

DELIBERA N. 511 /10/CONS

Sospensione del procedimento sanzionatorio
n. 27/10/DIT avviato nei confronti della società Telecom Italia S.p.A. per la violazione
dell'articolo 5, comma 10 lettera a) della delibera n. 78/08/CIR

L'AUTORITA',

NELLA riunione del Consiglio del 5 ottobre 2010;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*";

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

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;

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, nel testo coordinato allegato alla delibera n. 130/08/CONS;

VISTO il regolamento di attuazione dell'art. 14-bis del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, con il quale sono state disciplinate in via generale le procedure in materia di formulazione di impegni da parte degli operatori di settore, regolamento recato dalla delibera 645/06/CONS e successive modificazioni;

VISTA la delibera n. 187/10/CONS del 28 aprile 2010 con la quale è stata disposta l'*Approvazione della proposta di impegni presentata dalla società Telecom Italia S.p.A. ai sensi della legge n. 248/06 relativi ai procedimenti sanzionatori 6/09/DIR e n 8/09/DIR*";

VISTO l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 27/10/DIT, ed il relativo verbale di accertamento del 25 maggio 2010, notificato alla società Telecom Italia S.p.A. in data 27 maggio 2010, con il quale è stata contestata alla predetta società la violazione dell'articolo 5, comma 10, lettera a) della delibera 78/08/CIR per aver illegittimamente annullato, quale operatore *donating*, le richieste di attivazione delle prestazioni di *Mobile Number Portability* in relazione alle cinque

utenze mobili individuate nel predetto verbale d'accertamento verso l'operatore *recipient* avvalendosi della causale "Richiesta Dati Mancanti" (R10). In particolare tale causale è stata utilizzata da parte di Telecom Italia S.p.A. in casi in cui gli utenti avrebbero manifestato la volontà di recedere dal contratto in essere con l'operatore *donating* senza produrre documenti attestanti la loro effettiva volontà di voler risolvere il predetto contratto. Tale fattispecie comunque non è contemplata nell'elenco tassativo previsto dall'articolo 5 comma 6 -richiamato dall'articolo 5, comma 10 lettera a), - che individua delle causali tipizzate che legittimano l'operatore *donating* ad interrompere il processo di *porting* avviato dal cliente;

VISTA la nota del 25 giugno 2010 (prot. n. 40687) con la quale la società Telecom Italia S.p.A. ha prodotto memorie difensive in merito ai fatti oggetto di contestazione;

VISTI gli atti del procedimento

CONSIDERATO quanto segue

I. Deduzioni della società interessata

La società Telecom Italia (di seguito Telecom) in via preliminare ha rappresentato che i fatti contestati sopra specificati devono essere interpretati alla luce dei principi affermati dalle sentenze del Tar Lazio n. 5769 e 5781 che hanno annullato l'inciso dell'articolo 5, comma 1 della delibera 78/08/CIR nella parte in cui recita che "independentemente dall'eventuale termine di preavviso per il recesso dal contratto", principi che modificavano radicalmente l'impianto del processo di MNP come disegnato dalla predetta delibera.

Tali sentenze sancivano in particolare (tra i vari punti) che la disposizione annullata, che "impone al 'donating' di dare immediatamente corso alle operazioni di trasferimento del numero, non appena ricevuta la comunicazione del 'recipient', senza potersi avvalere di eventuali clausole di preavviso inserite nel contratto di utenza e fatte espressamente salve dal ... cd. Decreto Bersani" (sent. 5769, cit., pagg. 29-30), è "palesamente illegittima ... non essendo consentito ... all'Autorità ... incidere, sopprimendola, su una clausola contrattuale apposta dalle parti in corretta applicazione di una facoltà ad esse riconosciuta dalla disciplina codicistica ed espressamente confermata dall'art. 1, comma 3, del ... D.L. n.7 del 2007" (sent. 5781, cit., pag. 26, e sent. 5769, cit., pag. 31).

Telecom con una nota del 30 giugno 2009, prot. n. 0004296, nel corso dell'audizione tenutasi in data 3 luglio 2009 e con nota del 10 luglio 2009, prot. n. 0004617, comunicava all'Autorità che, al fine di limitare gli aggravii a danno della clientela nell'avvio del processo di *porting* e in attuazione di quanto affermato nelle sentenze sopra citate, avrebbe gestito le richieste di portabilità del numero ricevute dall'operatore *recipient* prendendole in carico, continuando a dare a tali richieste valenza convenzionale di recesso (seppur irrualmente esercitato, attesa la sua natura di atto

recettizio), volontà che comunque sarebbe dovuta essere necessariamente verificata da parte dell'operatore *donating* in termini di sussistenza della volontà del cliente stesso di recedere dal contratto. Ove il cliente avesse ritenuto di non voler continuare il rapporto con l'operatore *donating*, quest'ultimo avrebbe dato corso, entro pochi giorni dalla presa in carico, alla MNP. Al contrario nel caso in cui il cliente avesse desiderato rinunciare alla comunicazione di recesso ovvero fosse stato impossibile ottenere la conferma della esistenza del recesso (essendo, ad esempio, il cliente irreperibile) la richiesta di MNP sarebbe respinta, utilizzando convenzionalmente la causale di scarto R10 "Richiesta Dati mancanti".

In data 11 settembre 2009 il Consiglio di Stato ha accolto in sede cautelare il ricorso in secondo grado promosso dall'Autorità avverso le sentenze del Tar Lazio n. 5769 e 5781, sospendendone l'efficacia. Di conseguenza Telecom ha sospeso la procedura oggetto di contestazione, ha allineato i processi al nuovo deliberato prevedendo l'annullamento e/o il rifiuto delle richieste di MNP inoltrate dall'operatore *recipient* solo nei casi tassativi previsti dalla delibera n.78/08/CIR (nota di Telecom del 22 settembre 2009, prot. n. 0006367 in atti). Telecom ha altresì promosso la conclusione dell'accordo quadro e la pianificazione della migrazione al nuovo processo MNP. Infine Telecom ha evidenziato che l'Autorità, con delibera n. 187/10/CONS, ha approvato la proposta definitiva di impegni presentata da Telecom Italia in data 23 aprile 2010, ai sensi della legge n. 248/06, disponendo la sospensione dei procedimenti sanzionatori di cui agli atti di contestazione nn. 6/09/DIR e 8/09/DIR della Direzione reti e servizi di comunicazione elettronica (ad oggetto la violazione dell'articolo 5, comma 17 delibera 78/08/CIR) fino alla verifica dell'effettivo adempimento degli stessi. Nell'ambito di tali impegni (con particolare riferimento a quanto riportato ai paragrafi sub 3.1; 3.4; 3.5-6;), Telecom ha più volte garantito che le causali di scarto sarebbero state utilizzate in maniera conforme al dettato regolamentare. In particolare al paragrafo sub 3.1 della delibera n.187/10/CONS Telecom ha garantito "l'espletamento di tutte le richieste di portabilità prese in carico (fatti salvi i soli rifiuti ammessi nelle casistiche previste dalla delibera 78/08/CIR ed implementati nell'Accordo Quadro MNP)" e che Telecom Italia "e/o qualunque soggetto che operi in nome e/o per conto suo" comunque non "adotterà o manterrà in vigore procedure aziendali volte ad ottenere l'annullamento, la sospensione e/o l'interruzione della richiesta di MNP da parte di clienti che abbiano richiesto l'attivazione della prestazione di MNP, a partire dal momento in cui l'operatore donator (Telecom Italia) riceve la richiesta MNP".

Da ultimo l'operatore evidenzia che i fatti contestati si sono realizzati in data antecedente alla data di presentazione della prima proposta preliminare di impegni (10 novembre 2009) e che attengono a fattispecie – annullamento delle richieste di MNP – che rientrano pienamente nell'oggetto degli impegni resi obbligatori dall'Autorità per quanto sopra sinteticamente riportato.

Nelle conclusioni Telecom chiede, in via principale, l'archiviazione del procedimento o, subordinatamente, che anche per tale procedimento sia disposta la sospensione *ex art. 3* della delibera n. 187/10/CONS, con conseguente archiviazione all'esito della verifica dell'effettivo adempimento degli impegni.

II. Valutazioni dell'Autorità

Il procedimento avviato con atto di contestazione n. 27/10/DIT può essere sospeso ai sensi dell'articolo 3 della delibera n. 187/10/CONS con la quale l'Autorità ha approvato gli impegni definitivi presentati da Telecom in data 23 aprile 2010 in relazione ai procedimenti nn. 6/09/DIR e 8/09/DIR della Direzione reti e servizi di comunicazione elettronica fino all'esito della verifica dell'effettivo adempimento degli impegni medesimi per i seguenti motivi: i) le condotte accertate riguardanti il procedimento *de quo* si sono realizzate in data anteriore al 10 novembre 2009 (data di presentazione degli impegni preliminari di Telecom Italia, confermati con gli impegni definitivi presentati con istanza del 24 aprile 2010 e approvati con delibera 187/10/CONS); ii) gli impegni approvati con la citata delibera, sebbene attengono ai procedimenti sanzionatori (nn. 6/09/DIR e 8/09/DIR) aventi ad oggetto la violazione dell'articolo 5, comma 17, della delibera n.78/08/CIR, mentre il procedimento *de quo* concerne la violazione dell'articolo 5, comma 10 della medesima delibera, prevedono delle misure organizzative- aziendali idonee a garantire l'immediata cessazione anche della condotta illegittima contestata con il procedimento sanzionatorio in discussione; iii) inoltre tali impegni - per quanto affermato dalla delibera n. 187/10/CONS. in particolare ai paragrafi sub 3.1; 3.4; 3.5-6, contemplan procedure e misure tali da assicurare l'effettivo miglioramento delle condizioni di concorrenzialità relative ad una corretta attuazione del processo di migrazione del cliente verso altri OLO, così come descritto nella delibera n. 78/08/CIR, anche con riferimento ad un corretto utilizzo delle causali scarto secondo quanto tassativamente descritto dall'articolo 5 comma 10 della citata delibera.

D'altronde l'estensione degli effetti sospensivi degli impegni adottati con delibera n.187/10/CONS anche al procedimento *de quo* nonostante la diversità della fattispecie astratta contestata (articolo 5, comma 17 della delibera n. 78/08/CIR per i procedimenti rientranti negli impegni, articolo 5, comma 10 della medesima delibera nel caso in esame), appare giustificata dalla identità della finalità perseguita. Entrambi gli articolati, infatti, sono finalizzati ad evitare che il processo di *porting* sia indebitamente ostacolato e/o impedito: la norma prevista dall'articolo 5, comma 17, (che recita "*L'operatore donating non dà seguito a domande di annullamento di richieste di portabilità che gli sono state inoltrate dall'operatore recipient*") ha lo scopo di tutelare il processo di *porting* in maniera "anticipata", nel senso che l'illiceità consumata in sua violazione colpisce una condotta prodromica rispetto alla lesione del bene giuridico tutelato (che è il corretto compimento del processo di *porting* secondo le indicazioni del cliente); la norma prevista dall'articolo 5, comma 10 lettera a), (che recita "*La richiesta di attivazione della prestazione può essere scartata o rifiutata dall'operatore donating, ... nei seguenti casi: a) richiesta ricevuta di alcuni dei dati di cui al precedente comma 6; ...; Nessuna altra motivazione al di fuori di quelle sopra elencate è ammessa*"), ha lo scopo di assicurare l'esatto compimento del processo di *porting*, sancendo l'illiceità delle condotte realizzate dall'operatore *donating* tese a interrompere

il processo di MNP con utilizzo di causali di scarto non conformi alla richiamata normativa di settore.

In effetti, nei casi accertati dal procedimento avviato dalla Direzione tutela dei consumatori le cinque condotte illecite accertate si sostanziano nell'interruzione dei processi di MNP con utilizzo delle causali di scarto R10 (richiesta dati mancati) in ipotesi non previste dalla citato articolo 5, lettera a).

Pertanto, in via eccezionale si ritiene di poter disporre la sospensione del procedimento sanzionatorio in discussione fino all'effettiva verifica dell'adempimento degli impegni di cui alla delibera n.187/10/CONS considerato: che le condotte illecite accertate con i procedimenti 6/09/DIR e 8/09/DIR e con il procedimento 27/10/DIT sono in rapporto di consequenziale interdipendenza, nel senso che il generale divieto di annullamento delle richieste di portabilità previsto dall'articolo 5, comma 17 nei confronti dell'operatore *donatig* può essere considerato un "passaggio obbligato" per evitare la realizzazione degli illecito finale, e cioè l'illegittima interruzione del processo di MNP; e che la società Telecom Italia S.p.A. (come affermato al punto n. 12 degli impegni definitivi del 23 aprile 2009 richiamati nella citata delibera n. 187/10/CONS) si impegna comunque a dare completa ed incondizionata attuazione al processo di MNP così come disciplinato dalla delibera n. 78/08/CIR;

PRESO ATTO che gli impegni assunti con delibera n.187/10/CONS sono tali da garantire anche l'immediata cessazione della condotta contestata con il procedimento sanzionatorio n. 27/10/DIT e di migliorare le condizioni di concorrenzialità relative ad una corretta attuazione del processo di migrazione anche con riferimento a quanto disposto dall'articolo 5, comma 10 della delibera 78/08/CIR, e che pertanto la società Telecom Italia S.p.A. ha richiesto, anche per il procedimento *de quo*, che venisse disposta la sospensione fino alla verifica dell'effettivo adempimento degli impegni di cui alla delibera n. 187/10/CONS;

RILEVATO dalla documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria che le sei segnalazioni pervenute presso l'Ufficio gestione delle segnalazioni attengono a fatti antecedenti la data del 10 novembre 2009;

RILEVATO, altresì, che la fattispecie esaminata è riconducibile alle ipotesi di cui alle contestazioni n. 6/09/DIR e n. 8/09/DIR sotto il profilo una corretta attuazione del processo di migrazione del cliente verso altri OLO ai sensi di quanto disposto dall'articolo 5 della delibera n. 78/08/CIR;

RITENUTO che, sulla base delle considerazioni esposte, sussistono le condizioni per disporre la sospensione del procedimento sanzionatorio avviato con la contestazione n. 27/10/DIT e relativo atto di accertamento;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

SENTITA la relazione dei Commissari Sebastiano Sortino e Gianluigi Magri, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

1) La sospensione del procedimento sanzionatorio avviato nei confronti della società Telecom Italia S.p.A. con contestazione n. 27/10/DIT.

2) Il suddetto procedimento resta sospeso fino alla verifica dell'effettivo adempimento da parte della Società degli impegni approvati con la delibera n. 187/10/CONS anche con riferimento a quanto disposto dall'articolo 5, comma 10 della delibera 78/08/CIR.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Napoli, 5 ottobre 2010

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI
Gianluigi Magri
Sebastiano Sortino

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