

Delibera n. 287/11/CONS

Ordinanza ingiunzione nei confronti della società BT Italia S.p.A. per la violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 in combinato disposto all'articolo 18, comma 2 lettera h) della delibera n. 274/07/CONS con riferimento ai tempi e alle modalità' di attuazione della procedura di migrazione
(Proc. Sanz. n..1/11/DIT)

L'AUTORITA'

NELLA riunione di Consiglio del 18 maggio 2011;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n.249, "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera c) n.14;

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

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

VISTA la delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modificazioni, nel testo coordinato allegato alla delibera n. 130/08/CONS, (di seguito, "*il regolamento in materia di procedure sanzionatorie*");

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 4/06/CONS del 12 gennaio 2006, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 9 febbraio 2006, n. 33, così come modificata dalla delibera n. 274/07/CONS del 6 giugno 2007, ed in particolare l'articolo 18, comma 2, lettera h);

VISTO il verbale di accertamento n. 1/11/DIT ed il conseguente atto di contestazione della Direzione tutela dei consumatori n. 1/11/DIT del 20 gennaio 2011, notificato in data 26 gennaio 2011, con il quale è stata contestata alla società BT Italia S.p.A., con sede in Milano, Via Tucidide n. 56, la violazione dell'articolo 70 decreto legislativo 259/03 in combinato disposto all'articolo 18, comma 2 lettera h) delibera 274/07/CONS, per non aver comunicato nel rispetto dei tempi e modalità previste dalla

normativa di settore all'operatore *recipient* Telecom Italia la volontà di far migrare la risorsa yyy intestata alla società XXX Group S.r.l. su rete Telecom, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;

VISTA la memoria difensiva della Società del 22 febbraio 2011, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 9562 del 1 marzo 2011;

VISTA la richiesta istruttoria della Direzione tutela dei consumatori alla società Telecom Italia S.p.A. del 29 settembre 2010 prot. n. 56583 ai sensi del combinato disposto degli articolo 6, comma 3, e 7 della delibera n. 136/06/CONS e la risposta del predetto operatore del 22 ottobre 2010 prot. 62057;

UDITA la società in audizione in data 11 marzo 2011;

VISTI gli atti del procedimento

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

La società BT Italia S.p.A. (di seguito "BT Italia"), ha rappresentato quanto segue:

In via preliminare l'operatore si è soffermato a descrivere il processo di migrazione e le tecniche di attuazione in quanto la normativa oggetto di addebiti concerne il mancato avvio da parte dell'operatore *donating* (cioè BT Italia) della procedura di migrazione richiesta dall'utente XXX Group s.r.l. (titolare utenza n. yyy e linee derivate). La Società ha evidenziato che il processo di migrazione implica il passaggio della risorsa numerica dall'operatore *donating* (OLO1) all'operatore *recipient* (OLO2) con utilizzo di qualsiasi servizio intermedio di Telecom Italia *wholesale* a favore del *recipient* (OLO2) oppure il passaggio dall'operatore *donating* (OLO1) all'operatore notificato *recipient* (OLO2 c.d. *rientro*).

Le procedure di migrazione delle linee in accesso sono state concordate preventivamente tra gli operatori ai sensi dell'articolo 18, comma 2 della delibera n.274/07/CONS con costituzione di "tavoli tecnici" (coadiuvati dall'Autorità) al fine di definire concordemente le modalità operative necessarie all'implementazione di quanto stabilito dall'Autorità con delibera n.274/07/CONS. Le procedure tecniche di attuazione del processo di migrazione sono state formalizzate nel c.d. "Accordo Quadro" sottoscritto tra gli operatori in data 5 febbraio 2008 e pubblicato sul sito dell'Autorità in data 21 luglio 2008.

Tali procedure (che integrano la normativa regolamentare prevista dalla delibera 274/07/CONS) hanno previsto che sia solo il *recipient* e non anche il *donating* ad avviare il processo di migrazione della risorsa. Pertanto BT Italia afferma che sia le procedure concordate, formalizzate nell'Accordo Quadro del 5 febbraio 2008, che il

regolamento contenuto nella delibera 68/08/CIR (che disciplina la capacità giornaliera di evasione delle richieste di migrazione ai sensi della delibera n.274/07/CONS) attestano che il processo di migrazione deve essere avviato unicamente dall'operatore *recipient*. Di conseguenza la normativa disposta dall'articolo 18, comma 2 lettera h) della delibera n.274/07/CONS, oggetto di contestazione insieme all'articolo 70 del Codice, è stata abrogata da atti successivi emanati dall'Autorità (delibera n.68/08/CIR). La Società ha anche affermato che il principio previsto dall'articolo 41, comma 2, della delibera n.4/06/CONS (e ribadito dall'articolo 18, comma 2 della delibera n.274/07/CONS che dispone "*Le procedure di migrazione delle linee in accesso sono concordate preventivamente tra gli operatori, incluso l'operatore notificato,...*"), che è espressione della regola della piena condivisione tra gli operatori di comunicazioni elettroniche delle procedure di implementazione del processo di migrazione, è stato reso inviolabile dall'Autorità con l'adozione della delibera n. 569/07/CONS (recante "*Ordine di cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 14 novembre 1995, n. 481*"), con la quale l'Autorità ha ordinato a Telecom Italia l'immediata interruzione della procedura unilaterale di migrazione (e cioè della modalità operativa volta ad accettare dai clienti finali mandato a completare la migrazione della risorsa).

Dunque, poiché non è stata prevista alcuna procedura operativa condivisa che obblighi l'operatore *donating* (che riceva la volontà del titolare dell'utenza di migrare ad altro operatore) ad avviare il processo, è implicito che nessuna violazione può essere contestata a BT per il mancato avvio della migrazione dell'utenza n.yyy (e linee derivate) in quanto la normativa di settore non può avere efficacia precettiva e pertanto resta inapplicabile.

Infine società BT afferma che l'accertamento compiuto dall'Autorità (concernente il consenso acquisito dal cliente per il mantenimento temporaneo del servizio con l'operatore *donating* BT Italia fino alla ricezione formale della richiesta di attivazione del servizio da parte dell'operatore *recipient* prescelto) non può assurgere quale prova di violazione della procedura di migrazione perché la stessa (per quanto già detto) non è tecnicamente avviabile dall'operatore *donating*. La società BT inoltre non ravvisa alcuna violazione dell'articolo 70 del Codice delle comunicazioni, ma anzi evidenzia che l'acquisizione del consenso per il mantenimento temporaneo del servizio con l'operatore *donating* BT (fino alla ricezione della richiesta di migrazione dell'operatore *recipient*) è posto a tutela della posizione del cliente finale in un'ottica di maggiore trasparenza.

A riprova che i fatti accertati non hanno violato il disposto dell'articolo 70 summenzionato, la società evidenzia quanto segue: di aver prontamente comunicato all'utente il codice di migrazione per consentire a quest'ultimo di migrare con altro operatore; l'utente ha comunicato con lettera del 28 aprile 2009 la risoluzione contrattuale del contratto in essere con BT Italia chiedendo al contempo l'avvio del processo di migrazione delle numerazioni verso l'operatore *recipient* prescelto; a seguito della ricezione del recesso, BT ha contattato telefonicamente il cliente al fine di

comprendere la sua effettiva volontà e cioè se il cliente voleva procedere ad una cessazione delle numerazioni con rientro in Telecom Italia oppure voleva continuare con la procedura di migrazione. L'utente (che era già in possesso del codice di migrazione per passare con altro operatore), con il consenso fornito nel corso della telefonata del 16 giugno 2009, ha solo confermato a voler mantenere temporaneamente attivo (sino alla conclusione del processo di migrazione) il servizio con BT Italia.

Infine la società BT eccepisce la nullità dell'atto di avvio del procedimento perché emesso in carenza di motivazione, in violazione dell'articolo 3 della legge 241/90, in base al quale ogni atto amministrativo deve essere adeguatamente motivato indicando i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione della Pubblica Amministrazione. Nel caso di specie l'Autorità non ha fornito alcuna motivazione a supporto dell'accertamento del fatto che avrebbe comportato la violazione dell'articolo 70 del Codice.

II Valutazioni dell'Autorità in merito alle eccezioni sollevate da BT Italia S.p.A.

Con l'atto di avvio del procedimento è stata contestata alla società BT Italia S.p.A., la violazione dell'articolo 70 decreto legislativo n.259/03 in combinato disposto all'articolo 18, comma 2 lettera h) delibera n.274/07/CONS, per non aver comunicato, in qualità di operatore *donating*, all'operatore *recipient* Telecom Italia la volontà manifestata dal cliente XXX Group s.r.l., con comunicazione di recesso del 28 aprile 2009, di voler migrare l'utenza n. yyy (con linee derivate) su rete Telecom, entro il termine massimo di 20 giorni previsto dalla normativa di settore decorrenti dalla ricezione della richiesta di migrazione.

In via preliminare si evidenzia che BT ha riconosciuto espressamente nella memoria difensiva che l'utente, con lettera del 28 aprile 2009, ha chiesto sia di recedere dal contratto in essere con BT, sia l'avvio del processo di migrazione delle numerazioni verso l'operatore *recipient* prescelto.

Nel merito delle argomentazioni difensive, si ritiene non accoglibile la tesi sostenuta dalla Società, per cui la disposizione che si dà per violata sarebbe stata abrogata con delibere successive (in particolare dalla delibera n.68/08/CIR) emanate dall'Autorità o che comunque il disposto previsto dall'articolo 18, comma 2 lettera h) della citata delibera non sia cogente, in quanto privo di norme attuative concordate tra gli operatori (norme di attuazione che al contrario sono state previste in caso di avvio del processo di migrazione chiesto dal cliente direttamente al *recipient*) e che, di conseguenza, tale obbligo sarebbe inefficace per mancata implementazione di procedura.

In primo luogo nessuna norma contenuta nella disciplina prevista dalla delibera 68/08/CIR (ad oggetto "*Disposizioni in merito alla capacità giornaliera di evasione delle richieste di migrazione ai sensi della delibera 274/07/CONS*") esplicitamente abroga il disposto violato né tanto meno è asseribile la sua abrogazione implicita per vari ordini di motivi. Il regolamento previsto dalla delibera 68/08/CIR cura un aspetto

particolare del processo di migrazione e cioè la capacità di evasione delle richieste. In particolare l'articolo 4, comma 2 delibera 68/08/CIR (rubricato "Comunicazioni tra gli operatori e all'Autorità") individuato da BT Italia come l'articolo che determinerebbe l'abrogazione del disposto dell'articolo 18, comma 2 lettera h) della delibera n.274/07/CONS, impone esclusivamente l'obbligo, rispettivamente dell'operatore *donating* e dell'operatore *recipient*, di comunicare all'Autorità ogni mese il numero di richieste lavorate. E' vero quanto affermato da Bt Italia che anche in caso di inoltro da parte dell'utente della richiesta di migrazione all'operatore *donating* (come nel caso di specie) ai sensi dell'articolo 18, comma 2 lettera h), è comunque sempre l'operatore *recipient* a inviare la richiesta di migrazione all'operatore *donating*. Però è altrettanto incontrovertibile che è previsto, dalla medesima disposizione citata e contestata, che quando il cliente invia la richiesta di migrazione all'operatore *donating* sarà quest'ultimo a darne comunicazione all'operatore *recipient*. E' questo l'obbligo procedurale violato da BT Italia *donating* per i fatti accertati: il mancato invio al *recipient* Telecom Italia (che nel caso di specie coincidono le figure di operatore notificato e *recipient*) della richiesta di migrazione della risorsa n.yyy inoltrata dall'utente XXX Group s.r.l. in data 28 aprile 2009. L'obbligo previsto dall'articolo 4, comma 2 delibera n.68/08/CIR non sopprime l'obbligo previsto in capo al *donating* (che ha ricevuto la richiesta di migrazione dall'utente) di trasmettere tempestivamente tale ordinativo al *recipient* che completerà la procedura inviando la richiesta all'operatore notificato che nel caso di specie coincide con l'operatore prescelto dall'utente per l'attivazione del servizio (cd. rientro).

