



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica

DETERMINA N. 6/13/DIR

Archiviazione delle controversie tra Optima Italia S.p.A. e H3G S.p.A. ed Optima Italia S.p.a. e Telogic Italy S.p.A. in materia di accesso alla rete e di continuità dei servizi di comunicazione mobile.

IL DIRETTORE

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”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 270 del 18 novembre 1995 – Suppl. Ordinario n. 136;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “Istituzione dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 177 del 31 luglio 1997 – Suppl. Ordinario n. 154 e, in particolare, l’articolo 1, comma 6, lettera a), n. 9;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”, come modificato dal decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 126 del 31 maggio 2012 (il “Codice”) e, in particolare, l’articolo 23;

VISTO il Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica, di cui alla delibera n. 352/08/CONS del 25 giugno 2008 (di seguito “Regolamento”), pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 197 del 23 agosto 2008 – Suppl. Ordinario n.198, pubblicata sul sito *web* dell’Autorità in data 7 agosto 2008 e, in particolare, l’articolo 12, commi 2 e 4;

VISTO il Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 2 ottobre 2002, e s.m.i.;

VISTA la delibera n. 549/13/CONS del 30 settembre 2013 recante “Adozione di misure cautelari, ai sensi dell’articolo 4 del regolamento adottato con delibera n. 352/08/CONS, nella controversia instaurata da Digitel Italia S.p.A, Alpha Telecom Italia S.p.A., Noitel S.r.l., Ics Italia S.r.l., Pluscom S.a.s., San Michele Communication

S.r.l. nei confronti di H3G S.p.A. e Telogic Italy S.r.l. in materia di obblighi di continuità della fornitura di servizi di accesso ed interconnessione” pubblicata nel sito web dell’Autorità in data 11 ottobre 2013;

VISTA l’istanza della società Optima Italia S.p.A. (nel seguito “Optima”), del 30 settembre 2013 ed acquisita in data 2 ottobre 2013 al protocollo dell’Autorità n. 52644, con la quale la predetta società ha investito l’Autorità della definizione della controversia insorta con la società H3G S.p.A. (nel seguito “H3G”) in materia di accesso alla rete e di continuità dei servizi di comunicazione mobile, con contestuale richiesta di emanazione di misure cautelari, ai sensi dell’articolo 4 del Regolamento;

VISTA la nota dell’Autorità, recante numero di protocollo 52644 del 9 ottobre 2013, con la quale la Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica (di seguito “Direzione”) ha comunicato alle parti, ai sensi dell’articolo 3 e 4 del Regolamento, l’avvio del procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della controversia instaurata da Optima nei confronti di H3G ed all’eventuale emanazione di misure cautelari, convocando le stesse in udienza in data 21 ottobre 2013;

VISTA l’istanza della società Optima, del 18 ottobre 2013, acquisita in data 21 ottobre 2013 con il numero di protocollo 54234, e la relativa integrazione documentale del 18 ottobre 2013, acquisita al protocollo n. 54283 del 21 ottobre 2013, con la quale è stato richiesto l’avvio di un procedimento per la risoluzione di una controversia ai sensi del Regolamento, con adozione di misure cautelari, nei confronti di Telogic Italy S.r.l (nel seguito “Telogic”) e di Bip Mobile S.p.A. (nel seguito “Bip”) in materia di accesso alla rete e di continuità dei servizi di comunicazione mobile;

VISTA la nota dell’Autorità, recante numero di protocollo 56207 del 30 ottobre 2013, con la quale la Direzione ha comunicato alle parti, ai sensi dell’articolo 3 e 4 del Regolamento, l’avvio del procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della controversia instaurata da Optima nei confronti di Telogic e all’eventuale emanazione di misure cautelari, convocando le stesse in udienza in data 7 novembre 2013;

CONSIDERATO che la controversia di cui all’istanza del 18 ottobre 2013 è stata avviata solo nei confronti di Telogic, e non anche di Bip, non rientrando i motivi addotti da Optima per chiamare in causa Bip, nell’ambito di applicazione del Regolamento;

SENTITE le parti in udienza il 21 ottobre 2013 e il 7 novembre 2013 e disposta, ai sensi dell’articolo 6, comma 2 del Regolamento, la riunione dei due procedimenti avendo preso atto della loro stretta connessione;

TENUTO CONTO di quanto segue:

1. Optima è un soggetto autorizzato (in qualità di *Enhanced Service Provider /Mobile Virtual Network Operator*) all’offerta di servizi di comunicazione mobile a propri clienti finali per il tramite delle infrastrutture dell’*enabler* Telogic Italy (*Mobile Virtual Network Enabler*);
2. Telogic è un operatore autorizzato che svolge la funzione di *enabler* (MVNE) per altri operatori mobili virtuali (MVNO) per il tramite di servizi ed infrastrutture a sua volta acquisite da altri *partners* commerciali e dall’operatore mobile H3G;

3. Tra Optima e Telogic veniva sottoscritto, in data 27 giugno 2012, il “*Contratto per la fornitura di servizi di telefonia mobile*” (nel seguito il “*Contratto*”) che prevede all’articolo 19 (punto 2) una clausola nel caso di risoluzione del contratto medesimo. L’articolo citato prevede infatti che “*nel caso la risoluzione avvenga ai sensi dell’Articolo 18.2, 18.5, o 18.6 ovvero il presente Contratto non venga rinnovato ai sensi dell’Articolo 17.2, Telogic continuerà ad erogare e fatturare i Servizi per un periodo massimo di sei mesi decorrenti dall’evento risolutivo (il “Periodo di Exit Strategy”) in conformità ai termini del presente Contratto, al fine di consentire a Optima di sostituire i Servizi con altri servizi offerti da altro operatore di rete. Sino alla scadenza del Periodo di Exit Strategy, le disposizioni di cui all’Articolo 9.3 non troveranno applicazione rimanendo inteso che ogni altra disposizione del presente Contratto continuerà ad avere piena efficacia e sarà interpretato di conseguenza, ed entrambe le Parti proseguiranno in buona fede l’adempimento delle disposizioni del Contratto. Nel caso in cui Optima non effettuasse il pagamento delle fatture alla scadenza dovuta durante il Periodo di Exit Strategy, Telogic avrà facoltà di sospendere Telogic avrà facoltà di sospendere la prestazione dei Servizi e/o risolvere con effetto immediato il Contratto*”;
4. Tra H3G e *Vistream G.m.b.H.* (poi Telogic) veniva sottoscritto un accordo, in data 11 maggio 2011, per la fornitura di servizi mobili. Tale contratto si risolveva in data 25 luglio 2013, come comunicato all’Autorità da H3G nel corso dell’audizione del 30 luglio 2013 convocata dalla Direzione reti e servizi di comunicazione elettronica e dalla Direzione tutela del consumatore, nonché nelle proprie controdeduzioni del 9 settembre 2013, acquisite al protocollo dell’Autorità n. 47735 in medesima data, nell’ambito della controversia nei confronti instaurata da Digitel Italia S.p.A, Alpha Telecom Italia S.p.A., Noitel S.r.l., Ics Italia S.r.l., Pluscom S.a.s., San Michele Communication S.r.l. nei confronti di H3G S.p.A. e Telogic Italy S.r.l. in materia di obblighi di continuità della fornitura di servizi di accesso ed interconnessione;
5. Con nota del 13 ottobre 2011 (erroneamente datata 2012) H3G inviava una comunicazione ad Optima e a *Vistream* avente ad oggetto “*Accordo H3G S.p.a./Vistream G.m.b.H. dell’11 maggio 2011*”. In tale nota H3G si impegnava, con Optima, a negoziare in buona fede un contratto per la fornitura di servizi mobili di contenuto analogo a quello sottoscritto tra *Vistream* (oggi Telogic) e Optima, qualora venisse meno il contratto tra *Vistream* ed H3G;
6. In data 30 settembre 2013 l’Autorità adottava la delibera n. 549/13/CONS recante “*Adozione di misure cautelari, ai sensi dell’articolo 4 del regolamento adottato con delibera n. 352/08/CONS, nella controversia instaurata da Digitel Italia S.p.A, Alpha Telecom Italia S.p.A., Noitel S.r.l., Ics Italia S.r.l., Pluscom S.a.s., San Michele Communication S.r.l. nei confronti di H3G S.p.A. e Telogic Italy S.r.l. in materia di obblighi di continuità della fornitura di servizi di accesso ed interconnessione*”; con tale provvedimento veniva garantita la continuità dei servizi offerti da Telogic ed H3G, almeno fino alla fine di ottobre 2013;

CONSIDERATO che Optima ha richiesto, con l'istanza del 30 settembre 2013, l'intervento dell'Autorità nei confronti di H3G:

