

Delibera n.602/11/CONS

Archiviazione del procedimento sanzionatorio n. 33/11/DIT avviato nei confronti della società BT Italia S.p.A. per violazione dell'articolo 5, comma 9 della delibera n. 664/06/CONS in materia di diritto di recesso (proc. sanzionatorio n. 33/11/DIT)

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 17 novembre 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";

VISTO il regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modificazioni 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 il verbale d'accertamento n. 33/11/DIT e il conseguente atto di contestazione della Direzione tutela dei consumatori n. 33/11/DIT del 30 giugno 2011, notificato in data 5 luglio 2011 con il quale è stata contestata alla società BT Italia S.p.A. con sede legale in Via Tucidide, n. 56, Milano, la violazione dell'articolo 5, comma 9, allegato A) della delibera n. 664/06/CONS per aver continuato ad emettere fatture nei confronti della società XXXX S.r.l. di xxxx successivamente all'esercizio del diritto di recesso dal contratto, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 16 del medesimo D.L.vo n. 259/03;

VISTA la memoria difensiva presentata dalla società BT ITALIA S.p.A., in data 29 luglio 2011, acquisita al protocollo dell'Autorità con n. 42452 del 12 agosto 2011;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata

In via preliminare BT Italia S.p.A. (di seguito anche BT Italia) ha eccepito la nullità dell'atto di contestazione in quanto emesso oltre il termine di novanta giorni disposto dagli articoli 4, commi 5 e 6, e 5, comma 2, della delibera n. 136/06/CONS, nonché previsto in via generale dall'articolo 14 della legge n. 689 del 1981, 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 ritiene che l'atto di contestazione in oggetto sia tardivo, perché notificato in data 5 luglio 2011, ben oltre il novantesimo giorno dalla data del completo accertamento del fatto.

Inoltre l'operatore BT Italia ha contestato che l'Autorità, con l'avvio del procedimento sanzionatorio n. 33/11/DIT, ha posto in essere un comportamento in violazione ai principi di buona fede oggettiva e correttezza sanciti dagli articoli 1175, 1337 del codice civile e applicabili alla procedura sanzionatoria ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 241/1990. L'operatore afferma che l'Autorità è obbligata a rispettare tali principi generali anche nell'esercizio del potere sanzionatorio (che ha natura discrezionale) al fine di non gravare ingiustificatamente l'altra parte (nel caso di specie l'operatore) nell'esecuzione degli obblighi. In particolare, l'operatore afferma che l'Autorità, in relazione ai fatti accertati ed in esecuzione ai citati principi, avrebbe dovuto, prima dell'atto di avvio del procedimento *de quo*, evidenziare, a seguito della nota di riscontro di BT Italia del 10 febbraio 2011 alla richiesta istruttoria dell'Ufficio Gestione delle Segnalazioni e Vigilanza delle segnalazioni del 24 gennaio 2011, la necessità di ulteriori chiarimenti e/o approfondimenti per completare l'istruttoria prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio. L'operatore asserisce che il mancato invio da parte dell'Autorità di una ulteriore richiesta istruttoria finalizzata ad acquisire argomentazioni aggiuntive per un corretto espletamento dell'esercizio del potere sanzionatorio, ha di fatto inficiato l'accertamento dei fatti, in quanto attività realizzata in violazione dei citati principi.

Nel merito, l'operatore sostiene di non aver violato il disposto dell'articolo 5, comma 9 del regolamento adottato con delibera n. 664/06/CONS per aver continuato ad emettere fatture successivamente alla risoluzione del contratto concluso con la società XXXX S.r.l. di xxxx in data 31 marzo 2004, poiché il citato regolamento detta la disciplina per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica in caso di contratti conclusi a distanza, e non per i contratti conclusi fuori i locali commerciali dell'azienda. Di contro, nel caso di specie il cliente ha stipulato il contratto in data 31 marzo 2004 con sottoscrizione del modulo cartaceo dell'offerta Alb@Speed Direct, per il tramite dell'usuale canale agenzie di cui BT Italia si avvale per la vendita dei servizi di comunicazione elettronica, come attestato da copia del contratto depositato in atti. In particolare BT Italia evidenzia che nel 2004 per la commercializzazione di beni e servizi non aveva ancora dato avvio alla procedura di acquisire nuovi i clienti con la tecnica dei contratti a distanza, ma si avvaleva del canale delle agenzie con conclusione dei contratti fuori i locali commerciali.