Pertanto la delibera n.68/08/CIR non ha abrogato l'articolo 18, comma 2 lettera h) della delibera n.274/07/CONS, ma, al contrario, possono ritenersi perfettamente coordinati i citati obblighi regolamentari perché, come sopra chiarito, anche in caso di inoltro da parte dell'utente di una richiesta di migrazione all'operatore *donating*, è quest'ultimo, giova ripetere, che deve dare l'avvio della migrazione della risorsa informando tempestivamente il *recipient*.

Anche l'altra argomentazione, riguardante la mancata previsione di una procedura condivisa tra gli operatori per implementare il disposto previsto dall'articolo 18, comma 2, lettera h), della citata delibera non rileva in quanto la mancata realizzazione di procedure concordate per l'esecuzione dell'obbligo oggetto di addebiti da parte degli operatori (comunque non oggetto di accertamento ai fini del procedimento *de quo*) non fa venir meno la vigenza degli obblighi ivi previsti. Di contro le risultanze istruttorie hanno evidenziato l'instaurazione di una procedura (l'acquisizione del consenso temporaneo all'erogazione del servizio da parte dell'operatore *donating* fino all'avvio della procedura di migrazione da parte del *recipient*) illegittima, perché in contrasto con l'esecuzione di un valido contratto già concluso tra utente e operatore *recipient* prescelto.

L'operatore *donating* Bt Italia, ricevuta la lettera raccomandata del 28 aprile 2009 contenente la richiesta dell'utente di dare avvio alla migrazione della risorsa n.yyy con linee derivate verso Telecom Italia *recipient*, aveva l'obbligo di dare avvio al processo

in quanto tale attività è il presupposto per l'esecuzione di un contratto valido già concluso tra utente e Telecom Italia.

In caso di mancata implementazione della procedura (come sembrerebbe emergere nel caso di specie) la società Bt Italia al più avrebbe dovuto informare il cliente della necessità di contattare l'operatore prescelto (Telecom) per l'avvio della procedura, e non porre in essere dei comportamenti (quale l'acquisizione di un consenso per il mantenimento temporaneo del servizio) che hanno determinato attività di illecita *retention* del cliente (pur in presenza di valido contratto stipulato tra *recipient* e cliente e decorsi i 30 giorni di preavviso del recesso), ritardandone l'esecuzione.

Anche il richiamo alla delibera n. 569/07/CONS (che sancirebbe il principio della condivisione delle procedure da concordare per l'esecuzione della migrazione) quale argomento per affermare la legittimità degli addebiti contestati è inconferente, perché il richiamo a tale *modus operandi* non elimina l'obbligatorietà della normativa contestata. Di contro le affermazioni di BT evidenzerebbero una attività omissiva da parte degli operatori di settore, che non hanno posto in essere procedure concordate per rendere eseguibile la migrazione della risorsa anche in caso di inoltro di richiesta all'operatore *donating*.

Anche l'altro argomento difensivo per cui i fatti accertati non avrebbero violato il disposto dell'articolo 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche, non ha fondamento.

Più volte quest'Autorità (*ex multibus* con le delibere 37/09/CONS, 126/10/CONS) ha affermato che l'articolo 70 del Codice è norma speciale, di principio, per la conclusione dei contratti di comunicazione elettronica, le cui disposizioni di dettaglio sono stabilite con regolamenti dell'Autorità. Nel caso contestato la norma violata, (ovvero l'articolo 18, comma 2 lettera h) delibera n. 274/07/CONS) concorre ad individuare le norme applicative di dettaglio dei principi contenuti in via generale dall'articolo 70 del Codice (espressamente richiamato nella delibera 274/07/CONS) a tutela dell'interesse dell'utente all'esecuzione del contratto concluso con l'operatore *recipient*, nel caso in cui abbia chiesto la migrazione della risorsa all'operatore *donating*.

A contrario, per quanto accertato, la procedura posta in essere da BT evidenzia un attività di impedimento all'esecuzione di un contratto già concluso (con Telecom Italia) e quindi in violazione del principio consensualistico contenuto nel citato articolo 70 del Codice.

Infine, circa l'asserita nullità dell'atto di avvio del procedimento emesso, a dire di parte, in carenza di motivazione perché non sarebbero stati manifestati i motivi a supporto dell'accertamento del fatto che avrebbe comportato la violazione dell'articolo 70 del Codice, già quanto sopra rappresentato destituisce di fondamento l'eccezione sollevata da BT. Ma vi è di più: *i*) l'atto di contestazione e il verbale di accertamento, quali atti di avvio del procedimento, hanno la funzione di comunicare al destinatario i fatti accertati; tale atto non produce gli effetti finali, in quanto quest'ultimi scaturiscono dall'atto di conclusione del procedimento. E quindi qui è prevista la motivazione sull'articolo 70 summenzionato; *ii*) inoltre la motivazione della violazione dell'articolo 70 del Codice si

evince, *ictu oculi*, nelle modalità esplicative dell'accertamento compiuto e dalla puntuale ricostruzione dei fatti ivi riportati.

Pertanto, nelle conclusioni, si confermano gli addebiti contestati con atto di avvio del procedimento.

RITENUTA, per quanto sopra esposto, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 16 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione contestata, nella misura pari al minimo edittale corrispondente ad euro 58.000,00 (cinquantottomila /00), in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n.689:

a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che il comportamento della società ha leso il diritto dell'utente sopra specificato ad avere il passaggio dell'utenza con portabilità del numero nei confronti dell'operatore prescelto per comportamento negligente imputabile all'operatore OLO *donating*, arrecando altresì pregiudizio ad un operatore concorrente, ritardando in un caso ingiustamente l'acquisizione di un nuovo cliente;

b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che la società BT Italia S.p.A., seppure con ritardo, ha dato corso all'attivazione del servizio verso Telecom a seguito della ricezione del reclami da parte del titolare della linea;

c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società BT Italia S.p.A. è dotata di un'organizzazione interna idonea a garantire la corretta gestione delle utenze in relazione all'esecuzione dei passaggi della linee con portabilità del numero con altro operatore in ottemperanza alle disposizioni vigenti;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da poter sostenere la sanzione nella misura così determinata;

VISTA la proposta formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione dei Commissari Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società BT Italia S.p.A., con sede in Milano, Via Tucidide n. 56, di pagare la somma di euro 58.000,00 (cinquantottomila/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n.

259, in violazione dell'articolo 70 del medesimo decreto legislativo 259/03 in combinato disposto all'articolo 18, comma 2 lettera h) delibera 274/07/CONS;

DIFFIDA

la società BT Italia S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione della summenzionata normativa;

INGIUNGE

alla citata 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 articolo 98, comma 16 del decreto legislativo n.259 del 1 agosto 2003, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n.287/11/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.

Quietanza di pagamento dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità entro il termine di giorni dieci dall'avvenuto versamento, indicando come riferimento "DEL. N. 287/11/CONS".

La presente delibera è pubblicata sul sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 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.

Roma, 18 maggio 2011

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Gianluigi Magri
Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola