

Delibera n. 434/11/CONS

Ordinanza ingiunzione alla società Telecom Italia S.p.A. per la violazione dell'articolo 70, comma 4, del d. l.vo 1 agosto 2003 n. 259 con riferimento alla modifica delle condizioni generali di contratto relativa all'adozione di meccanismi di network management

(proc. sanz. 13/11/DIT)

L'AUTORITA'

NELLA riunione di Consiglio del 22 luglio 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, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 31 marzo 2006, n. 76, ed il relativo Allegato A, recante "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie", 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. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO l'atto del direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 13/11/DIT del 5 aprile 2011, notificato in data 8 aprile 2011, con il quale veniva contestata alla società Telecom Italia S.p.A., con sede legale in Milano, in Piazza Affari n. 2 e sede secondaria in Roma, al Corso d'Italia n. 41, la violazione dell'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259 recante il Codice delle comunicazioni elettroniche (di seguito "Codice"), sanzionabile ai sensi dell'art. 98, comma 16, del medesimo decreto 259/2003, per non aver informato gli utenti che usufruiscono del servizio di accesso ad internet Adsl su postazione fissa con preavviso non inferiore ad un mese del diritto di recedere dal contratto, senza penali, a seguito delle modifiche introdotte con il ricorso a tecniche di network management;

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la Società interessata in data 19 maggio 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

Telecom Italia, nelle proprie difese ed in sede di audizione, dopo aver ripercorso le attività poste in essere con riferimento all'implementazione delle tecniche di network management, ha innanzitutto precisato che tali tecniche, riconosciute a livello ITU, costituiscono un elemento intrinseco alla gestione della rete, al pari – ad es. – dei parametri di dimensionamento delle centrali, finalizzato a garantire la qualità e l'integrità del servizio e che, come evidenziato alla clientela, anche nella campagna informativa adottata da Telecom Italia per rappresentare in modo trasparente ed in via preventiva l'introduzione di tali tecniche, i meccanismi che possono essere introdotti in rete nelle fasce orarie in cui il traffico dati su tecnologia ADSL è particolarmente elevato, hanno la caratteristica di essere temporanei e non discriminatori di limitazione all'uso delle risorse di rete disponibili.

Nello specifico, poi, ha rimarcato come la limitazione della banda destinata a tali applicazioni ad un valore massimo proporzionale alla banda complessiva disponibile sul singolo DSLAM sia, peraltro, temporanea e soggetta ad evoluzioni ed i clienti eventualmente interessati possano informarsi compiutamente tramite gli aggiornamenti resi disponibili nelle sezioni dei siti web dedicate alle offerte commerciali e ai piani tariffari ed all'assistenza tecnica. Non si tratterebbe, quindi, di un'introduzione generalizzata diffusa su tutto il territorio nazionale, ma di un'attività limitata per cui Telecom Italia ha facoltà di modificare i relativi interventi in modo proporzionale e variabile nel tempo in base alle "risposte" gestionali della rete (prova ne è che anche alla clientela vengono evidenziate le centrali in cui sono stati effettuati, e si sono conclusi, i necessari lavori di ampliamento delle risorse di rete e, quindi, è cessato qualunque meccanismo di network management).

Inoltre l'operatore ha più volte rappresentato che solo una piccola percentuale di DSLAM può essere oggetto di queste policy in quanto la soluzione è applicata nelle sole centrali ATM (sono esclusi i DSLAM IP) che presentano livelli di congestione che rendono critica la qualità del servizio erogato ed in determinate fasce orarie.

La scelta operata, a detta dell'operatore, con l'introduzione di tecniche di network management è stata di operare con la massima trasparenza ed oltre a quanto già rappresentato ampiamente in tal senso occorre considerare anche la pubblicazione su web di specifiche "faq" per guidare la clientela alla comprensione di tali meccanismi, anche con dettagli di natura tecnica.

Telecom Italia, oltre a ciò, ha inteso rappresentare che gli strumenti di *traffic management* consentono di gestire al meglio il traffico in rete offrendo a tutti i clienti equità di performance anche nelle ore di picco senza avere un impatto sulla natura

aperta e libera che caratterizza la rete. In tal senso, essendo un meccanismo a tutela dell'integrità della rete, se si dovesse addivenire alla conclusione dell'obbligatorietà del riconoscimento del diritto di recesso alla clientela in modo generalizzato, ne deriverebbe la conseguenza che in tutti i casi in cui un operatore andasse ad effettuare interventi aventi la medesima finalità, peraltro circoscritti temporalmente e geograficamente, sarebbe tenuto alle prescrizioni di cui all'articolo 70 comma 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche nei confronti di tutta la clientela, circostanza questa che, ad avviso di Telecom Italia, appare esorbitante rispetto al dettato normativo.

La *ratio* della norma di cui è stata contestata a Telecom Italia la violazione, evidenzia la predetta Società, è volta a soddisfare le esigenze informative imposte dal Codice nelle ipotesi di modifica delle condizioni contrattuali tali per cui si introducono delle effettive novità nel rapporto contrattuale con la clientela che determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. L'intervento adottato da Telecom Italia in modo temporaneo e non discriminatorio sul traffico cumulato e non su quelle del singolo cliente al fine di massimizzare la qualità del servizio non rappresenterebbe di certo un'ipotesi di tale portata.

A tal proposito Telecom Italia ha ribadito che la variazione delle condizioni generali di contratto non era a stretto senso necessaria, come confermato anche di pareri *pro veritate* depositati. Peraltro, nelle condizioni contrattuali erano già presenti misure a tutela dell'integrità della rete e dei livelli di qualità dei servizi, tese a garantire parità di condizioni nella fruizione dei servizi internet (articolo 5 relativo agli impegni di qualità del servizio del Contratto ADSL Consumer e articolo 4.9 relativo agli impegni di qualità del servizio del Contratto del servizio Broadband Affari).

Per tutto quanto rappresentato e dedotto Telecom Italia avrebbe potuto introdurre progressivamente le tecniche di network management senza variare le condizioni contrattuali attraverso l'introduzione di un'informativa specifica che, invece, ha ritenuto di effettuare in un'ottica di trasparenza nei confronti della clientela al fine di completare gli strumenti informativi su tale iniziativa a disposizione della clientela.

In conclusione Telecom Italia insiste nella richiesta di archiviazione del procedimento sanzionatorio *de quo* per insussistenza della presunta violazione contestata in quanto nella fattispecie rilevata è carente l'elemento costitutivo oggettivo perché non riconducibile ad una notifica di proposta di modifica delle condizioni contrattuali ai sensi dell'articolo 70 comma 4 del Codice.

II. Valutazioni dell'Autorità in merito alle deduzioni di Telecom Italia S.p.A.

Con l'atto di contestazione n. 13/11/DIT del 5 aprile 2011 è stato contestato alla società Telecom Italia S.p.A. di aver modificato le condizioni generali di contratto (di seguito CGC), con l'introduzione della previsione di tecniche di network management, senza aver preventivamente avvisato la clientela del diritto di recedere dal contratto, come stabilito dall'articolo 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Le difese svolte dall'operatore sono incentrate, essenzialmente, sulla dimostrazione della neutralità delle tecniche adottate, sia sotto il profilo della fruizione del servizio sia sotto quello eminentemente contrattuale.

A detta di Telecom Italia, in effetti, la possibilità di ricorrere a tali tecniche sarebbe connaturale all'attività di gestione della rete, e dunque insita nel concetto di integrità della stessa e qualità del servizio. Da ciò discenderebbe che l'applicazione di limitazioni di banda in ottica di *traffic management* potrebbe essere posta in essere anche in assenza di apposite previsioni contrattuali, per cui la modifica apportata nel caso di specie, avendo natura meramente ricognitiva, non comporterebbe per i clienti il diritto di poter recedere senza penali, con conseguente esclusione di profili antigiuridici nella condotta contestata.

Le argomentazioni sopra esposte non possono essere accolte per le motivazioni di seguito riportate.

A ben vedere, infatti, pur a voler concedere che limitazioni di banda potrebbero essere operate dagli operatori ai fini di garantire l'integrità della rete e la qualità del servizio sulla base del quadro normativo generale, appare indubbio che tali limitazioni dovrebbero, in particolare nel caso di contestazioni da parte dell'utenza, essere comunque giustificate dal ricorrere di determinati presupposti, quali appunto la minaccia per la sicurezza ed integrità della rete, da verificare di volta in volta.

Di contro, la modifica delle CGC, con l'introduzione di un'apposita previsione che dà a Telecom Italia S.p.A. la "facoltà di introdurre per tutte le offerte e/o profili commerciali che prevedono traffico dati, ove necessario, meccanismi temporanei e non discriminatori di limitazione all'uso delle risorse di rete disponibili, qualora tale uso divenga incompatibile con il diritto di accesso ai servizi di connettività ad internet da parte della generalità degli utenti" e quindi di "limitare la velocità di connessione ad internet (c.d. Traffic shaping), intervenendo in via prioritaria sulle applicazioni che determinano un maggior consumo di banda (es. peer-to-peer, file sharing, ecc.) limitando la banda destinata a dette applicazioni ad un valore massimo proporzionale alla banda complessiva, disponibile sul singolo DSLAM" riconosce all'operatore un'ampia libertà di manovra, ancorata a criteri tutt'altro che stringenti, di modificare le condizioni tecniche di offerta del servizio.

Ne discende, allora, che la modifica contrattuale operata, asseritamente di portata solo ricognitiva, ha in realtà introdotto nel rapporto negoziale tra Telecom Italia ed i propri clienti un'ampia facoltà a favore della prima ed a detrimento dei secondi, ai quali sarebbe spettato, pertanto, il bilanciamento offerto dalla possibilità di recedere dal contratto.

Il fatto, poi, che una simile facoltà si sia concretizzata, per ora, in un intervento limitato ad una percentuale minima di clienti non rileva ai fini della valutazione dell'antigiuridicità della condotta contestata, avendo la modifica contrattuale valenza potenzialmente lesiva anche per il futuro.

RITENUTA, in conclusione, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo n. 259 del 1 agosto 2003, avendo accertato che la società Telecom Italia S.p.A. non ha , in violazione di quanto disposto dall'articolo 70, comma 4, del medesimo decreto 259/2003;

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

1. con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che la condotta lesiva ha riguardato la generalità della clientela del servizio Adsl, sebbene potenzialmente;

2. relativamente all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che l'operatore ha comunque garantito una certa trasparenza in ordine alle modifiche contrattuali, oltre che alla introduzione delle tecniche di network management;

3. con riferimento alla personalità dell'agente, Telecom Italia S.p.A. è dotata di una organizzazione interna e di risorse idonee a garantire il rispetto di quanto stabilito dall'articolo 70, comma 4, del Codice;

4. con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, la situazione patrimoniale della società Telecom Italia S.p.A. è tale da poter senza dubbio sostenere la sanzione prevista per le violazioni contestate;

RITENUTO, in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, di determinare la sanzione pecuniaria per i fatti contestati nella misura pari al doppio del minimo edittale, equivalente ad euro 116.000,00 (centosedicimila/00);

VISTA la proposta della 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 Telecom Italia S.p.A. con sede in Milano, alla Piazza Affari n. 2 e sede secondaria in Roma, al Corso d'Italia n. 41, di pagare la somma di Euro 116.000,00 (centosedicimila/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259 per la violazione dell'articolo 61, comma 4, del medesimo decreto legislativo;

DIFFIDA

la società Telecom Italia S.p.A. dal porre in essere ulteriori comportamenti in violazione dell'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259;

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 9 del decreto legislativo n.259 del 1 agosto 2003, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n. 434/11/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. 434/11/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, 22 luglio 2011

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI

Gianluigi Magri

Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola