

DELIBERA N. 41/08/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA BPHONE S.R.L./TELECOM ITALIA
S.P.A. CONCERNENTE LA SOSPENSIONE DEL TRAFFICO RELATIVO
ALLE NUMERAZIONI NON GEOGRAFICHE A TARIFFAZIONE SPECIFICA
89X.**

L'AUTORITA'

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 5 giugno 2008;

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, in particolare, l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 9;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

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

VISTO il decreto del Presidente della Repubblica 19 settembre 1997, n. 318, recante "Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni";

VISTA la delibera n. 148/01/CONS, recante "Adozione del regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni";

VISTO il Decreto del Ministero delle Comunicazioni 2 marzo 2006, n. 145 concernente "Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo";

VISTA l'istanza del 4 settembre 2007 con la quale la società Bphone S.r.l. ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per la definizione, ai sensi dell'art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, della controversia insorta con la società Telecom Italia S.p.A. in ordine alla sospensione del traffico relativo alle numerazioni non geografiche a tariffazione specifica 89X;

VISTA la nota del 19 settembre 2007, prot. n. 5578, con la quale la Direzione reti e servizi di comunicazione elettronica (di seguito "Direzione") ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia;

VISTA la nota della società Telecom Italia S.p.A. del 14 febbraio 2008, acquisita al protocollo n. 9170, del 19/02/2008 con la quale ha comunicato l'intenzione di non aderire alla proposta della Direzione;

VISTA la nota della società Bphone S.r.l. del 18 febbraio 2008, acquisita al protocollo n. 9413 del 20/02/2008 con la quale ha comunicato la presa d'atto della indisponibilità di Telecom Italia ad aderire alla proposta di transazione formulata dalla Direzione;

PRESO ATTO della mancata accettazione della proposta di accordo da parte di Telecom Italia;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso della fase istruttoria;

UDITE le parti in contraddittorio in data 5 giugno 2008;

CONSIDERATO quanto segue:

A. Oggetto della controversia.

Bphone S.r.l. (di seguito “Bphone”) con istanza del 4 settembre 2007 ha instaurato la procedura per la risoluzione della controversia in esame ai sensi dell’articolo 23, comma 1, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche (nel seguito “Codice”), e del regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni, approvato con delibera dell’Autorità n. 148/01/CONS (nel seguito “Regolamento”).

Nell’istanza, Bphone ha chiesto all’Autorità di accertare il proprio diritto, in qualità di operatore titolare dei ricavi delle numerazioni 899/892, a ricevere l’integrale corresponsione degli importi, relativi ai codici 899, maturati nel periodo maggio-agosto 2006 e sospesi da Telecom Italia in presunta violazione delle disposizioni che, nell’ambito del *contratto per servizi a tariffazione specifica 899/892* con quest’ultima concluso, regolano le ipotesi di “traffico anomalo”, oltre che gli interessi e penali contrattuali per ritardato pagamento.

Il credito vantato da Bphone in relazione ai codici 899 sospesi da Telecom Italia nel periodo maggio-agosto 2006 risulta ammontare a € 2.319.566,87.

B. Iter Istruttorio.

In data 19 settembre 2007, la Direzione ha convocato le parti in audizione il giorno 18 ottobre 2007, dando così luogo all’apertura formale del procedimento in questione. La prima audizione si è poi svolta il 23 ottobre 2007.

In vista dell’audizione del 23 ottobre 2007, Telecom Italia ha depositato le memorie a sostegno delle proprie ragioni acquisite al protocollo con nota del 15 ottobre 2007.

Nel corso della suddetta audizione le parti hanno illustrato i contenuti rispettivamente dell’istanza e delle citate memorie che si riassumono nel seguito al punto D della presente delibera.

In via preliminare, Telecom Italia contestava la legittimazione della società ricorrente a promuovere l’istanza ai sensi dell’art. 23, comma 1, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259, quale soggetto che fornisce servizi di comunicazione elettronica. Al riguardo Telecom Italia, riportandosi integralmente a quanto esposto nelle proprie memorie difensive, precisava che Bphone non trasmetteva segnali su reti di comunicazione elettronica, non era dotata di una rete propria né possiede alcuna delle caratteristiche infrastrutturali e di offerta in base alle quali sia possibile farla rientrare nelle definizioni di operatore e/o fornitore di servizi di comunicazione elettronica previste dal Codice e ribadite dal Decreto 2 marzo 2006, n.145 relativo al “Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo”.

Infine Telecom Italia, a sostegno delle proprie ragioni sottolineava, altresì, che Bphone non solo non era operatore autorizzato ma non aveva in essere alcun contratto di

interconnessione. Sul punto, Telecom Italia faceva rilevare che il rapporto intercorrente con Bphone era di tipo commerciale in quanto la stessa veniva considerata e trattata da Telecom Italia come un cliente affari ed i rapporti sussistenti con la medesima venivano gestiti, pertanto, dal customer care, attraverso il call center del 191 e non dalla direzione nazionale Wholesale.

Nel corso della suddetta audizione Bphone, su richiesta della Direzione, in replica all'eccezione di rito sollevata da Telecom Italia, forniva chiarimenti in ordine al titolo autorizzatorio di cui all'istanza presentata dalla medesima.

Bphone depositava agli atti del procedimento la denuncia di inizio attività del 30 luglio 2007 inviata al Ministero delle Comunicazioni ai sensi dell'art. 25 del Codice delle Comunicazioni elettroniche.

In relazione all'eccezione sollevata da Telecom Italia relativamente alla carenza di legittimazione attiva, Bphone precisava che l'attività svolta dalla stessa, in virtù del contratto stipulato con Telecom Italia, riguardava esclusivamente la gestione delle numerazioni a tariffazione specifica 899/892, di cui Telecom Italia è titolare. In particolare, attraverso piattaforme informative installate sulla rete di Telecom Italia, Bphone garantiva l'abbinamento della numerazione non geografica "899" alla numerazione geografica corrispondente al centro servizi che fornisce il servizio a sovrapprezzo. Pertanto, la tipologia dell'attività svolta da Bphone non rientrerebbe in quella dei centri servizi propriamente detti in quanto nessuna delle suddette numerazioni non geografiche veniva utilizzata direttamente da Bphone per la fornitura di servizi a tariffazione specifica.

Tuttavia, Bphone evidenziava che, non meno di un anno fa, l'Autorità aveva adottato due provvedimenti sanzionatori nei confronti di due centri servizi per la violazione dell'art 5, comma 3, della delibera n. 9/03/CIR ai sensi dell'articolo 2, comma 20, della Legge 14 novembre 1995, n. 481, riconoscendo la legittimazione passiva di tali soggetti in ragione dell'attività dalla medesima svolta.

In ragione di quanto detto, nel caso in cui Bphone fosse considerata un centro servizi, l'Autorità non potrebbe non riconoscere anche una legittimazione attiva dei centri servizi e, dunque, della stessa ai sensi dell'art. 23, comma 1, del Codice.

La Direzione, in chiusura dell'audizione, preso atto dell'eccezione sollevata da Telecom Italia ed in considerazione dei documenti prodotti in audizione da Bphone, si riservava di decidere in merito all'eccezione di carenza di legittimazione attiva di Bphone. La Direzione chiariva, inoltre, di aver ritenuto comunque opportuno convocare le parti in audizione per acquisire ogni elemento utile al fine di poter meglio decidere sul prosieguo del procedimento.

In data 23 novembre 2007, la Direzione convocava nuovamente le parti in audizione il giorno 6 dicembre 2007 al fine di verificare con le stesse la possibilità di una composizione bonaria ed immediata della controversia.

In occasione di tale audizione la Direzione precisava che in quella sede non avrebbe illustrato una proposta di accordo propriamente detta, ai sensi dell'articolo 6, comma 1 del Regolamento.

Al riguardo la Direzione osservava che, a seguito delle risultanze istruttorie, era emerso che la società istante risultava essere entrata in possesso del titolo autorizzatorio, di cui all'art. 25 del Codice, successivamente al periodo di riferimento oggetto della controversia e che, di conseguenza, il rapporto tra Telecom Italia e Bphone a quel tempo appariva essere di natura esclusivamente commerciale.

Alla luce di ciò, la Direzione faceva presente che non appariva manifestamente infondata l'eccezione sollevata da Telecom Italia sulla mancanza di legittimazione di Bphone a promuovere istanza ai sensi dell'articolo 23, comma 1, del Codice.

