Fastweb S.p.A., in quanto la disposizione in esame seppur impone una gestione tempestiva delle comunicazioni di recesso e rinvia espressamente alla disciplina contenuta nel Regolamento allegato alla delibera n. 664/06/CONS, non individua in maniera definitiva il termine massimo consentito per evadere tali tipologie di richieste. La citata disposizione regolamentare, pertanto, andrebbe collegata alla successiva legge n. 40/2007 ed alle Linee Guida dettate in materia dall'Autorità in base alle quali il termine massimo per gestire il recesso è stato fissato in 30 giorni coincidenti con il termine di preavviso massimo da richiedere agli utenti secondo le nuove disposizioni introdotte dalla citata legge n. 40/2007. Nel caso del sig. Orlando, dunque, la società Fastweb S.p.A. ha gestito la comunicazione di recesso ricevuta dal cliente con un plausibile ritardo di quattro giorni, stante la mancata conclusione della procedura di attivazione e le ripetute rimodulazioni, da parte di Telecom Italia S.p.A., della DAC originariamente fissata .

Per quanto concerne, infine, la problematica segnalata dalla sig.ra Lanzo, non appare suscettibile di accoglimento quanto dedotto dalla società Fastweb S.p.A. in merito alla validità del presunto recesso inoltrato dalla cliente tramite una semplice telefonata, non registrata ed unicamente annotata sui sistemi dell'operatore. A tal proposito, si sottolinea che il recesso, ai sensi dell'articolo 17, comma 7, della delibera n. 4/06/CONS, va presentato nelle modalità previste dall'articolo 5, comma 3, del Regolamento in allegato A alla delibera n. 664/06/CONS e, pertanto, per iscritto tramite raccomandata A.R. ovvero tramite telegramma, telex, posta elettronica e fax, a condizione di successiva conferma con raccomandata A.R.. Appare, inoltre, contraddittoria la difesa della società per la contestata violazione dell'articolo 19, comma 4, della delibera 4/06/CONS in quanto, da un lato, la società Fastweb S.p.A. ha sostenuto che il diritto di recesso esercitato dalla sig.ra Lanzo tramite una telefonata era valido ed idoneo ad interrompere il processo di migrazione in corso e, dall'altro, non ha, poi, provveduto a restituire la numerazione all'operatore notificato, ma, al contrario, ha proseguito nell'attivazione dei propri servizi, sulla scorta di un ulteriore contatto telefonico con la cliente che avrebbe manifestato volontà contraria alla precedente richiesta di recesso.

In merito, poi, alle criticità, dedotte dalla società Fastweb S.p.A. nella propria memoria difensiva, relative ai presunti ritardi con cui la società Telecom Italia S.p.A. effettuerebbe la notifica di espletamento delle attività di propria competenza ovvero alle frequenti rimodulazioni della data di attesa consegna, si osserva che la medesima società conferma l'esistenza di un Tavolo tecnico *ad hoc* aperto presso la competente Direzione dell'Autorità a seguito dell'approvazione della delibera n. 74/12/CIR recante *“Adozione di misure cautelari ai sensi dell'articolo 4 del regolamento adottato con delibera n. 352/08/CONS nella controversia tra Fastweb S.p.A. e Telecom Italia S.p.A. in materia di migrazioni verso accessi bitstream”* le cui attività non possono ritenersi collegate al presente procedimento che, viceversa, persegue fini prettamente legati alla

tutela degli utenti per le difficoltà incontrate nell'esecuzione dei contratti conclusi con il proprio operatore di riferimento.

RITENUTO, per le motivazioni sopra esposte, che, in relazione agli utenti Santandrea, Scattareggia, Toti e Orlando, non possano ravvisarsi profili di responsabilità a carico della società Fastweb S.p.A.;

RITENUTA, in conclusione, con riferimento all'utente Lanzo, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 in quanto la società Fastweb S.p.A. non ha fornito alcuna giustificazione valida in merito alle violazioni contestate in sede di avvio del procedimento;

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

a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che la società Fastweb S.p.A., in relazione all'utente Lanzo, ha provocato prolungati disservizi impedendo la regolare fruizione del servizio;

b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione degli effetti conseguenti alla violazione commessa, si osserva che la predetta società ha risolto, già prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio, la problematica sollevata dalla sig.ra Lanzo Daniela riattivando l'utenza a lei intestata;

c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società Fastweb S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire la puntuale e corretta applicazione della delibera n. 4/06/CONS e s.m.i.;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria come sotto determinata;

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura del minimo edittale pari 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;

UDITA la relazione del Commissario Francesco Posteraro, relatore ai sensi dell'articolo 31 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società Fastweb S.p.A., con sede in Via Caracciolo, n. 51 - 20155 Milano, 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;

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. 269/13/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 10 giorni dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest’Autorità quietanza dell’avvenuto versamento, indicando come riferimento “Delibera n. 269/13/CONS”.

Ai sensi 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.

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

La presente delibera è notificata alla parte e pubblicata nel sito web dell’Autorità www.agcom.it

Roma, 11 aprile 2013

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Francesco Posteraro

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE *ad interim*
Antonio Perrucci