1. affinché H3G consenta, sulla base degli impegni assunti con la comunicazione del 13 ottobre 2011, ad Optima di assicurare la continuità del servizio erogato ai propri clienti, nonché l'eventuale migrazione massiva dei propri clienti verso la piattaforma che quest'ultima avrà attivato su rete H3G o verso altre piattaforme di operatori mobili;
2. affinché l'Autorità definisca termini e condizioni in base ai quali H3G dovrà garantire, ad Optima, l'accesso alla propria rete di comunicazione mobile ed alle proprie piattaforme ed imponga ad H3G di continuare ad erogare i servizi a Telogic a fronte del pagamento degli importi da questa dovuti;

CONSIDERATO che Optima ha richiesto, con l'istanza del 18 ottobre 2013, l'intervento dell'Autorità nei confronti di Telogic affinché quest'ultima ottemperi all'obbligazione assunta, nei confronti di Optima, di cui all'articolo 19 (punto 2) del contratto tra Optima e Telogic (garanzia del cosiddetto periodo di "*exit strategy*" di 6 mesi);

VISTA la nota di H3G del 13 novembre 2013, acquisita al protocollo n. 58699 del 14 novembre 2013, con la quale la società richiede l'archiviazione per improcedibilità del procedimento instaurato innanzi l'Autorità nei propri confronti, ai sensi degli artt. 3 e 12 del Regolamento, "*avendo la società Optima Italia S.p.A. proposto azione innanzi l'Autorità giudiziaria rimettendo ad esso la cognizione della medesima controversia dal punto di vista soggettivo e oggettivo*";

VISTO il ricorso, notificato in data 31 ottobre 2013, con cui Optima ha citato, dinnanzi al Tribunale Civile di Milano, la società H3G e la società Telogic ai sensi dell'articolo 700 c.p.c.;

CONSIDERATO che il suddetto ricorso riguarda le tematiche contrattuali tra Optima e Telogic, di cui al contratto del 27 giugno 2012, tra Telogic ed H3G, nonché gli impegni assunti da H3G e Telogic nei confronti di Optima rispettivamente nel contratto del 27 giugno 2012, tra H3G e Telogic, e nella comunicazione del 13 ottobre 2011, sopra citati;

CONSIDERATO in particolare che, in tale ricorso, Optima chiede al Tribunale di Milano, in via d'urgenza:

- I. di accertare l'inadempimento di H3G degli impegni assunti, con comunicazione dell'11 maggio 2011, nei propri confronti in caso di risoluzione del contratto tra H3G e Telogic;
- II. di accertare e riconoscere, ai sensi dell'articolo 19 (punto 2) del contratto stipulato tra Optima e Telogic in data 27 giugno 2012, il diritto di Optima alla fornitura dei servizi di telefonia mobile, da parte di Telogic, per un periodo di almeno sei mesi decorrenti dalla risoluzione del contratto stesso;

CONSIDERATO che l'art. 3, comma 4 del Regolamento prevede che *“se una delle parti propone azione dinanzi all’Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia, la domanda di cui al comma 1 diviene improcedibile”* e che il successivo art. 12 dello stesso Regolamento dispone che *“il procedimento va archiviato [...] nei casi di inammissibilità ovvero di improcedibilità dell’istanza previsti all’art. 3 del presente regolamento”*;

RITENUTO che sussista una coincidenza tra le questioni devolute, da parte di Optima, alla cognizione dell’Autorità e del Tribunale ordinario di Milano e, per l’effetto, che ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 (commi 3 e 4) e 12 (comma 2) del Regolamento i procedimenti instaurati da Optima, debbano essere archiviati;

RITENUTO, in ragione di tale circostanza, venuto meno ogni presupposto, a fondamento dell’intervento dell’Autorità per la definizione delle controversie in oggetto;

VISTI gli atti del procedimento;

DETERMINA
Articolo unico

1. Il non luogo a procedere alla definizione delle controversie di cui in epigrafe, tra Optima e H3G ed Optima e Telogic, e ne dispone l’archiviazione ai sensi dell’articolo 12, comma 2, del Regolamento.
2. Ai sensi dell’articolo 12, comma 4 del Regolamento, il presente atto può essere impugnato dalle parti interessate davanti alla Commissione per le infrastrutture e le reti dell’Autorità entro 10 giorni dalla sua comunicazione.
3. La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell’Autorità www.agcom.it.

Roma, 11 dicembre 2013

IL DIRETTORE
Vincenzo Lobianco