Tuttavia, la Direzione, in occasione di detta audizione e con il consenso delle parti, riteneva opportuno concedere termine fino al 10 gennaio 2008 per permettere alle medesime di addivenire, attraverso accordi bilaterali, ad una soluzione bonaria della controversia, precisando che, in caso di esito negativo, la pregiudiziale sarebbe stata deferita all'Organo collegiale.

Con comunicazione del 10 gennaio 2008, Telecom Italia informava la Direzione che, non rientrando nell'ambito degli interessi aziendali della stessa la composizione bonaria della lite, declinava l'invito a conciliare.

In data 16 gennaio 2008 perveniva all'Autorità la nota di Bphone che a sua volta comunicava l'impossibilità di raggiungere un accordo.

Pertanto, la Direzione, preso atto della mancata conciliazione, con nota del 29 gennaio 2008 convocava le parti in audizione il giorno 12 febbraio 2008 al fine di illustrare alle stesse la proposta di accordo elaborata dalla medesima, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del Regolamento.

Nel corso della suddetta audizione, la Direzione, valutati gli elementi acquisiti nel corso del procedimento, informandosi al principio di equità, proponeva che Telecom Italia, in relazione al periodo maggio – agosto 2006, provvedesse a rimborsare alla società Bphone S.r.l. l'importo di € 1.159.783,44, corrispondente al 50% di quanto richiesto in istanza da Bphone. Infine, la Scrivente concedeva alle Società termine sino al 18 febbraio 2008 per comunicare le rispettive determinazioni in merito al citato schema di accordo.

Il 18 ed il 14 febbraio 2008 pervenivano all'Autorità le comunicazioni di Bphone e Telecom Italia con le quali dette società informavano la Direzione di non poter aderire alla proposta di accordo formulata dalla stessa nel corso dell'audizione del 12 febbraio 2008.

La Direzione pertanto, presa nota della mancata accettazione della proposta di accordo, ha dichiarato chiusa l'audizione rimettendo la decisione della controversia alla Commissione Infrastrutture e Reti.

C. I rapporti contrattuali tra le parti.

Il 22 luglio 2005 le società Bphone e Telecom Italia sottoscrivevano un contratto per servizi a tariffazione specifica 899/892 (di seguito "Contratto") avente ad oggetto la concessione da parte di Telecom Italia a favore di Bphone dell'utilizzo di una serie di numerazioni 899/892 sulle quali è possibile erogare agli utenti chiamanti, sia dalla rete fissa e mobile di Telecom Italia che dalla rete di altro operatore, alcuni servizi in sovrapprezzo.

In particolare, il Contratto disponeva quanto segue:

- In relazione ai servizi in sovrapprezzo Bphone è obbligata a corrispondere a Telecom Italia gli importi che remunerano il trasporto sulla rete Telecom Italia in relazione al traffico indirizzato verso le numerazioni 899/892 concesse in uso a Bphone. A sua volta, Telecom Italia è obbligata a corrispondere a Bphone l'importo relativo ai ricavi derivanti da ogni chiamata di accesso al servizio a sovrapprezzo relativo alle suddette numerazioni.
- In relazione alle chiamate originate dalla rete fissa o mobile di Telecom Italia e dirette all'accesso a tali servizi in sovrapprezzo, Telecom Italia provvede direttamente a riscuotere dai propri clienti i compensi relativi alle chiamate in sovrapprezzo dirette verso le numerazioni 899/892, contabilizzando e fatturando attraverso i propri sistemi i servizi erogati, per poi trattenere parte dell'importo fatturato in funzione del pricing previsto per ogni singolo codice 899/892 attivato da Bphone e corrispondere a quest'ultima l'importo relativo alle chiamate in sovrapprezzo relative alle citate numerazioni.
- In relazione alle chiamate originate dalla rete fissa o mobile di altro operatore che consente l'apertura del servizio a sovrapprezzo sulla propria infrastruttura di rete, Telecom Italia è tenuta ad informare Bphone sia della possibilità di ricevere chiamate sui suddetti codici tramite altro operatore sia delle tariffe in tal caso applicate, riconoscendo a Bphone l'importo relativo ai ricavi derivanti da tali tipologie di chiamate.

La controversia nasceva a seguito della comunicazione del 14 luglio 2006, con la quale Telecom Italia comunicava a Bphone, ai sensi dell'art. 7 del Contratto relativo alle modalità di prevenzione e gestione delle frodi, la decisione di sospendere il pagamento di una parte dell'importo relativo al traffico indirizzato a 13 numerazioni "899" e maturato nel periodo maggio-giugno 2006.

In particolare, il traffico maturato nel periodo di riferimento, di spettanza di Bphone, risultava essere pari a € 544.583,27 dal quale, Telecom Italia detraeva € 409.600,00.

Inoltre, Telecom Italia, nella suddetta comunicazione, invitava Bphone a comunicare fatti a sua conoscenza che potessero contribuire a chiarire il fenomeno verificatosi, segnatamente: sequenzialità, ripetitività, anomala durata e concentrazione oraria e/o territoriale delle chiamate ricevute.

In data 22 agosto 2006 Telecom Italia comunicava a Bphone che per quasi tutto il traffico sviluppato su 15 numerazioni "899" nel mese di luglio 2006 era stata decisa la detrazione di € 1.002.766,10 dal complessivo ammontare maturato da Bphone pari a € 1.221.541,23.

Successivamente, Telecom Italia, in data 25 settembre 2006, comunicava a Bphone che, per il summenzionato mese di luglio 2006, avrebbe provveduto al versamento del 50% della somma precedentemente oggetto di sospensione (ovvero € 1.002.766,10) per un importo pari a € 501,388,50. Telecom Italia comunicava, altresì, che tale somma sarebbe stata stornata *"come peraltro espressamente previsto dall'art. 7 del Contratto per servizi a tariffazione specifica (...) laddove da noi (Telecom Italia) fossero rilevate nei prossimi giorni, eventuali evidenze oggettive di una possibile frode ai danni di Telecom"*. Alla luce di tale disposizione, infatti, Telecom Italia procedeva, nel seguito, all'intero recupero del citato importo di € 501,388,50.

In data 26 settembre 2006, Telecom Italia inviava a Bphone un'ulteriore comunicazione con la quale, relativamente al mese di agosto 2006, sospendeva il pagamento dell'importo di € 907.200,77 sull'ammontare complessivamente maturato pari a € 1.127.043,30.

Successivamente, in data 17 ottobre 2006, Telecom Italia, comunicando a Bphone di aver accertato la natura fraudolenta del traffico relativo al mese di luglio 2006 e di aver effettuato le comunicazioni del caso all'Autorità giudiziaria, tratteneva la somma maturata nel mese di settembre 2006 pari a € 127.881,54 a fini compensativi.

Il recupero delle somme a fini compensativi interessava, nel prosieguo, tutti gli importi maturati da Bphone sui predetti codici fino al mese di febbraio 2007, del cui ammontare la stessa veniva messa a conoscenza da Telecom Italia con due comunicazioni nel mese di marzo 2007.

D. Le argomentazioni delle parti.

I. La posizione di Bphone

In via preliminare, la Società Bphone si esprime in merito all'eccezione di incompetenza sollevata da Telecom Italia nelle sue memorie, secondo la quale le richieste della parte istante risultano essere di natura prettamente economica e non tali da poter rientrare tra gli "obblighi derivanti dal Codice" come previsto dall'articolo 23 del medesimo.

In proposito, Bphone sottolinea che l'oggetto della controversia in esame rientra nell'ambito di competenza dell'Autorità in quanto l'art. 23 del Codice non riguarda esclusivamente le controversie in materia di accesso e interconnessione, ma estende il proprio campo di applicazione a tutte le ipotesi in cui viene rilevata la violazione di un obbligo che la stessa Autorità ha la facoltà di imporre alle imprese nell'ambito dei poteri di vigilanza e regolamentazione dalla stessa esercitati per il raggiungimento degli obiettivi indicati dal Codice (artt. 4 e 13) tra cui rientrano la libertà di iniziativa economica ed il suo esercizio in regime di concorrenza.

Bphone evidenzia che non sussiste alcun dubbio sul fatto che la disciplina dei diritti d'uso delle numerazioni, ivi comprese le numerazioni per la fornitura dei servizi premium, rientri nel potere regolamentare dell'Autorità e che la violazione da parte di Telecom Italia della disposizione contrattuale relativa alle procedure per la gestione del traffico anomalo o fraudolento sia riconducibile alla sua qualità di operatore di accesso alla rete deputato a garantire un corretto utilizzo della stessa.

In riferimento all'eccezione sollevata da Telecom Italia sulla carenza di legittimazione attiva della società istante, quest'ultima precisa che l'attività svolta, in base al contratto stipulato con Telecom Italia, riguarda esclusivamente la gestione delle numerazioni a tariffazione specifica 899/892, di cui Telecom Italia è titolare. In particolare, attraverso piattaforme informative installate sulla rete di Telecom Italia, Bphone garantisce l'abbinamento della numerazione non geografica "899" alla numerazione geografica corrispondente al centro servizi che fornisce il servizio a sovrapprezzo. Alla luce di quanto esposto, dunque, la tipologia dell'attività svolta da Bphone non rientrerebbe in quella dei centri servizi propriamente detti.

Bphone, tuttavia, osserva che, qualora l'Autorità, contrariamente a quanto suesposto, volesse considerare Bphone un centro servizi, dovrebbe riconoscerle la legittimazione all'azione, ai sensi dell'art. 23, comma 1, del Codice. Infatti, non meno di un anno fa, l'Autorità ha adottato due provvedimenti sanzionatori nei confronti di due centri servizi per la violazione dell'art 5, comma 3, della delibera n. 9/03/CIR ai sensi dell'articolo 2, comma 20, della Legge 14 novembre 1995, n. 481, riconoscendo, pertanto, la legittimazione passiva di tali soggetti in ragione dell'attività dai medesimi svolta. Alla

luce di ciò, non si potrebbe non riconoscere ai medesimi soggetti, ossia ai centri servizi, la legittimazione attiva di cui al citato articolo 23 del Codice.

Nel merito della vicenda Bphone ritiene che le condotte poste in essere da Telecom Italia costituiscano una illegittima violazione delle disposizioni antifrode previste nel contratto concluso con la medesima in merito all'utilizzo delle numerazioni a sovrapprezzo. L'art. 7 del suddetto contratto prevede, infatti, che "se per le numerazioni di cui all' "Allegato/i" sussistano evidenze documentali di comportamenti fraudolenti a danno degli utenti o di Telecom Italia, quest'ultima porrà in essere tutte le azioni ritenute idonee al fine di tutelare i suoi interessi e quelli dei suoi utenti. Tali azioni potranno consistere, nella disabilitazione dell'accesso al numero di cui in "Oggetto" da parte delle linee dei singoli utenti chiamanti, nell'eventuale sospensione del pagamento o, come *extrema ratio*, previo avviso all'Autorità, nello sbarramento dell'accesso al numero. Qualora successivamente all'avvenuto pagamento al Cliente dei corrispettivi maturati, Telecom rilevi che per tali corrispettivi vi sia stata contestazione in ordine alla regolarità del traffico o irregolarità o anomalie del medesimo traffico (quand'anche queste ultime siano state segnalate dall'Autorità giudiziaria a Telecom), Telecom avrà la facoltà di compensare tali pagamenti con i corrispettivi successivi dovuti al Cliente".

Bphone ritiene che tale disposizione sia stata disattesa da Telecom Italia nel momento in cui la stessa non ha fornito "le evidenze documentali di comportamenti fraudolenti" così come richiesto dal citato articolo 7 al fine di procedere alla sospensione dei pagamenti per il periodo maggio-agosto 2006, limitandosi la convenuta a giustificare le proprie decisioni di sospensione attraverso il richiamo ad alcune "verifiche in corso" relative ad anomalie nel traffico prodotto sulle numerazioni in oggetto.

Bphone evidenzia, inoltre, che solo a seguito delle memorie presentate da Telecom Italia ha avuto piena contezza delle denunce da quest'ultima proposte davanti la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Arezzo. Peraltro, in relazione alla denuncia-querela presentata da Telecom Italia alla predetta Procura in data 12 luglio 2006, rileva come le anomalie di traffico denunciate da Telecom Italia siano riferite ad un arco temporale diverso rispetto a quello indicato in istanza, ovvero gennaio-aprile 2006, anziché maggio-giugno 2006.

Inoltre, in relazione a tutte le denunce presentate da Telecom Italia, Bphone sottolinea che, in assenza di evidenze documentabili del fenomeno fraudolento nonché di denunce o reclami da parte degli utenti finali, la sola presentazione delle predette denunce contro ignoti da parte di Telecom Italia non sia titolo idoneo a giustificare la sospensione del pagamento degli importi maturati da Bphone sui codici 899 nel periodo maggio-agosto 2006, rappresentando, pertanto, la condotta tenuta da Telecom Italia una chiara violazione delle previsioni antifrode del contratto stipulato tra le parti.

Bphone osserva, infine, che alcune delle denunce sporte da Telecom Italia alle Procure competenti (in particolare alla Procura di Perugia), sono relative al traffico originato da rete fissa, mentre gli importi più consistenti, relativi ai mesi di luglio ed agosto 2006 (pari a circa € 2.000.000,00) ed oggetto di sospensione, sono quelli relativi al traffico originato da rete mobile e, pertanto, non riconducibili alla vicenda penale avviata da Telecom Italia.

Alla luce delle considerazioni suesposte Bphone ritiene assolutamente arbitrarie le sospensioni di pagamento e le compensazioni effettuate da Telecom Italia.

II. La posizione di Telecom Italia

Venendo alle deduzioni svolte da Telecom Italia, la stessa in via preliminare contesta la legittimazione di Bphone a promuovere istanza ai sensi dell'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259, quale soggetto che fornisce servizi di comunicazione elettronica.

Sul punto Telecom Italia sottolinea come Bphone non compaia nell'elenco dei soggetti autorizzati per l'installazione e la fornitura di reti pubbliche di comunicazione elettronica e per l'espletamento del servizio telefonico accessibile al pubblico ai sensi del d.lgs. 259/2003. Elenco pubblicato sul sito del Ministero delle Comunicazioni ed aggiornato in data 15 giugno 2007.

Telecom Italia osserva, inoltre, che l'attività svolta da Bphone non la rende identificabile quale soggetto che fornisce servizi di comunicazione elettronica, di cui al citato articolo 23 del Codice, bensì quale semplice centro servizi. Bphone, infatti, si avvale della rete e dei servizi di comunicazione elettronica di Telecom Italia per fornire un servizio in sovrapprezzo, con contenuti in proprio o avvalendosi del contributo di terzi, ma rispetto ai quali mantiene il controllo editoriale e la relativa responsabilità.

In via secondaria, Telecom Italia, rileva l'inammissibilità dell'istanza avversaria per incompetenza dell'Autorità in relazione alla materia del contendere.

Tale incompetenza discenderebbe dall'essere le richieste di Bphone di natura strettamente economica e non tali da poter essere fatte rientrare tra gli "obblighi derivanti dal Codice" come previsto dall'art. 23 del Codice medesimo.

Ad avviso di Telecom Italia, pertanto, la sede naturale per discutere delle tematiche oggetto della controversia è il Foro di Roma, così come indicato dall'art. 15 del contratto stipulato tra le parti, cui spetta la competenza relativa ad "ogni controversia che dovesse sorgere in relazione agli obblighi del contratto".

In via subordinata, nel merito, la società resistente chiarisce che il traffico oggetto dell'istanza di Bphone, cui si fa riferimento anche nella comunicazione inviata da

Telecom Italia in data 24 luglio 2007, è oggetto di indagini relative a n. 3 denunce-querele per traffico anomalo sporte da Telecom Italia. Il riferimento è alla denuncia del 12 luglio 2006 presentata davanti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Arezzo in relazione al traffico anomalo originato da rete fissa e registrato nel periodo gennaio-aprile 2006, alla denuncia del 22 agosto 2006 posta ad integrazione del precedente esposto, alla denuncia del 13 ottobre 2006 per l'emergere di anomalie nel traffico originato da rete mobile. Pertanto, secondo la resistente, restano a buon diritto, e ai sensi del contratto concluso tra le parti, sospesi i pagamenti degli importi relativi a tale traffico.

Telecom Italia rileva, inoltre, di aver dato sempre comunicazione a Bphone circa l'esistenza di evidenze documentabili atte, ai sensi dell'articolo 7 del contratto, a legittimare le sospensioni effettuate. Le ulteriori informazioni documentali che Bphone lamenta di non aver ricevuto non sarebbero state inviate da Telecom Italia poiché la produzione di tali evidenze si sarebbe posta in contrasto con le disposizioni di legge vigenti.

A conferma della correttezza del proprio comportamento Telecom Italia sottolinea di aver provveduto al pagamento di tutto il traffico non interessato dalle denunce-querele. Pertanto, Telecom Italia, ribadisce la irreprensibilità di tutte le azioni svolte nel rispetto delle condizioni contrattuali e regolamentari vigenti.

E. Motivazioni della decisione

I. La sussistenza dei presupposti per l'adozione di una decisione vincolante

Con riferimento all'eccezione di incompetenza sollevata dalla società Telecom Italia S.p.A., non appare determinante pronunciarsi, in questa sede, in merito alla sussistenza dei presupposti per l'adozione di una decisione vincolante poiché, a prescindere dalla natura dell'attività svolta dalla società ricorrente e dunque dall'esistenza di un contratto di interconnessione tra le parti, ciò che rileva, ai fini della decisione, è la qualificazione soggettiva della società Bphone nel periodo di riferimento della controversia.

II. Legittimazione ad agire della società Bphone

Al riguardo, occorre esaminare quanto eccepito da Telecom Italia in merito al presunto difetto di legittimazione attiva della parte istante.

La resistente lamenta la carenza di legittimazione della società Bphone affermando che quest'ultima non è dotata di una rete propria né possiede alcuna delle caratteristiche infrastrutturali e di offerta in base alle quali sia possibile farla rientrare nelle definizioni di operatore e/o fornitore di servizi di comunicazione elettronica previste dal Codice e

ribadite dal Decreto 2 marzo 2006, n.145 relativo al “Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo”.

Telecom Italia, a sostegno delle proprie ragioni sottolinea, altresì, che Bphone non solo non è operatore autorizzato ma non ha in essere con la stessa un contratto di interconnessione e che, anzi, il rapporto intercorrente con Bphone è di natura esclusivamente commerciale gestito a livello retail.

La società istante contesta l'eccezione di Telecom Italia che nega la sua qualifica di operatore che fornisce reti o servizi di comunicazione ai sensi dell'articolo 1, lettera g del Codice, per i motivi sopra illustrati.

Bphone, a sostegno delle proprie ragioni, ritiene che, a voler prescindere dalla qualificazione soggettiva della stessa in ragione dell'attività svolta, è comunque legittimata a promuovere la controversia in esame in forza del titolo autorizzatorio conseguito il 30 luglio 2007.

Al riguardo, si osserva che i fatti contestati da Bphone si riferivano al periodo maggio - agosto 2006 e che nella citata istanza la società ricorrente affermava di essere soggetto autorizzato per l'offerta al pubblico di servizi di comunicazione elettronica ai sensi dell'art. 25 del Codice.

In occasione dell'audizione del 23 ottobre 2007, Bphone depositava agli atti del procedimento la “Dichiarazione per l'offerta al pubblico di reti e servizi di comunicazione elettronica”, inviata al Ministero delle Comunicazioni ai sensi dell'art. 25 del Codice delle Comunicazioni elettroniche, che indicava al 30 luglio 2007 la data di inizio dell'attività.

Alla luce di quanto sopra, la società Bphone risulta, dunque, essere entrata in possesso del titolo autorizzatorio successivamente al periodo di riferimento della fattispecie oggetto della controversia (ovvero maggio - agosto 2006).

Inoltre, a prescindere da una valutazione sulla riconducibilità agli obblighi derivanti dal Codice in materia di accesso ed interconnessione delle problematiche denunciate in istanza, appare decisivo rilevare che, considerata la natura dell'attività svolta da Bphone ed i rapporti contrattuali in essere con Telecom Italia, la società ricorrente non può essere qualificata, almeno nel periodo di riferimento oggetto della controversia, come impresa che fornisce reti o servizi di comunicazione elettronica, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, del Codice.

In considerazione di quanto su esposto, ritenuta la carenza di legittimazione della società Bphone, non si reputa di dover procedere nelle valutazioni di merito.

CONSIDERATO che le eccezioni di natura procedurale opposte da Telecom Italia devono essere disattese;

RITENUTO che l'istanza promossa da Bphone S.r.l. è inammissibile;

UDITA la relazione del Commissario Enzo Savarese, relatore ai sensi dell'art. 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

Per le ragioni di cui in motivazione l'Autorità rigetta l'istanza di Bphone S.r.l.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino ufficiale e sul sito web dell'Autorità.

Ai sensi dell'art. 9, del decreto legislativo n. 259 del 1 agosto 2003, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Roma, 5 giugno 2008

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Enzo Savarese

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