

DELIBERA N. 384/09/CONS

Ordinanza - ingiunzione alla società BT Italia S.p.A. per l'inosservanza degli obblighi imposti in materia di carrier preselection dagli articoli 21 e 23 della delibera 417/06/CONS in violazione dell'art. 70 del Dl. vo 259/2003

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 9 luglio 2009;

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. 417/06/CONS del 28 giugno 2006, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 7 settembre 2006, n. 208;

VISTO il verbale di accertamento n. 4/09/DIT ed il conseguente atto di contestazione della Direzione tutela dei consumatori n. 4/09/DIT del 23 marzo 2009, notificato in data 18 marzo 2009, con il quale è stata contestata alla società BT Italia S.p.A. l'inosservanza delle disposizioni in materia di *Carrier Selection Equal Access* in modalità di preselezione, di cui agli articoli 21 e 23 della delibera dell'Autorità n. 417/06/CONS in violazione dell'art. 70 del Dl. vo 259/2003, per aver attivato, in assenza di previa ordinazione, il servizio di preselezione automatica sull'utenza xxxx, intestata al Sig. XXX, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003. n. 259;

VISTA le memorie difensive della Società del 17 aprile 2009, 20 aprile 2009 e del 27 aprile 2009, acquisite al protocollo dell'Autorità rispettivamente con n. 33058, 33017 e con n. 34544;

VISTI gli atti del procedimento

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

La società BT Italia S.p.A., nelle memorie difensive ha rappresentato quanto segue:

- 1) in via preliminare la società BT Italia S.p.A. ha eccepito la nullità dell'atto di contestazione in quanto emesso oltre il termine di novanta giorni disposto dagli articoli 4, commi 5 -6, e 5 comma 2 della delibera 136/06/CONS, nonché previsto in via generale dall'articolo 14 della legge 689/81, che per l'appunto stabilisce che l'atto di contestazione deve essere notificato al trasgressore "*entro novanta giorni dal completo accertamento del fatto*"; nel caso di specie l'operatore sostiene che l'accertamento del fatto si è completato con l'istruttoria conclusa con nota dell'ufficio segnalazioni e vigilanza dell'Autorità del 24 novembre 2008 e che pertanto è da tale data che decorrono i termini dei novanta giorni per notificare al trasgressore l'infrazione accertata in quanto è questo il momento in cui si è completato l'accertamento del fatto;
- 2) nel merito, la società BT Italia ha riconosciuto di aver erroneamente attivato la *carrier preselection* sull'utenza xxxx, intestata al Sig. XXX, e pertanto non disconosce i fatti accertati e contestati ma evidenzia la non sanzionabilità degli stessi in quanto compiuti in buona fede, elemento soggettivo che ha caratterizzato tutti i comportamenti posti in essere dalla società BT Italia nell'intera vicenda. In particolare l'operatore ha sottolineato che, appena ha ricevuto reclamo dal cliente in data 21 luglio 2008, ha prontamente avviato le verifiche interne e, accertato che il servizio di preselezione era stato attivato erroneamente, ha provveduto a disattivarlo repentinamente in data 11 agosto 2008, a stornare le fatture emesse ed a ripristinare l'accesso del servizio con Telecom Italia, sostenendo le spese di riallaccio;
- 3) con memoria del 20 aprile 2009, acquisita al protocollo dell'Autorità in data 23 aprile 2004, l'operatore ha depositato copia del contratto "Uny Voice Mobile" sottoscritto dal sig. XXX con BT Italia ad aprile 2008 per l'attivazione della preselezione automatica sull'utenza in contestazione, la cui stipula è avvenuta con la società Gruppo RAD S.r.l., società in *outsourcing* di cui la società BT Italia si è avvalsa per commercializzare i suoi servizi; la società ha prodotto tale documento come prova che l'attivazione del servizio di preselezione automatica

è avvenuta dopo l'ordine ricevuto dal titolare dell'utenza e pertanto chiede l'archiviazione del procedimento in quanto l'attivazione del servizio contestato è avvenuta in conformità a quanto stabilito dagli articoli 21 e 22 della delibera 417/06/CONS;

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

In relazione a quanto dichiarato dalla società BT Italia S.p.A. si ritiene di dover rigettare le giustificazioni addotte per i motivi che seguono:

1. in merito all'asserita tardività della notifica dell'atto di contestazione per la presunta mancata osservanza dei termini perentori di 90 giorni previsti per la notificazione degli estremi della violazione, di cui all'articolo 5, comma 2 della Delibera 136/06/CONS – termine già individuato dall'articolo 14 della Legge 24 novembre 1981, n. 689 - va precisato quanto segue: *i)* l'attività svolta dall'Ufficio gestioni e segnalazioni di questa Autorità si sostanzia in una mera acquisizione di documenti ed elementi informativi forniti dall'operatore, poi formalizzati nella nota del predetto servizio del 24 novembre 2008: pertanto, tale data non può essere configurata come momento conclusivo per l'attività di accertamento dell'infrazione, in quanto l'accertamento dei fatti rilevati, emarginati con la predetta nota del 24 novembre 2008, con configurazione giuridica della fattispecie violata, è attività che deve essere compiuta dal responsabile del procedimento con la predisposizione all'atto dell'accertamento della violazione e della conseguente notificazione dell'atto di contestazione; *ii)* ai sensi dell'articolo 5, comma 2 del regolamento *“L'atto di contestazione deve essere notificato al trasgressore, entro il termine di novanta giorni dal completo accertamento del fatto ai sensi dell'art. 4, c 6, con le modalità di cui all'art. 14 della legge 24/11/81, n. 689.”* Ne discende che nel procedimento sanzionatorio *de quo* detto termine è stato ampiamente rispettato: il completo accertamento dei fatti è avvenuto in data 10 marzo 2009, data del verbale d'accertamento n. 4/09/DIT; i termini per la notifica della contestazione n. 4/09/DIT di pari data incominciano per l'appunto a decorrere dalla data 10 marzo 2009 con notifica dell'atto di contestazione in data 18 marzo 2009 e quindi nel rispetto del termine di 90 giorni prescritto; *iii)* si evidenzia, inoltre, che l'accertamento della violazione deve essere necessariamente collocato in epoca successiva a quella della rilevazione dei fatti al fine di inquadrare nei pertinenti termini giuridici l'infrazione rilevata; *iiii)* infine, tale interpretazione delle richiamate norme regolamentari è anche conforme ai principi generali espressi nella legge 689/81 e a quanto affermato dalla Corte Suprema di Cassazione in vari pronunciati in tema di contestazione e notificazione di sanzioni amministrative. In particolare la

Suprema Corte ha affermato che *“in tema di sanzioni amministrative il termine prescritto per la notifica degli estremi della violazione, che non sia stata contestata immediatamente, decorre “dall’accertamento”, momento che non coincide né con la data di consumazione della violazione, né con la mera percezione del fatto, ma con il compimento di tutte le indagini volte ad acquisire la piena conoscenza del fatto e della determinazione della sanzione, che siano ritenute necessarie da parte degli “organi addetti al controllo sull’osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa inflitta nel caso concreto”* (cf ex multis Cass. Civile Sez. Ln. 5921 del 18/03/05);

2. l’eccezione sollevata riguardante la mancanza dell’elemento soggettivo della violazione non è accoglibile in quanto non supportata da adeguata prova della mancanza del dolo o della colpa nella realizzazione dei fatti accertati. In effetti la Società interessata si è limitata ad asserire negli scritti difensivi che l’erogazione del servizio non richiesto di *carrier preselection* è avvenuto in base ad un errore di sistema, ma non ha fornito alcun valido supporto probatorio a tale asserzione. Infine il fatto che l’operatore, appena ricevuto il reclamo, si sia subito attivato ad eliminare gli effetti scaturiti dagli addebiti con il ripristino dello *status quo ante*, riallacciando l’utenza con l’operatore d’accesso con addebito di spese e stornando le fatture emesse, rappresenta un elemento che non incide sull’eliminazione dell’illiceità della condotta contestata, ormai già consumata, ma incide semmai sulla determinazione della sanzione da applicare, ai sensi dell’articolo 11 della legge 680/81.
3. infine non può essere accolta come prova di valido ordinativo emesso dall’utente titolare XXX la copia del contratto allegata alla memoria acquisita al protocollo dell’Autorità in data 23 aprile 2009 n. 33017, per vari ordini di motivi: *i)* tale contratto è stato trasmesso in ritardo oltre i termini previsti dall’articolo dell’art. 18 della legge 24 novembre 1981, n.689, e nella memoria precedente del 17 aprile 2009 non è fatto alcun cenno all’esistenza di tale contratto; *ii)* la copia del contratto, trasmessa via fax e non in originale, non è leggibile. In particolare non si evince chiaramente la data di sottoscrizione del contratto, la firma del titolare della linea e l’oggetto del contratto - la tipologia del servizio attivato-, elementi essenziali di un contratto al fine di sostenere la sua validità e pertanto tale documento non può essere accolto come prova di valido ordinativo per l’attivazione della *carrier preselection*; *iii)* infine dal tenore letterale della segnalazione in atti si evince chiaramente che l’utente intestatario della linea non ha avuto alcun contatto con la società BT Italia per l’attivazione del servizio, ma ha avuto conoscenza dei fatti contestati solo quando ha ricevuto lettera di conferma attivazione della *carrier preselection* da parte di Telecom Italia , unico operatore con cui l’utente aveva instaurato valido rapporto contrattuale.

RITENUTO, in relazione agli addebiti contestati e per quanto sopra esposto, che ricorrano i presupposti per l’applicazione della sanzione amministrativa prevista

dall'articolo 98, comma 16 del decreto legislativo 1° agosto 2003 n. 259, per inosservanza degli obblighi imposti dagli articoli 21 e 23 della delibera dell'Autorità n. 417/06/CONS in violazione dell'art. 70 del DL. vo 259/2003;

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione accertata nella misura pari al minimo edittale, corrispondente ad € 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, avendo la stessa attivato il servizio di *carrier preselection* senza aver acquisito preventivamente l'inequivoca volontà dello stesso di modificare il proprio rapporto contrattuale con l'operatore d'accesso;
- 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. ha provveduto, successivamente al disconoscimento del titolare dell'utenza, a disattivare il servizio, a stornare le fatture emesse e a rimborsare le spese sostenute per il rientro con operatore d'accesso;
- c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società BT Italia S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire la corretta attivazione del servizio previa acquisizione del consenso del titolare della linea;
- d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria come sopra determinata.

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del 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 legale in Milano, alla via Tucidide n. 56, di pagare la somma di € 58.000,00(cinquantottomila/00), quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003. n. 259 per l'inosservanza degli obblighi imposti dagli articoli 21 e 23 della delibera dell'Autorità n. 417/06/CONS in violazione dell'art. 70 del DL. vo 259/2003

DIFFIDA

la società BT Italia S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti per l'inosservanza a quanto disposto dagli articoli 21 e 23 della delibera dell'Autorità n. 417/06/CONS in violazione dell'art. 70 del Dl. vo 259/2003

INGIUNGE

alla citata società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma, utilizzando il bollettino c/c n. 871012 ovvero tramite versamento sul c/c bancario corrispondente al codice IBAN **IT 540 01000 03245 348 0 10 2379 00**, con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003. n. 259 - Delibera n. 384/09/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 giorni dieci dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità quietanza dell'avvenuto versamento, indicando come riferimento "Del. 384 /09/CONS".

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Ai sensi dell'articolo 9, del decreto legislativo n.259/2003, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo del Lazio.

Ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 2, 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.

Roma, 9 luglio 2009

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Gianluigi Magri
Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola