

## **DELIBERA N. 534 /09/CONS**

### **ORDINANZA-INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' TELECOM ITALIA S.P.A. PER LA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 4 COMMA 9, DELLA DELIBERA N. 19/01/CIR, DI CUI ALLA CONTESTAZIONE N. 3/09/DIR**

#### **L'AUTORITA'**

NELLA riunione del Consiglio del 23 settembre 2009;

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 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*”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, ed in particolare l’articolo 98, comma 11;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “*Modifiche al sistema penale*”, e successive modifiche e integrazioni;

VISTO il decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262 convertito in legge 24 novembre 2006, n. 286, recante “*Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*”, ed in particolare l’articolo 136;

VISTA la delibera dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 136/06/CONS, ed il relativo Allegato A, recante “*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*”, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera n. 130/08/CONS, recante “*Riforma della delibera n. 54/08/CONS, a sua volta recante “Modifiche ed integrazioni al regolamento in materia di procedure sanzionatorie in attuazione dell’art. 14 bis del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e del regolamento in materia di impegni di cui alla delibera n. 645/06/CONS”* (di seguito: il Regolamento);

VISTA la delibera n. 131/08/CONS, recante “*Modifiche al regolamento in materia di impegni di cui alla delibera n. 645/06/CONS*”;

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 delibera dell'Autorità n. 19/01/CIR recante “*Modalità operative per la portabilità del numero tra operatori di reti per i servizi di comunicazioni mobili e personali (Mobile Number Portability)*”, ed in particolare l'articolo 4, comma 9, nei medesimi termini confermato dall'articolo 10, comma 6, della delibera n. 78/08/CIR, secondo cui “*i dati relativi ai clienti che richiedono l'attivazione della prestazione di MNP sono trattati dall'operatore donating con la massima riservatezza ed utilizzati esclusivamente ai fini dell'attivazione della prestazione*”;

VISTA l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 1984/09 del 21 aprile 2009, di sospensione *in parte qua* delle disposizioni di cui alla delibera n. 78/08/CIR - in parziale accoglimento dell'istanza cautelare della società Telecom Italia S.p.A. - con rinvio al Tar del Lazio per la pronuncia di merito;

VISTA la sentenza del Tar del Lazio n. 5781 dell'11 giugno 2009 di annullamento *in parte qua* dell'art. 5, primo comma, dell'impugnata delibera n. 78/08/CIR;

VISTA l'ordinanza n.4602/2009 del 14 settembre c.a. con la quale il Consiglio di Stato, su ricorso in appello di Agcom, ha incidentalmente sospeso la statuizione del Tar in ordine all'annullamento parziale di cui al punto che precede;

VISTI tutti gli atti del procedimento, comprensivi della documentazione richiamata nell'atto di contestazione n. 3/09/DIR ed in particolare le attività ispettive svolte presso la sede della società di cui alla nota del Servizio Attività Ispettive n. ISP/160/09 del 24 marzo 2009, con annesso verbale dell'attività di verifica svolta presso la sede di Napoli;

VISTI gli atti di accertamento e connessa contestazione del Direttore della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica n. 3/09/DIR del 7 maggio 2009 contestualmente notificati all'operatore in data 8 maggio c.a. con i quali - nei limiti imposti dal provvedimento cautelare Tar del Lazio n. 5781 dell'11 giugno 2009 - è imputata alla società Telecom Italia S.p.A., ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259/03, la violazione dell'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR in quanto la società Telecom Italia S.p.A., nell'arco temporale considerato nel procedimento ( 24 ottobre 2008 /15 marzo 2009), ha posto in essere le attività come di seguito sintetizzate:

- ha adottato, senza soluzione di continuità con il passato, procedure aziendali consistenti nella utilizzazione - a fini commerciali e promozionali - dei dati di propri clienti che inoltrano, tramite un operatore *recipient*, una richiesta di *mobile number portability* (MNP). In particolare, le informazioni dei clienti che richiedono la MNP sono state, per il periodo considerato, immediatamente veicolate dalle unità tecniche ai gruppi di *customer care*, che hanno provveduto ad accertare la volontà dei clienti di migrare ed a prospettare loro nuove proposte commerciali;

- ha, utilizzando impropriamente a fini commerciali e promozionali i dati relativi alla propria clientela, dato seguito a domande di annullamento di richieste di portabilità inoltrate dall'operatore *recipient* (*opponendo rifiuti con ex causale 12*);

VISTA la memoria di replica della società Telecom Italia S.p.A. prot. n. 3528 del 5 giugno 2009 (prot. AGCOM n. 44680 del 9 giugno 2009) mediante la quale la medesima – chiedendo l'archiviazione del procedimento - ha svolto le osservazioni che seguono:

- in via preliminare è opposta l'inefficacia del provvedimento regolamentare n. 78/08 CIR, articolo 5, comma 17, nonché, consequenzialmente, della nota applicativa AGCOM n. 10487 dell'11 febbraio 2009, per effetto dell'Ordinanza sospensiva del Consiglio di Stato n. 1984/09 del 21 aprile c.a.;
- In aggiunta è affermata l'impossibilità di configurare una reiterazione ed altresì una continuazione dell'illegittimità del proprio comportamento, in quanto già contestatole con conseguente imputazione di sanzione, rilevando al riguardo che la notifica della successiva contestazione è avvenuta in data successiva a quella cui si riferisce il comportamento medesimo e, dunque, non a proprio carico replicabile;
- sotto profili di merito, relativamente alla violazione dell'articolo 4, comma 9, della delibera n.19/01/CIR, è stato evidenziato - con un sostanziale rinvio ad argomentazioni espone nel ricorso giurisdizionale depositato presso il Tar del Lazio – la costante legittimità del proprio operato distinguendo, nell'ambito del processo di MNP, fasi più propriamente tecniche e, dunque, connesse alla portabilità del cliente verso altro operatore, dalla fase strettamente contrattuale. Ovvero il cliente “*che voglia migrare...deve stipulare un accordo con l'operatore recipient e recedere dal contratto in essere con l'operatore donating, rispettando i termini contrattuali di preavviso. In particolare, il diritto di recesso esercitato dal cliente, direttamente o mediante l'operatore recipient, tramite un mandato ad esercitare il recesso dal contratto con l'operatore donating, è un atto negoziale che rientra nei rapporti in essere con l'operatore donating...*” che ...” sono naturali destinatari delle comunicazioni di recesso dei propri clienti”. In altri termini, a fronte del diritto del cliente di recedere dal contratto, corrisponde il diritto dell'operatore donating – in qualità di titolare del contratto - di ricevere la comunicazione di recesso (dal cliente stesso o dal recipient) da esercitarsi nel rispetto delle norme previste (art.1, comma 3, della Legge Bersani e art.1373 c.c.) nonché delle condizioni negoziali pattuite.

A tal riguardo si sostiene che “*La dichiarazione di recesso non fa parte dei dati di portabilità bensì appartiene al normale flusso di informazioni relativo al rapporto contrattuale esistente tra l'operatore ed il cliente. Inoltre, affinché l'operatore donating possa procedere nell'esercizio della procedura di MNP,*

*l'operatore recipient deve trasmettergli alcuni dati relativi al cliente specificamente individuati nell'articolo 9, comma 6, della delibera n. 19/01/CIR (ossia il numero di telefono da portare, il codice fiscale o la partita IVA, la data e l'ora prevista per l'attivazione della prestazione di MNP, il numero seriale della carta SIM, il tipo di servizio di cui il cliente usufruisca presso il donating con la relativa tecnologia). Tali dati si differenziano da quelli già in possesso dell'operatore donating solo per l'indicazione relativa all'operatore recipient ed agli aspetti puramente tecnici della procedura”.*

In base a tali ragionamenti Telecom, proprio nella veste di titolare del rapporto contrattuale, ricevendo la comunicazione di recesso, utilizza dati già in suo possesso e considerati fruibili alla stregua delle normali informazioni commerciali, proprio in quanto imputabili alla generale disciplina negoziale. Tali informazioni –si asserisce – sono pienamente utilizzabili per attività di *caring* avendo ricevuto, in forza del rapporto contrattuale in essere, il consenso del cliente stesso in ordine a tale uso. Diversamente opinando si determinerebbe una disparità di trattamento tra clienti che abbiano esercitato il recesso indipendentemente da una richiesta di MNP. *“infatti, nel primo caso il cliente potrebbe essere legittimamente contattato (previo consenso) ...e avvantaggiarsi di offerte eventualmente migliorative, nel secondo caso ( pur a parità di consensi) ciò non sarebbe possibile”.*

CONSIDERATE le valutazioni della competente Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica in ordine agli argomenti dedotti dall'operatore Telecom Italia S.p.A. con particolare riferimento alle seguenti repliche:

1. le argomentazioni difensive della società non appaiono idonee a superare i rilievi posti alla base della contestazione con cui è stato dato avvio al procedimento di che trattasi. Infatti è stato oggettivamente riscontrato, nell'arco temporale considerato nell'avviato procedimento, che la società Telecom Italia – anche per sua stessa ammissione - ha sistematicamente utilizzato – *recte*, continuato ad utilizzare-, per finalità diverse dalla effettuazione della prestazione di portabilità, i dati commerciali relativi alla propria clientela che ha richiesto la portabilità del numero, anche nella consapevolezza – da parte delle proprie divisioni *customer* – della provenienza di tali dati commerciali e quindi in aperta e continuata violazione dell'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR, già peraltro contestatole per il passato con precedenti atti deliberativi dell'Autorità.
2. Né appaiono in tal senso dirimenti gli incerti richiami a connessioni logico – temporali che ne impedirebbero l'imputabilità, considerato che le violazioni di che trattasi sono state nuovamente ed altresì oggettivamente verificate in occasione dell'attività ispettiva e, quindi, come di rito, contestate. La condotta qui sanzionata non coincide con quella oggetto della delibera n. 79/09/CONS, che faceva invece riferimento ad un arco temporale antecedente al 24 ottobre 2008; si è dunque in presenza di differenti illeciti amministrativi.

3. Per ciò che attiene al merito dei ragionamenti si osserva che: al fine di provare l'insussistenza della illegittimità ascrittale, la società ha sostenuto in modo non efficace – ridimensionando peraltro la portata regolamentare della delibera violata – l'indipendenza della vicenda negoziale che lega l'operatore ai propri clienti quasi a sottolinearne la supremazia rispetto alle esigenze di regolamentazione del mercato della telefonia mobile, in particolare riferita alla necessità di garantire in tempi brevi e certi la portabilità del numero verso altri operatori, semmai emergenti. A tal riguardo si adombrerebbe - in controtelaio - un superamento ad opera delle regole sulla portabilità, in quanto derogatorie delle superiori norme a tutela del consumo (cd. Legge Bersani). Queste ultime offrirebbero sempre la possibilità all'operatore, che ha ricevuto la notizia del recesso, la possibilità di utilizzare i dati "interni" in suo possesso per proporre controfferte commerciali da farsi almeno durante i 30 giorni contrattuali di preavviso, non altrimenti comprimibili. Per legittimare la propria costante attività di *retention*, Telecom sostiene, infatti, l'indifferenza dell'atto di recesso che è e resterebbe tale sia se direttamente manifestato dal cliente stesso o, piuttosto, attraverso un mandato conferito all'operatore *recipient*. Scorporando tale dato, infatti, dalle informazioni tecniche proprie della portabilità sarebbe sempre possibile agire nei confronti della propria clientela per dissuaderla dal passaggio secondo diffusi ed altresì usuali pratiche commerciali.

La debolezza degli argomenti utilizzati emerge nel momento in cui Telecom Italia, in buona sostanza, riduce una differenza sostanziale ad un *quid pluris* del tutto insignificante, non apparendo persuasiva né sufficientemente argomentata, la possibilità di separare il dato di recesso quando congiunto ai dati di portabilità. In siffatti casi, infatti, la volontà di recedere del cliente si colora di specifica causalità non limitandosi ad una semplice volontà di risolvere il rapporto negoziale con l'operatore originario bensì accompagnando tale intenzione a quella di conservazione del proprio numero presso un altro e diverso operatore. Questa essendo la speciale causa "*concreta*", appare allora evidente l'impossibilità di sostenere l'assoluta equivalenza delle vicende negoziali di recesso "semplice" e di recesso finalizzato alla portabilità e quindi la conseguente ed illegittima utilizzabilità dei connessi dati commerciali. Questi ultimi risultano indefettibilmente connessi nella fattispecie complessa della portabilità ed utilizzabili in via esclusiva per consentire in tempi brevi, utili al cliente, il passaggio ad altro operatore. A tutto voler concedere, il richiamo alla Legge Bersani appare in ogni caso improprio atteso che il termine dei 30 gg è regolato dalle norme a tutela del consumatore, non certo invocabile dall'operatore.

Tale fragilità argomentativa – in sé assorbente delle altre e più marginali questioni poste – è stata del resto confermata dalla recente pronuncia del Consiglio di Stato che significativamente, con Ordinanza n. 4602/2009 del 14

settembre u.s., ha statuito - sia pure nei limiti della sommaria valutazione imposta dall'istanza cautelare (dell'Autorità avverso la sentenza di parziale annullamento del Tar Lazio n.05781/2009) - la necessità di distinguere il “ *semplice recesso dal contratto senza trasferimento del numero ad altro operatore* “ contestualmente rappresentando che la necessità di introdurre nel panorama normativo generale un termine massimo per recedere, a garanzia del consumatore, non intacca, sotto altro profilo, “ *il potere dell'Agcom di disciplinare la portabilità del numero di telefonia mobile e di prevedere termini inferiori per la conclusione della procedura*”.

Risulta dunque evidente che le vicende negoziali relative al semplice recesso ed al recesso con finalità di “passaggio” non sono omologabili né, dunque, da trattare in modo equivalente in quanto riferibili a diverse esigenze sottostanti rientrando, la seconda, nello svincolato potere regolamentare dell'Agcom finalizzato - evidentemente - a scopi diversi da quelli commerciali. La potestà regolamentare specifica dell'Agcom, del resto, è frutto di ampia delega normativa.

Dunque, non apparendo legittimamente scorporabili i dati tecnici di portabilità dalla volontà di recedere del cliente, si rileva la continuazione del comportamento difforme dalle prescrizioni regolamentari da parte di Telecom Italia, con particolare riferimento all'utilizzo illecito delle informazioni clientelari per fini - commerciali - diversi da quelli ammissibili, con consequenziale e grave pregiudizio della competitività nel mercato di riferimento garantita dalla portabilità verso altri operatori. Tale pregiudizio risulta infine oggettivamente acuito dalla rilevata continuazione del comportamento difforme anche successivamente all'arco temporale - antecedente al 24 ottobre 2008 - oggetto della delibera n. 79/09/CONS.

CONSIDERATO che, ai sensi dell'articolo 98, comma 17-*bis*, del decreto legislativo n. 259/03, nel caso di specie non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge n. 689/81;

RITENUTO di dover determinare la sanzione pecuniaria per le violazioni contestate nella misura di € 360.000 da commisurarsi in relazione ai criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge n. 689/81:

- a. *con riferimento alla gravità della violazione*: il comportamento dell'operatore si sostanzia in una illecita condotta e nello specifico consistente nel costante ed improprio utilizzo dei dati commerciali relativi alla propria clientela, per fini diversi dalla prestazione della portabilità, pregiudicando, di fatto, l'obiettivo della delibera n. 19/01/CIR in tema di portabilità a presidio della reale competitività del mercato, con grave effetto distorsivo delle dinamiche di mercato. Tale comportamento ha generato un ulteriore pregiudizio verso gli operatori concorrenti in quanto gli effetti

anticompetitivi causati dallo stesso vanno ad aggiungersi e ad aggravare notevolmente quelli già rilevati nella delibera n. 79/09/CONS;

- b. *con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione*: si rileva l'assenza di ogni iniziativa della società Telecom finalizzata alla rimozione dell'illegittimo comportamento altresì riscontrando – viceversa - la costante e dichiarata convinzione della medesima di persistere nell'uso dei dati così come invece vincolati dalla delibera n. 19/01/CIR, articolo 4, comma 9;
- c. *con riferimento alla personalità dell'agente*: la società è dotata di un'organizzazione interna certamente idonea a garantire il rispetto di quanto stabilito dall'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR e, dunque ad evidenziare la consapevolezza di quanto contestatole, in uno con la natura dei fatti ascritti nel procedimento di che trattasi;
- d. *con riferimento alle condizioni economiche dell'agente*: le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria come sopra determinata;

VISTA la relazione sul procedimento istruttorio presentata dalla Direzione Reti e Servizi di comunicazione elettronica nella riunione del Consiglio del 23 settembre 2009;

SENTITA 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 di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria di Euro 360.000 (trecentosessantamila euro).per la violazione, nei termini descritti in motivazione, delle disposizioni di cui all'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR, sanzione comminata ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 e dei principi di cui alla legge n. 689/81;

#### **DIFFIDA**

la predetta società all'immediata cessazione di ogni attività e/o comportamenti in violazione dell'articolo 4, comma 9 della delibera n. 19/01/CIR

#### **INGIUNGE**

alla citata società di versare 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, la somma di € 360.000 (Euro trecentosessantamila euro) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato, avente sede a Roma, utilizzando il bollettino c/c n. n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione

amministrativa articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, irrogata dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n. 534/09/CONS” ovvero, in alternativa, indicando la medesima causale, utilizzando il codice IBAN: IT 42H01000 03245 348 0 10 2380 00 per l’imputazione della medesima somma al capitolo 2379, capo X, mediante conto corrente bancario dei servizi di Tesoreria provinciale dello Stato.

Entro il termine di giorni dieci dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest’Autorità quietanza dell’avvenuto versamento, indicando come riferimento “delibera n. 534/09/CONS”.

Ai sensi dell’articolo 9 del decreto legislativo n. 259/03, i ricorsi avverso i provvedimenti dell’Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo del Lazio.

Ai sensi degli articoli 21 e 23-*bis* della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive modificazioni ed integrazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell’Autorità ed è resa disponibile sul sito *web* dell’Autorità: [www.agcom.it](http://www.agcom.it).

Roma, 23 settembre 2009

IL PRESIDENTE  
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE  
Sebastiano Sortino

IL COMMISSARIO RELATORE  
Gianluigi Magri

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