



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA N. 121//16/CIR

**ATTO INTERPRETATIVO IN MATERIA DI PROCEDURE PER IL
TRASFERIMENTO DELLE UTENZE DI RETE FISSA AI SENSI DELL'ART. 3,
COMMA 5, DELLA DELIBERA N. 226/15/CONS**

L'AUTORITÀ

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 31 maggio 2016;

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*”;

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*”;

VISTA la delibera n. 217/01/CONS, del 24 maggio 2001, recante “*Regolamento concernente l’accesso ai documenti*”, come modificata dalla delibera n. 422/06/CONS;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, così come modificato, da ultimo, dal decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70 (di seguito denominato *Codice*);

VISTA la delibera n. 401/10/CONS, del 22 luglio 2010, recante “*Disciplina dei tempi dei procedimenti*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 118/14/CONS;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 88/16/CONS;

VISTO il *Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica*, approvato con delibera n. 226/15/CONS del 20 aprile 2015 (di seguito denominato *Regolamento*);

VISTA la delibera dell’Autorità n. 274/07/CONS, del 6 giugno 2007, recante “*Modifiche ed integrazioni alla delibera n. 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso*”;

VISTA la circolare dell’Autorità del 9 aprile 2008, recante le *modalità attuative della delibera n. 274/07/CONS per il passaggio degli utenti finali tra operatori, e relativi allegati tecnici*, che costituiscono parte integrante e sostanziale della circolare;



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

VISTO l'Accordo Quadro sottoscritto dagli operatori in data 14 giugno 2008 per il passaggio degli utenti finali, in attuazione della delibera n. 274/07/CONS, pubblicato sul sito dell'Autorità il 21 luglio 2008;

VISTA la delibera n. 1/09/CIR, del 21 gennaio 2009, recante “*Diffida, ai sensi dell’articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, agli operatori di rete fissa ad adempiere alle previste disposizioni normative in materia di migrazione*”;

VISTA la delibera n. 23/09/CIR, del 16 aprile 2009, recante “*Disposizioni attuative delle procedure di cui alla delibera n. 274/07/CONS in merito alla fornitura del codice di migrazione da parte degli operatori di rete fissa*”;

VISTA la delibera n. 41/09/CIR, del 24 luglio 2009, recante “*Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla delibera n. 274/07/CONS ed alla portabilità del numero su rete fissa*”;

VISTA la delibera n. 52/09/CIR, del 6 ottobre 2009, recante “*Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla delibera n. 274/07/CONS ai fini della implementazione del codice segreto*”;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 78/08/CIR, del 14 ottobre 2009, recante “*Norme riguardanti la portabilità del numero mobile*”;

VISTA la delibera n. 96/10/CIR, del 25 novembre 2010, recante “*Adozione di misure cautelari ai sensi dell’articolo 4 del regolamento n. 352/08/CONS nella controversia tra Telecom Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. in materia di procedure per il trasferimento delle utenze di rete fissa*”;

VISTA la determina n. 11/16/DRS, del 30 maggio 2016, recante “*Archiviazione della controversia tra Vodafone Italia S.p.A. e Fastweb S.p.A. in materia di procedure per il trasferimento delle utenze di rete fissa*”;

CONSIDERATO che nel corso della controversia di cui alla determina n. 11/16/DRS, l'Autorità ha affrontato temi di rilevante interesse regolamentare e con notevole impatto sull'assetto concorrenziale, quale quello dell'uso corretto delle causali di scarto previste nell'ambito delle procedure di migrazione, ed in particolare della causale per *servizio mai richiesto*, anche alla luce degli accordi tra operatori;

CONSIDERATO che sulla stessa tematica sono pervenute all'Autorità ulteriori segnalazioni nell'ambito dell'attività di vigilanza e che è stato chiesto un intervento volto a evitare un utilizzo improprio della causale di scarto per *servizio mai richiesto*, che rientra tra quelle sancite dalle procedure di migrazione di cui alla delibera n. 274/07/CONS;

CONSIDERATO quanto segue:



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

I. L'espletamento della cd. fase 2 della procedura di migrazione e le causali di scarto	3
II. I fatti all'origine della controversia	3
III. Le argomentazioni delle parti	4
La posizione di Vodafone	4
La posizione di Fastweb	5
IV. Valutazioni dell'Autorità sulla questione oggetto di confronto	6
IV.I. Premessa	6
IV.II. Quadro regolamentare di riferimento	8
IV.III. Considerazioni conclusive	11

I. L'espletamento della cd. fase 2 della procedura di migrazione e le causali di scarto

1. Si rammenta che la cd. fase 2 della procedura di migrazione prevede l'invio, da parte del *Recipient* (in questo caso Vodafone o TIM) al *Donating* (Fastweb), della richiesta di passaggio corredata, tra le altre informazioni, dal *codice di migrazione* collegato all'utenza del cliente che intende effettuare la migrazione (comunicato, precedentemente, all'utente in questione dallo stesso *Donating*). Con l'avvio della "fase 2", quindi, il *Donating* è informato della intenzione del cliente di cambiare operatore. Durante la fase 2 il *Donating* svolge le proprie attività di verifica e può opporsi al passaggio solo per giustificate e specifiche motivazioni inviando una *notifica di scarto* al *Recipient*.
2. L'elenco delle possibili motivazioni di scarto è stato concordato tra gli operatori ed è incluso nelle specifiche tecniche allegate alla Circolare dell'Autorità del 9 aprile 2008. Tra gli scarti ammessi vi è quello per *servizio mai richiesto*. In base alla delibera n. 274/07/CONS e successive modificazioni, nonché alle citate specifiche tecniche, il *Donating* può quindi inviare uno scarto al *Recipient* unicamente entro il termine della fase 2, ossia entro 5 giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta di migrazione.

II. I fatti all'origine della controversia

3. Tanto premesso, nel merito della controversia si osserva che Vodafone (in posizione di *Recipient*) ha affermato, allegando la relativa documentazione probatoria, di avere ricevuto, a partire da luglio 2015, da Fastweb, un numero rilevante di scarti con causale *servizio mai richiesto*, con un tasso percentuale che passa da valori prossimi allo 0% a una media dell'ordine del 7-8%, con picchi dell'ordine del 10%.
4. Le percentuali di scarto per *servizio mai richiesto* opposte a Vodafone da altri operatori sono prossime, nello stesso periodo, allo 0%, sulla base di quanto documentato da Vodafone.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

5. Vodafone ha, tra le altre cose, contestato la legittimità di detti scarti e ha, pertanto, avviato una controversia nei confronti di Fastweb, poi archiviata, ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 e 12 del *Regolamento*, con la determina n. 11/16/DRS.

III. Le argomentazioni delle parti

La posizione di Vodafone

6. Vodafone ha ritenuto, con l'istanza di avvio della controversia del 4 marzo 2016, che le condotte di Fastweb violassero la disciplina regolamentare in materia di processi di migrazione nel settore delle reti fisse e, in particolare, l'art. 41, comma 3 del *Codice* e le delibere nn. 4/06/CONS, 274/07/CONS, 41/09/CIR, 52/09/CIR, nonché l'Accordo Quadro del 14 giugno 2008, la Circolare del 9 aprile 2008 nonché la diffida già impartita a Fastweb dall'Autorità con la delibera n. 96/10/CIR in una fattispecie analoga alla presente.
7. In particolare, e limitatamente a quanto di interesse nel presente provvedimento, Vodafone ha contestato a Fastweb l'uso illegittimo della causale di scarto per *servizio mai richiesto* opposta ai propri ordini di migrazione.
8. Vodafone, infatti, all'esito delle proprie verifiche, ha rilevato che i rifiuti (KO) allegati e ricevuti con detta causale sono stati opposti da Fastweb a seguito di una proposta commerciale migliorativa dalla stessa Fastweb effettuata al cliente che aveva attivato la procedura di migrazione e, pertanto, a seguito di mutata volontà o ripensamento di quest'ultimo. A tale riguardo, Vodafone ha osservato che tale causale debba essere utilizzata esclusivamente nel caso in cui il cliente non abbia - mai - richiesto il servizio in corso di attivazione su rete del *Recipient* e non vada, di contro, utilizzata a seguito della mutata volontà o di un ripensamento del cliente, tra l'altro indotti da proposte commerciali migliorative effettuate dalla stessa Fastweb (in posizione di *Donating*).
9. Al riguardo, Vodafone ha, difatti, evidenziato che, per tutti i casi dalla stessa documentati nel corso del procedimento, gli utenti avevano manifestato la volontà di migrare la propria utenza su rete Vodafone, come risulta dai contratti in possesso della società e dalla correttezza del *codice di migrazione* in suo possesso (fornitogli dagli stessi utenti richiedenti il passaggio).

Vodafone ha, dunque, rilevato come la condotta di Fastweb abbia come effetto, tra le altre cose, quello di alterare la corretta dinamica concorrenziale nei mercati delle reti fisse.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

La posizione di Fastweb

10. Fastweb, con riferimento all'asserito indebito utilizzo della causale *servizio mai richiesto*, ha rappresentato che il fatto che una o più richieste di migrazione siano state scartate per *servizio mai richiesto* non prova che ai relativi clienti siano state formulate proposte commerciali.

Fastweb ha, inoltre, osservato che Vodafone, nel contestare i *KO per servizio mai richiesto*, avrebbe dovuto produrre i contratti debitamente conclusi con tutti i clienti relativamente ai quali lamenta l'illegittimo utilizzo della citata causale di scarto. In assenza di tali contratti non può ritenersi adempiuto l'obbligo di Vodafone di provare, anche solo sommariamente, i fatti posti a fondamento della propria istanza.

11. In merito alla delibera n. 96/10/CIR richiamata da Vodafone, Fastweb ha rappresentato che la stessa prevede anche la possibilità per il cliente di dichiarare che *“il servizio non è stato dallo stesso richiesto laddove fosse stato indotto a sottoscrivere il contratto dal recipient senza comprendere a fondo gli estremi dell'offerta o, ad esempio, il contratto fosse stato sottoscritto da un altro componente della famiglia”*. A tal riguardo Fastweb ha affermato che i clienti cui si fa riferimento nell'istanza di Vodafone non avrebbero manifestato un *“ripensamento”*, ma piuttosto avrebbero revocato una proposta commerciale formulata, da Vodafone, in assenza della piena consapevolezza di contrarre o, comunque, avrebbero revocato un contratto non ancora concluso secondo i requisiti di forma previsti dal *Codice del Consumo*.
12. Secondo Fastweb, Vodafone non ha dimostrato che i casi dedotti in lite si riferiscono a clienti che volevano migrare in Vodafone, sicché, nei fatti, l'utilizzo della causale *KO per servizio non richiesto* non avrebbe alterato alcuna dinamica concorrenziale atteso che non ha impattato sulla scelta di consumo del cliente.
13. Fastweb, inoltre, ritiene non rilevante il richiamo alla delibera n. 96/10/CIR nella parte cui, segnatamente, ha ritenuto di inibire l'utilizzo della causale di scarto *KO per servizio mai richiesto* per gestire i casi di ripensamento del cliente. Fastweb ritiene infatti che, nei casi oggetto di contestazione, non si è in presenza di *“ripensamenti”*, in quanto i relativi contratti o si sono conclusi senza acquisire il consenso espresso e informato del consumatore secondo le modalità previste dal nuovo *Codice del Consumo*, o non si sono conclusi affatto. Secondo Fastweb, sulla base di quanto in altre sedi accertato, nel periodo di interesse per la controversia di cui in oggetto, il *“contratto di vendita di Vodafone”* si è concluso per telefono mediante una registrazione contenente sia la conferma dell'offerta che la conferma dell'accettazione; ciò integrerebbe una violazione dell'articolo 51 del *Codice del Consumo* da parte di Vodafone la quale considererebbe il consumatore vincolato in assenza della previa sottoscrizione del contratto ovvero dell'accettazione scritta da parte del consumatore. Fastweb ha, difatti, sostenuto, alla luce di quanto sopra, che fino all'accettazione e/o sottoscrizione scritta del cliente è corretto dal punto di vista civilistico affermare che:



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

- i. Il cliente ha formulato una proposta contrattuale revocabile;
- ii. Il contratto di fornitura dei servizi di Vodafone non si è concluso e, conseguentemente, il servizio non è stato richiesto dallo stesso cliente.

Sempre secondo Fastweb, l'unica causale di scarto utilizzabile nei casi suddetti è *KO per servizio mai richiesto* in quanto riferita a un servizio il cui relativo contratto non si è perfezionato.

Il mancato utilizzo di detta causale comporterebbe, sempre secondo Fastweb,

- a) *La forzata attivazione del servizio di Vodafone;*
- b) *La forzata disattivazione dei servizi di Fastweb;*
- c) *I costi per la riattivazione dei servizi di Fastweb;*
- d) *I tempi necessari per la gestione della migrazione di rientro in Fastweb.*

In conclusione, Fastweb ha evidenziato la sussistenza di un disallineamento tra le disposizioni regolamentari relative alle procedure di migrazione e il rapporto contrattuale fra operatore e cliente.

IV. Valutazioni dell'Autorità sulla questione oggetto di confronto

IV.I. Premessa

14. I temi oggetto del confronto tra le parti, limitatamente a quanto di interesse ai fini del presente provvedimento e fatti salvi i seguiti di competenza di questa Autorità, sono in sintesi i seguenti (si rimanda, per quanto non dettagliato di seguito, a quanto riportato nella descrizione delle posizioni delle Parti di cui sopra):

Vodafone ha avviato la procedura di migrazione una volta acquisito dal cliente il *codice di migrazione* valido (che include il *codice segreto*) non essendo stati gli ordini scartati per causale di *codice di migrazione errato*. Vodafone ha ritenuto illegittimo lo scarto (KO) per *servizio mai richiesto* ricevuto da Fastweb in considerazione, in primo luogo, del fatto che l'utente ha aderito alla proposta commerciale da essa formulata e ha, conseguentemente, fornito, spontaneamente, il *codice di migrazione* ; in secondo luogo, Vodafone ha ritenuto illegittimo lo scarto opposto da Fastweb in quanto il rigetto sarebbe conseguente a una mutata volontà o ripensamento del cliente, tra l'altro, indotto da una proposta commerciale migliorativa di Fastweb.

Fastweb, da canto suo, ha ritenuto che Vodafone, nel contestare il *KO per servizio mai richiesto*, avrebbe dovuto produrre i contratti debitamente conclusi con tutti i



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

clienti per i quali ha allegato l'illegittimo utilizzo della causale di scarto in questione. Fastweb ha, infatti, ritenuto non rilevante il richiamo alla delibera n. 96/10/CIR nella parte cui, segnatamente, ha ritenuto di inibire l'utilizzo della causale di scarto *KO per servizio mai richiesto* per gestire i casi di ripensamento del cliente. Fastweb ha ritenuto infatti che, nei casi oggetto di contestazione, non si era in presenza di un "ripensamento", in quanto i relativi contratti o si sono conclusi senza acquisire il consenso espresso e informato del consumatore secondo le modalità previste dal *Codice del Consumo*, o non si sono conclusi affatto. Fastweb ha, dunque, rilevato che i casi oggetto delle contestazioni di Vodafone riguardavano clienti che non volevano migrare in Vodafone, sicché l'utilizzo della causale *KO per servizio non richiesto* non potrebbe comunque avere in alcun modo alterato la dinamica concorrenziale posto che non ha impattato sulla scelta di consumo del cliente.

Al contrario, Fastweb ritiene che detta causale sia l'unica utilizzabile nel caso di specie in quanto, dal punto di vista civilistico, sarebbe corretto affermare che, nel caso qui considerato:

- a. *Il cliente ha formulato una proposta contrattuale revocabile;*
- b. *Il contratto di fornitura dei servizi di Vodafone non si è concluso e, conseguentemente, il servizio non è stato richiesto dallo stesso cliente.*

Sempre secondo Fastweb, l'unica causale di scarto tra quelle previste nelle procedure di migrazione utilizzabile dalla stessa è *KO per servizio mai richiesto* in quanto riferita a un servizio il cui relativo contratto non si è perfezionato.

15. Come premesso Fastweb ha sottoposto la questione oggetto della controversia al Giudice ordinario con la conseguente archiviazione del procedimento ai sensi dell'art. 3 del *Regolamento*. Vodafone ha, comunque, richiesto un pronunciamento da parte dell'Autorità al fine di preservare il corretto assetto concorrenziale.
16. A tale riguardo, si richiamano i commi 4 e 5 dell'articolo 3 del *Regolamento* vigente:
 4. *Se una parte 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. In tale ipotesi, la parte ricorrente è tenuta a presentare al responsabile del procedimento una dichiarazione espressa di rinuncia all'azione dinanzi all'Autorità.*
 5. *Qualora l'ipotesi di cui al comma 4 si verifichi dopo che il procedimento, avviato ai sensi dell'articolo 6, abbia condotto ad una valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese, l'Autorità può comunque pronunciarsi sulle relative questioni con un atto interpretativo generale, qualora le stesse siano di particolare importanza e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice.*



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

17. Nel caso di specie Fastweb dopo che il procedimento, avviato ai sensi dell'articolo 6, ha *condotto ad una valutazione dei fatti e delle questioni giuridiche sottese*, con particolare riferimento al tema dei *KO per servizio mai richiesto*, ha devoluto la stessa questione oggetto di esame in questa sede al Giudice ordinario, con la conseguente archiviazione del procedimento dinanzi all'Autorità.
18. In considerazione del fatto che la medesima questione, relativa all'utilizzo dei *KO per servizio non richiesto*, è stata, nel corso degli anni, trattata dall'Autorità in numerosi procedimenti, si ritiene opportuno fornire dei chiarimenti al mercato su quanto sancito dalle disposizioni regolamentari in merito alla gestione delle procedure di migrazione da parte degli operatori.
19. L'Autorità ritiene, infatti, che la questione sottesa alla controversia *de qua*, indipendentemente dalle conclusioni a cui perverrà l'autorità giurisdizionale in relazione al caso specifico, sia di estrema rilevanza e, dunque, in relazione ad essa debba essere adottato un atto interpretativo generale (ai sensi dell'art. 3, comma 5, del *Regolamento*) che, oltre a poter essere di ausilio al Giudice ordinario nelle decisioni delle controversie ad esso rimesse, fornirà un importante chiarimento agli operatori del mercato in merito alla gestione delle procedure di migrazione, con l'effetto di garantire un corretto espletamento delle dinamiche concorrenziali.
20. Si ritiene, a tale riguardo, opportuno partire dal vigente quadro regolamentare.

IV.II. Quadro regolamentare di riferimento

Divieto di *retention*

21. L'articolo 41, comma 3, del decreto legislativo n. 259/03 prevede che “[...] *gli operatori che ottengono informazioni da un altro operatore prima, durante o dopo il negoziato sugli accordi in materia di accesso o di interconnessione utilizzano tali informazioni esclusivamente per i fini per cui sono state fornite e osservano in qualsiasi circostanza gli obblighi di riservatezza delle informazioni trasmesse o memorizzate. Le informazioni ricevute non sono comunicate ad altre parti, in particolare ad altre unità organizzative, ad altre società consociate o partner commerciali, per i quali esse potrebbero rappresentare un vantaggio concorrenziale*”.
22. La delibera n. 274/07/CONS, al Considerato n. 24, prevede che “*L’Autorità evidenzia che la comunicazione tra recipient e donating della volontà del cliente di recedere dal contratto in essere è unicamente finalizzata a garantire al donating la possibilità di effettuare le necessarie operazioni amministrativo-contabili conseguenti alla cessazione dei servizi migrati (interruzione della fatturazione, verifica delle condizioni contrattuali di cessazione, ecc.)*”; al Considerato n. 29 stabilisce che “*la comunicazione della cessazione al donating non può essere utilizzata che per le attività amministrative correlate alla cessazione della fatturazione all’utente finale e per le attività tecniche conseguenti*”;



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Causali di scarto

23. La delibera n. 4/06/CONS prevede, all'articolo 18, comma 1, il principio generale di utilizzo di procedure di passaggio concordate preventivamente tra gli operatori.
24. La delibera n. 274/07/CONS, all'articolo 17, comma 12, dispone che *“Le causali di rigetto e di rimodulazione della data di consegna sono limitate a quelle contenute nell'elenco esaustivo concordato con gli altri operatori, allegato all'offerta di riferimento. Non sono ammesse causali generiche, che non individuino l'effettivo problema riscontrato. Le comunicazioni tra gli operatori identificano univocamente la causale specifica”*.
25. La delibera n. 1/09/CIR, al punto 2, diffida *“Gli operatori di rete fissa ad utilizzare le causali di scarto nel rispetto della normativa [sottolineatura aggiunta], definita dalla delibera n. 274/07/CONS e dalle successive disposizioni in materia di migrazione, e dagli accordi tra le parti”*.
26. La delibera n. 41/09/CIR, all'articolo 4, estende a tutti gli operatori autorizzati alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica su rete fissa l'obbligo di utilizzo delle procedure tecniche di cui alla Circolare dell'Autorità del 9 aprile 2008 e all'Accordo Quadro sulle procedure di passaggio dei clienti tra Operatori di rete fissa concluso in data 14 giugno 2008.
27. La delibera n. 96/10/CIR, recante *“Adozione di misure cautelari ai sensi dell'articolo 4 del Regolamento n. 352/08/CONS nella controversia tra Telecom Italia S.p.A. e Fastweb in materia di procedure per il trasferimento delle utenze di rete fissa”*, all'articolo 1, comma 2, dispone che *“E' fatto divieto a Fastweb di utilizzare la casuale di scarto per servizio non richiesto o qualunque altra causale di scarto, prevista dall'Accordo Quadro sulle procedure di migrazione del 14 giugno 2008, al fine di bloccare la procedura di migrazione in caso di ripensamento del cliente”*;

Servizi non richiesti

28. L'Autorità, al fine di eliminare il fenomeno dei servizi non richiesti, con la delibera n. 52/09/CIR ha introdotto nelle procedure di migrazione il *codice segreto*. Va tuttavia detto che, già la delibera n. 274/07/CONS (Capitolo 3 “Obbligo di comunicazione tra *Recipient* e *Donating* della cessazione del contratto precedente e causali di interruzione della migrazione per servizi non richiesti” – Le conclusioni dell'Autorità), l'Autorità ha espressamente previsto:
 - I. Ai punti 32 e 33 che *in caso di contestazioni, il recipient, a richiesta del donating, esibisce copia della dichiarazione del cliente finale di recedere dal precedente contratto*;
 - II. Al punto 33 che *l'Autorità ritiene corretto il rilievo delle associazioni dei consumatori, secondo cui il caso di attivazioni non richieste non può essere*



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

trattato lasciando al donating la facoltà di decidere sulla validità del contratto del recipient [...] Infatti, [...], il donating si troverebbe a decidere sulla validità dell'attivazione sulla base della copia cartacea della cessazione inviata dal recipient (e firmata dall'utente) e della dichiarazione scritta firmata dall'utente stesso circa l'illegittimità dell'attivazione in corso. In quanto parte controinteressata, il donating potrebbe mancare della necessaria obiettività nel giudicare gli atti in suo possesso – relativi cioè al contratto tra il suo potenziale cliente ed un competitor.

III. *Al punto 34 che L'Autorità ritiene pertanto che, fatto salvo il caso di eccezionali, specifiche e circostanziate causali tecniche, non debba essere concessa all'operatore donating la possibilità di interrompere la procedura di attivazione/migrazione in corso per mezzo una comunicazione rivolta a Telecom Italia rete. E' soltanto l'utente finale, titolare del contratto con il recipient, comunque stipulato, a poter richiedere, secondo le modalità previste dalle vigenti norme di legge, la cessazione del contratto stesso.*

29. Giova richiamare, nel seguito, alcune testuali considerazioni riportate nella delibera n. 96/10/CIR, e specificamente al paragrafo III.1, che si ritengono pertinenti in relazione al caso di specie.

Il suddetto paragrafo reca quanto segue:

La causale per servizio mai richiesto

Le procedure di migrazione consentono al donating di svolgere delle verifiche, a seguito della richiesta di migrazione dal recipient, se il servizio sia stato richiesto o meno dal cliente. A tal fine le procedure prevedono una specifica casuale di scarto inviabile da parte del donating per "servizio non richiesto". Ciò significa che Fastweb poteva contattare, a seguito della richiesta di migrazione e nel corso della fase 2 del processo, i propri clienti per verificare se gli stessi avessero richiesto il rientro in Telecom.

Nel caso tali clienti avessero dichiarato di non aver richiesto tale servizio, Fastweb poteva attivare la casuale di scarto per servizio mai richiesto. Va detto, a tale proposito, che l'introduzione del codice segreto effettuata con delibera n. 52/09/CIR impedisce l'attivazione del servizio se non vi sia una fornitura di tale codice da parte del cliente al recipient. Ciò significa che la causale "servizio non richiesto" non trae origine da un meccanismo di autogenerazione del codice di migrazione (come poteva avvenire prima dell'adozione della suddetta delibera). Il cliente potrebbe, viceversa, dichiarare che il servizio non è stato dallo stesso richiesto laddove fosse stato indotto a sottoscrivere il contratto dal recipient senza comprendere a fondo gli estremi dell'offerta o, ad esempio, il contratto fosse stato sottoscritto da un altro componente della famiglia (in tal



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

caso il modulo di adesione sottoscritto a favore del recipient, per l'adesione alla propria offerta commerciale, presenterebbe una firma diversa dal modulo di dichiarazione di servizio non richiesto sottoscritto a favore del donating). E' certo che la casuale servizio non richiesto, a seguito della introduzione del codice segreto, dovrebbe costituire una eccezione limitata a poche circostanze nell'ambito della attuali procedure. [Enfasi aggiunta].

Gestione del ripensamento del cliente

30. Il successivo paragrafo III.2 della delibera n. 96/10/CIR riporta quanto segue:

La gestione del ripensamento del cliente

In caso di ripensamento del cliente (cosiddetto recesso previsto dal Codice del Consumo approvato con D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni), le procedure di migrazione non consentono al donating di interrompere il passaggio del cliente. Viceversa è il recipient che, dopo aver ricevuto dal cliente la comunicazione del proprio ripensamento (tramite raccomandata), è tenuto ad interrompere la procedura di migrazione. Le procedure, di cui alla Circolare dell'Autorità dell'8 aprile 2008, prevedono che qualora il cliente si rivolga al donating per il ripensamento, quest'ultimo può inviare al recipient una notifica per ripensamento in modo che quest'ultimo si attivi per la sua gestione. [Enfasi aggiunta].

Pertanto, il cliente finale esercita il diritto di recesso solo presso l'operatore *Recipient* (tuttavia, qualora il cliente si rivolga al *Donating* e questo lo inviti a comunicare la richiesta di recesso al *Recipient*, il *Donating* stesso vigila affinché non vi sia inerzia da parte del *Recipient*).

Qualora il cliente esprima il ripensamento al *Recipient*, quest'ultimo invia al *Donating* una notifica che interrompe il processo di migrazione.

L'Autorità ha previsto che l'operatore *Donating* possa inviare all'operatore *Recipient* la notifica di mutata volontà. Tale notifica non interrompe il processo di migrazione e può essere inviata dall'operatore *Donating* solamente dopo avere registrato la volontà del cliente.

IV.III. Considerazioni conclusive

31. La delibera n. 274/07/CONS ha introdotto le procedure di migrazione in cui il passaggio (migrazione) di un cliente, da un operatore *Donating* al *Recipient*, è realizzato a seguito di una richiesta (ordine) inviata dal *Recipient* al *Donating* nel corso della cosiddetta fase II (e successivamente a Telecom Italia nel corso della fase III), tramite la rete dati che interconnette i cosiddetti OLO *gateway*, come dettagliato nell'Accordo quadro sottoscritto dagli operatori, incluse le Parti in lite.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Ai fini dell'obbligo in capo al *Donating*, nel corso della fase II, e in capo a Telecom Italia, nel corso della fase III delle procedure, di attuare le attività previste dalle specifiche tecniche (annesse all'Accordo quadro), rileva solo l'invio, nel rispetto dei formati previsti e regolamentati, del *codice di migrazione* e di altre informazioni di dettaglio. In altre parole, il fatto che detto *codice* (che include un PIN) sia in possesso del *Recipient* legittima quest'ultimo ad avviare, dal punto di vista tecnico, la procedura di migrazione inviando il relativo ordine nella "forma e secondo le modalità" concordate tra tutti gli attori. Resta fermo l'obbligo, per il *Recipient*, di rispettare le norme primarie e secondarie sui contratti (incluso quelli a distanza) e di richiedere, anche successivamente, al cliente la sottoscrizione del contratto in forma scritta, che dovrà essere conservato in caso di contestazione da parte del *Donating* (punto 44 della delibera n. 274/07/CONS¹).

32. Come sopra evidenziato, la disciplina regolamentare delle migrazioni, di cui alla originaria delibera n. 274/07/CONS, è stata successivamente integrata con l'introduzione del "*codice segreto*" all'interno del *codice di migrazione* fornito al cliente, con l'obiettivo di contrastare la pratica delle attivazioni non richieste (incluso il caso in cui il *codice* non sia stato fornito dal cliente intestatario dell'utenza).
33. Sul corretto uso della causale *KO per servizio mai richiesto* ci si limita a richiamare quanto già chiarito dalla delibera n. 96/10/CIR e prima riportato:

Le procedure di migrazione consentono al donating di svolgere delle verifiche, a seguito della richiesta di migrazione dal recipient, se il servizio sia stato richiesto o meno dal cliente. A tal fine le procedure prevedono una specifica casuale di scarto inviabile da parte del donating per "servizio non richiesto". Ciò significa che Fastweb poteva contattare, a seguito della richiesta di migrazione e nel corso della fase 2 del processo, i propri clienti per verificare se gli stessi avessero richiesto il rientro in Telecom.

Nel caso tali clienti avessero dichiarato di non aver richiesto tale servizio, Fastweb poteva attivare la casuale di scarto per servizio mai richiesto. Va detto, a tale proposito, che l'introduzione del codice segreto effettuata con delibera n. 52/09/CIR impedisce l'attivazione del servizio se non vi sia una fornitura di tale

¹ "L'Autorità, in linea con quanto già espresso in materia di contratti a distanza con la delibera 664/06/CONS, sottolinea che l'attivazione di servizi di accesso deve avvenire in condizioni di massima trasparenza nei confronti dell'utente finale e che tale trasparenza può aversi solo attraverso l'invio di comunicazioni in forma scritta. L'Autorità ritiene pertanto necessario mantenere l'obbligo in capo agli operatori che fanno uso di contratti a distanza di inviare un modulo d'ordine da firmarsi a cura dell'utente unitamente alle informazioni scritte previste per tale tipologia di contratti dall'art. 53 del Codice del Consumo. Tale modulo dovrà essere inviato dall'utente all'operatore recipient che lo conserva per esibirlo in caso di controversia, a comprova dell'avvenuta sottoscrizione del servizio. Poiché il modulo firmato ha validità ai soli fini della risoluzione delle controversie, l'operatore recipient non è tenuto ad attendere la ricezione del modulo firmato prima di dar seguito alla richiesta di attivazione dell'utente."



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

codice da parte del cliente al recipient. Ciò significa che la causale “servizio non richiesto” non trae origine da un meccanismo di autogenerazione del codice di migrazione (come poteva avvenire prima dell’adozione della suddetta delibera). Il cliente potrebbe, viceversa, dichiarare che il servizio non è stato dallo stesso richiesto laddove fosse stato indotto a sottoscrivere il contratto dal recipient senza comprendere a fondo gli estremi dell’offerta o, ad esempio, il contratto fosse stato sottoscritto da un altro componente della famiglia (in tal caso il modulo di adesione sottoscritto a favore del recipient, per l’adesione alla propria offerta commerciale, presenterebbe una firma diversa dal modulo di dichiarazione di servizio non richiesto sottoscritto a favore del donating). E’ certo che la casuale servizio non richiesto, a seguito della introduzione del codice segreto, dovrebbe costituire una eccezione limitata a poche circostanze nell’ambito della attuali procedure. [Enfasi aggiunta].

Quanto sopra chiarisce che le procedure, sin dal 2008, sono state pensate per garantire il rispetto della volontà del cliente. A tal fine si consente al Donating di verificare, a campione, se il cliente in migrazione ha effettivamente richiesto il servizio. In caso in cui lo stesso dichiara il contrario, il Donating può emettere un KO. Certamente la verifica suddetta non può essere accompagnata da una proposta commerciale migliorativa, senza incorrere in una violazione della normativa vigente laddove si utilizzano i dati tecnici sulle migrazioni.

34. Va chiarito, a tale riguardo, che le procedure vigenti non hanno previsto l’uso della causale *KO servizio mai richiesto* laddove il Donating ritenga o rilevi, in qualche modo, che il codice è stato fornito nell’ambito di un contatto preliminare con l’operatore e non a seguito della formazione di una volontà contrattuale. Ciò in quanto è il cliente, e non il Donating, a dover dichiarare di non aver richiesto il servizio con il Recipient. Non rilevano, pertanto, a tal fine, le valutazioni del Donating sulla corretta formazione del contratto, valutazione che va svolta in altre sedi.
35. Il *Codice del Consumo* regola il rapporto contrattuale tra il professionista e il consumatore. Le norme oggetto della delibera n. 274/07/CONS, come successivamente integrata e modificata, regolano i rapporti tecnici di accesso ed interconnessione tra operatori, secondo procedure rapide ed efficienti atte a promuovere la concorrenza nel mercato; procedure che non entrano in conflitto con le disposizioni del *Codice del Consumo*.
36. In questo contesto, la delibera n. 274/07/CONS, sentiti tutti gli attori del mercato, già chiariva che il Donating non può attribuirsi il ruolo di “tutore” del rispetto della legge nel rapporto tra l’utente e il “Recipient”. Si tratta di un ruolo che per legge non gli compete e rispetto al quale egli scontrerebbe oltretutto un evidente conflitto di interessi, non essendo il Donating un terzo indipendente e imparziale nella procedura di passaggio (in quanto interessato a mantenere il cliente).
37. Va detto che nell’ambito delle procedure tecniche concordate tra gli operatori, l’introduzione del “codice segreto” consente di presumere, con ragionevole



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

certezza, che la comunicazione di avvio della procedura di migrazione, trasmessa dal *Recipient* al *Donating*, segua una richiesta del servizio effettivamente formulata dall'utente al *Recipient*. Pertanto i *KO per servizio mai richiesto* dovrebbero rappresentare casi eccezionali (es. il caso in cui il “codice segreto” sia stato carpito con l'inganno, pur in assenza di una volontà espressa dal cliente a migrare).

38. In ogni caso, il *Donating* che oppone un *KO per servizio mai richiesto* ha l'onere di documentare l'effettiva sussistenza della causa giustificativa del KO.
39. In conclusione, non è consentito, alla luce di quanto sopra, e sulla base della vigente regolamentazione, a nessun operatore (ai sensi del citato Accordo quadro e della stessa delibera n. 41/09/CIR che ne estende l'applicazione a tutti gli operatori autorizzati) di usare la causale per *servizio non richiesto* per nessuna altra ragione che non sia la dichiarazione del cliente di non aver mai richiesto il servizio verso cui è stata avviata la migrazione o di avervi aderito, non avendo compreso le caratteristiche dello stesso o gli estremi dell'offerta (in tal caso, in senso lato, può intendersi che il servizio verso cui sta migrando non è stato richiesto). In tale ambito di possibilità non è possibile annoverare, ad oggi, nessuna casistica che abbia a che fare con autonome verifiche o valutazioni del *Donating*, svolte nel corso della fase II della procedura, attinenti al rispetto, da parte del *Recipient*, dei requisiti formali richiesti per la formazione della volontà contrattuale.
40. In altri termini la causale per *servizio mai richiesto* è stata introdotta per garantire il rispetto della volontà del cliente e non per essere attivata laddove un operatore *Donating* “presuma” che il contratto non è ancora concluso secondo i requisiti previsti dal *Codice del Consumo*). Ciò è infatti contrario allo spirito delle procedure tecniche di cui alla delibera n. 274/07/CONS oltre che a quanto dagli stessi operatori pattuito nell'Accordo quadro citato e sancito con la delibera n. 41/09/CIR. Resta fermo il fatto che l'operatore *Donating* potrà, svolte le proprie verifiche, in ogni momento, anche successivamente alla migrazione, e presso ogni sede far valere le proprie rivendicazioni contrattuali nei confronti del *recipient* che sarà soggetto, in caso di accertamento del mancato rispetto delle relative norme, alle sanzioni previste dalla normativa vigente. Una differente lettura della normativa vigente consentirebbe a ciascun operatore *Donating* di bloccare la procedura di migrazione a seguito di autonome valutazioni sulla correttezza dei contratti tra cliente e *Recipient* senza avere il tempo e gli strumenti utili a tale verifica, alterando le corrette dinamiche concorrenziali.
41. In aggiunta, laddove il cliente esprima un “ripensamento” non sarà possibile utilizzare la causale per *servizio mai richiesto*, secondo quelle che sono le previsioni normative vigenti (Accordo quadro del 14 giugno 2001, Circolare dell'8 aprile 2008, delibere nn. 41/09/CIR e 52/09/CIR)².

² L'Allegato 1 alle specifiche tecniche prescrive quanto segue: *L'AGCOM ha previsto che l'operatore donating possa inviare all'operatore recipient la notifica di mutata volontà. Tale notifica non interrompe*



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

42. Si aggiunga che in generale, ai sensi della vigente regolamentazione dell’Autorità, i KO emessi, incluso quelli per “servizi non richiesti”, devono essere giustificati dal soggetto che li emette e non dal soggetto che li riceve.
43. È opportuno, infine, precisare che le attuali procedure di migrazione sono conformi ai principi generali pur richiamati dal Tribunale civile nell’ambito della sentenza 4495/2015 in quanto non pregiudicano la libertà di scelta dei consumatori nel cambiare fornitore; al contrario, esse sono state “concordate” tra gli attuali attori del mercato per consentire un cambiamento rapido e senza disservizi per i clienti. Resta fermo, come già sancito sin dalla delibera n. 274/07/CONS, il rispetto delle norme sulla corretta formazione del contratto tra gestore e cliente.
44. Le procedure di migrazione, ancorché concordate tra gli operatori di comunicazione tramite l’Accordo quadro e regolamentate in recepimento degli stessi accordi, vanno rispettate in quanto garantiscono l’interoperabilità dei processi tra decine di soggetti; e, a tal fine, giova richiamare la diffida di cui alla delibera n. 1/09/CIR. Non è ammissibile la modifica delle varie fasi di dette procedure o di alcuni elementi delle stesse da parte di un solo soggetto, senza che tale modifica sia stata previamente concordata tra tutti gli attori coinvolti e recepita a livello regolamentare. Solo il rispetto di tali procedure da parte di tutti gli operatori garantisce l’interoperabilità e l’interconnessione tra i vari operatori. Il venir meno di tale principio basilare mina alle fondamenta i principi di interoperabilità e interconnessione sanciti dall’articolo 41 del *Codice*.

RITENUTO quindi opportuno, in ragione della rilevanza della fattispecie che assurge a tema di interesse regolamentare e contribuisce al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del *Codice*, provvedere ad emanare un atto di indirizzo interpretativo di portata generale che possa migliorare le dinamiche concorrenziali e di mercato.

RITENUTO in particolare opportuno, ai sensi del vigente *Regolamento*, che l’Autorità emani un pronunciamento di carattere interpretativo, che chiarisca agli operatori autorizzati alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche che essi non devono utilizzare la causale di scarto *per servizio non richiesto* o qualunque altra causale di scarto, prevista dall’Accordo Quadro sulle procedure di migrazione del 14 giugno 2008, al fine di bloccare la procedura di migrazione in caso di ripensamento del cliente o di argomentazioni che attengono alla sfera del rapporto commerciale e contrattuale tra il *Recipient* e il cliente. Gli stessi sono tenuti a fornire adeguata motivazione e prova, laddove richiesta, degli scarti opposti *per servizio non richiesto*.

VISTI tutti gli atti del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario Antonio Nicita, relatore ai sensi dell’art. 31 del *Regolamento concernente l’organizzazione ed il funzionamento dell’Autorità*;

il processo migrazione e può essere inviata dall’operatore donating solamente dopo avere registrato la volontà del cliente secondo le modalità previste dalla normativa vigente.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

L'Autorità emana, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, della delibera n. 226/15/CONS il seguente

ATTO INTERPRETATIVO GENERALE

Articolo 1

1. Gli operatori autorizzati ai sensi del *Codice* alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche utilizzano la causale di scarto *per servizio non richiesto* nel solo caso in cui il cliente intestatario del contratto dichiara espressamente di “non aver mai richiesto” il servizio.
2. Gli operatori autorizzati ai sensi del *Codice* alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche non utilizzano la causale di scarto per servizio non richiesto o qualunque altra causale di scarto, prevista dall'Accordo Quadro sulle procedure di migrazione del 14 giugno 2008, al fine di bloccare la procedura di migrazione in caso di ripensamento del cliente o mutata volontà o per motivazioni che attengono alla corretta formazione della volontà contrattuale tra il *Recipient* e il cliente.
3. Gli operatori che utilizzano la causale *KO per servizio mai richiesto* sono tenuti a giustificare la legittimità del rifiuto e a produrre, laddove richiesto dal *Recipient*, la dichiarazione del cliente, di cui al comma 1, di “non aver mai richiesto” il servizio verso cui sta migrando.

La presente delibera è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 31 maggio 2016

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Nicita

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Riccardo Capecchi