Nelle conclusioni BT Italia sostiene che la conclusione del citato contratto non rientra nella categoria contrattuale di contratti a distanza e pertanto risulta inapplicabile alla fattispecie rilevata la violazione dell'articolo 5, comma 9 della delibera n. 664/06/CONS.

II. Valutazioni dell'Autorità in ordine al caso di specie.

Con atto di avvio del procedimento è stato contestato alla società BT Italia S.p.A. di aver emesso fatture in esecuzione del contratto concluso in data 31 marzo 2004 tra XXXX S.r.l. di xxxx e la società BT Italia S.p.A., successivamente all'esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente manifestato con comunicazione del 16 febbraio 2007.

Poiché l'eccezione di merito sollevata dall'operatore può rivelarsi dirimente, e dunque assorbente rispetto a quelle di rito e di diritto, si ritiene di dover esaminarla per prima. In particolare, l'operatore sostiene l'inapplicabilità alla fattispecie contestata delle disposizioni del citato articolo 5, comma 9, dal regolamento approvato con delibera n. 664/06/CONS, il quale prescrive che *“L'operatore che in caso di recesso non disattivi tempestivamente il servizio oggetto di recesso non può addebitare all'utente alcun importo per le prestazioni eventualmente da questo fruite a decorrere dalla data di efficacia del recesso stesso. Per quanto non specificamente previsto nel presente articolo, si applicano gli articoli 66 e 67 del Codice del consumo in materia di effetti e di ulteriori obbligazioni delle parti conseguenti al recesso”*; detta inapplicabilità deriverebbe dalla circostanza che il contratto stipulato tra le parti non rientra nella fattispecie di contratto a distanza, bensì in quella dei contratti conclusi fuori i locali commerciali, essendo stato stipulato con sottoscrizione da parte del rappresentante della società XXXX S.r.l. di un modulo cartaceo contenente l'offerta commerciale proposta dall'agente Alb@Speed Direct.

A prova di quanto sostenuto BT Italia ha depositato in atti istruttori il contratto cartaceo riportante sull'intestazione della scheda contrattuale, il nome dell'agente (Alb@Speed Direct) con indicazione del nome della società Albacom S.p.A. all'epoca della conclusione del contratto (oggi BT Italia), la data e la firma dell'utente.

Pertanto, per quanto sopra esposto, e avendo l'operatore dimostrato che il contratto non è stato concluso con la tecnica a distanza (nel qual caso avrebbe trovato applicazione la norma contestata), ma è stato concluso con contratto firmato fuori i locali commerciali, il dispositivo contestato non può trovare applicazione perché la sua efficacia è limitata ai casi di conclusione di contratti della prima specie.

Inoltre va considerato che BT Italia ha comunque ristorato l'utente per i disservizi denunciati, cioè la fatturazione di costi per servizi non goduti per periodi successivi alla risoluzione del contratto, provvedendo a restituire all'utente quanto da quest'ultimo indebitamente pagato.

Tutto ciò premesso, non si ritiene di controdedurre alle altre eccezioni a difesa, pur se rigettabili, in quanto la motivazione addotta, che attiene al merito, è da ritenersi assorbente.

Pertanto, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, si ritiene di dover procedere all'archiviazione del procedimento avviato nei confronti della società BT Italia S.p.A. con atto n. 33/11/DIT per insussistenza della violazione.

RITENUTO, pertanto, di non dover dare ulteriore corso al procedimento in discussione;

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

DELIBERA

l'archiviazione per insussistenza della violazione del procedimento sanzionatorio n. 33/11/DIT.

La presente delibera è notificata all'operatore ed è resa disponibile 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, 17 novembre 2011

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI

Gianluigi Magri

Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola