

DELIBERA N.74/12/CIR

ADOZIONE DI MISURE CAUTELARI AI SENSI DELL'ARTICOLO 4 DEL REGOLAMENTO ADOTTATO CON DELIBERA N. 352/08/CONS NELLA CONTROVERSIA TRA FASTWEB S.P.A. E TELECOM ITALIA S.P.A. IN MATERIA DI MIGRAZIONI VERSO ACCESSI BITSTREAM

L'AUTORITA'

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 2 agosto 2012;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”, ed in particolare l’art. 2, comma 20, lettera d);

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”, in particolare l’art.1, comma 6, lettera a), n. 9;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche (di seguito “Codice”), ed in particolare gli articoli 23e 49 relativo agli “*Obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete*”;

VISTO il decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104 recante “*Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*”;

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 successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica, approvato con delibera n. 352/08/CONS del 25 giugno 2008 (di seguito “Regolamento”) ed, in particolare, l’articolo 4 che consente all’Autorità l’adozione di misure cautelari, idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale in materia di accesso o interconnessione, qualora la parte istante allegghi, anche nel corso di un procedimento, il sopravvenire di un pregiudizio di natura economica di eccezionale gravità;

VISTA la delibera dell’Autorità n. 274/07/CONS recante “*Modifiche ed integrazioni alla delibera n. 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso*” ed in particolare l’ articolo 17, comma 12, che stabilisce “*non sono ammesse causali generiche, che non individuino l’effettivo*

problema riscontrato. Le comunicazioni tra gli operatori identificano univocamente la causale specifica”;

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;

VISTO l’Accordo Quadro sottoscritto dagli operatori in data 14 giugno 2008 per il passaggio degli utenti finali, *OLO to OLO*, di attuazione della delibera n. 274/07/CONS, pubblicato sul sito dell’Autorità il 21 luglio 2008 che identifica, con elencazione esaustiva, le causali di rigetto che l’operatore notificato può opporre qualora la richiesta di fornitura di un servizio di accesso debba essere respinta nel corso della cd. “fase 3;

VISTA la delibera dell’Autorità n. 718/08/CONS recante “*approvazione della proposta di impegni presentata dalla Società Telecom Italia s.p.a. ai sensi della legge 248/06 di cui al procedimento avviato con delibera n. 351/08/CONS*”;

VISTA la delibera dell’Autorità n. 731/09/CONS recante “*Individuazione degli obblighi regolamentari cui sono soggette le imprese che detengono un significativo potere di mercato nei mercati dell’accesso alla rete fissa*” ed in particolare l’articolo 33, che stabilisce i criteri per la fornitura del servizio *bitstream* da parte di Telecom Italia;

VISTA l’istanza pervenuta alla Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica (di seguito “Direzione”) in data 20 giugno 2012, acquisita al protocollo n. 31168 del 20 giugno 2012, con la quale la società Fastweb S.p.A. (di seguito “Fastweb”), ha chiesto all’Autorità, ai sensi dell’art. 4 del Regolamento, l’emanazione in via d’urgenza di misure idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale avverso la società Telecom Italia (di seguito anche “Telecom”) in materia di forniture di servizi *bitstream* per il passaggio degli utenti di telefonia fissa da un operatore all’altro;

VISTA la nota prot. Agcom n. 36336 del 13 luglio c.a., con la quale la Direzione Reti ha deciso per una parziale ammissibilità della domanda di Fastweb e, contestualmente, ha chiesto a Telecom, ai sensi dell’art. 4, comma 3, del Regolamento, di inviare le proprie controdeduzioni sulla richiesta avversaria entro cinque giorni dalla notifica dell’avviso di apertura formale del procedimento, provvedendo a convocare le società Telecom Italia e Fastweb (di seguito “le Parti”) in udienza per il giorno 23 luglio 2012, al fine di acquisire elementi utili in ordine alla avanzata richiesta di Fastweb;

VISTA la nota del 19 luglio acquisita in pari data al protocollo n. 37783 con la quale Telecom ha depositato le proprie controdeduzioni sulla richiesta avversaria di misure cautelari;

VISTO il verbale di udienza del 23 luglio e la documentazione che in siffatto contesto la società Fastweb ha chiesto di acquisire agli atti;

VISTE le proposte conciliative avanzate da Telecom nei riguardi di Fastweb, inviata anche all'Autorità ed acquisite con i protocolli n. 40599 del 30 luglio 2012 e n. 41363 del 31 luglio 2012;

CONSIDERATO che Fastweb, con nota del 1° agosto acquisita al protocollo dell'Autorità n.41566, non ha accettato le succitate soluzioni bonarie e che per tale ragione non ricorre la sopravvenuta condizione di improcedibilità della domanda d'urgenza di cui agli articoli 8 e 9 della Delibera n. 352/08/CONS in combinata disposizione;

VISTI tutti gli atti del procedimento con particolare riferimento alla Relazione della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica - Ufficio Servizi all'ingrosso, Controversie e Sanzioni - del 30 luglio 2012;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Il fatto

1. Si premette che Telecom e Fastweb sono operatori di comunicazione elettronica attivi, tra l'altro, nell'offerta al pubblico di servizi di accesso alla rete telefonica fissa e connettività ad *Internet*. In particolare Telecom, in qualità di operatore notificato, fornisce accesso a Fastweb alla propria rete dati a banda larga tramite il servizio *bitstream*, ai sensi degli obblighi regolamentari di cui all'art.4 della delibera 731/09/CONS.

La stessa Telecom opera come "pivot" nella fase 3 delle procedure di migrazione, e cioè le procedure che consentono su rete fissa il passaggio dei clienti da un operatore all'altro (incluso Telecom) mediante il trasferimento, dall'operatore *donating* al *recipient*, della linea di accesso fornita da Telecom stessa, congiuntamente alla portabilità del numero, laddove richiesta dal cliente. Tali procedure si articolano in tre fasi temporalmente conseguenti: fase 1 (richiesta del cliente all'operatore *recipient* di migrare il proprio servizio presso quest'ultimo), fase 2 (invio della richiesta di migrazione dall'operatore *recipient* all'operatore *donating*), fase 3 (invio della richiesta di migrazione dall'operatore *recipient* a Telecom Italia). L'attivazione del servizio presso il nuovo operatore (*recipient*) avviene ad una data concordata (cosiddetta *Data di Attesa Consegna*).

2. Si richiama, altresì, che la richiesta di passaggio, inviata dal *recipient* a Telecom nel corso della fase 3, può essere rifiutata (KO) da quest'ultima facendo riferimento alle causali di rifiuto concordate tra le parti e recepite nella regolamentazione vigente (si fa in particolare riferimento alla Circolare dell'Autorità del 9 aprile 2008, all'Accordo Quadro tra operatori del 14 giugno 2008 ed alla delibera n. 274/07/CONS come successivamente integrata e modificata). Le causali di rigetto devono limitarsi a quelle contenute nell'elenco

esaustivo allegato all'Accordo Quadro succitato. Il medesimo articolo 17 della delibera n. 4/06/CONS come modificato dalla delibera succitata, al comma 12 stabilisce che “ *non sono ammesse causali generiche, che non individuino l'effettivo problema riscontrato. Le comunicazioni tra gli operatori identificano univocamente la causale specifica*”. In aggiunta a ciò, in casi giustificati ed “eccezionali”, Telecom può rimodulare la DAC.

3. Il caso sottoposto all'Autorità riguarda la fattispecie in cui Fastweb è operatore *recipient* ed il servizio intermedio di accesso su cui il cliente viene migrato è il *bitstream naked con portabilità del numero* (NP) sincronizzata al passaggio della linea di accesso.
4. Ciò premesso, Fastweb in qualità di operatore *recipient* lamenta di aver subito disservizi, con conseguenze gravi sui propri clienti, nel corso delle migrazioni al *bitstream naked* con NP sincronizzata, sin dall'adesione, avvenuta a fine dicembre 2011, al nuovo portale *wholesale* (CRM 2.0). Tali disservizi, concretizzatisi tra le altre cose in una ritardata o mancata attivazione del cliente, sarebbero conseguenti, in sintesi, a:
 - a) un incremento notevole del numero di rifiuti (cosiddetti KO) emessi da Telecom nel corso della fase 3 della procedura di migrazione. Fastweb ha quantificato tale incremento nella propria memoria;
 - b) uno sproporzionato utilizzo della rimodulazione della Data di Attesa Consegna (DAC) del servizio richiesto;
 - c) un elevato numero di ordini non rifiutati, ma con DAC scaduta ed in attesa di essere processati (cosiddetto *backlog*);
 - d) l'utilizzo di causali di scarto non previste dalla regolamentazione.

II. Le argomentazioni delle parti

La posizione di Fastweb

5. Per le ragioni riportate in premessa, in data 20 giugno 2012, Fastweb ha presentato all'Autorità, ai sensi della delibera n. 352/08/CONS, articolo 4, istanza per l'adozione di una misura d'urgenza finalizzata a porre rimedio ai disservizi causati dalla condotta di Telecom, la quale si porrebbe in palese violazione delle succitate procedure, concordate e regolamentate, per il passaggio degli utenti finali da un operatore di telefonia fissa all'altro, sia degli obblighi di fornitura dei servizi *bitstream*. In particolare Fastweb ha lamentato un grave ed irreparabile pregiudizio connesso: a) ai disservizi subiti dalla propria clientela, i quali sono stati attivati in forte ritardo, b) alla perdita di molti clienti finali, i quali hanno alla fine rinunciato al passaggio proprio a causa di tali ritardi, c) al danno alla propria reputazione.

Nella descrizione delle dedotte circostanze Fastweb ha altresì individuato, quale specifica causa dei gravi disservizi patiti, l'eccessiva rimodulazione delle DAC (ovvero Data di Attesa Consegna del cliente) da parte di Telecom, l'opposizione di anomali tassi di *KO* (fino al 60% degli ordini inviati), anche in corrispondenza di causali non previste o ingiustificate, la presenza di numerosi clienti, con ordini non scartati (*OK*) ma con DAC scaduta, posti in liste di attesa di attivazione (cosiddetto *backlog* di ordini scaduti)¹.

6. La società istante individua la causa di tali anomalie principalmente nell'introduzione da parte di Telecom, senza le dovute cautele e diligenza professionale, della nuova piattaforma CRM 2.0 (*Customer Relationship Management*) per la gestione degli ordinativi dei clienti in migrazione. Tale ultima circostanza comporterebbe, secondo Fastweb, anche una violazione degli impegni approvati con la delibera n.718/08/CONS e finalizzati, con specifico riferimento al punto 1.8 dell'allegato, contenente gli Impegni, a detta delibera, ad un miglioramento dei processi di attivazione dei servizi *bitstream* grazie proprio all'introduzione di un nuovo CRM.

In particolare Fastweb ha rappresentato che le suddette anomalie, intercorse nella cosiddetta "fase 3" dei processi di migrazione dei servizi *bitstream*², sono state riscontrate, ed a Telecom puntualmente segnalate, a partire dal mese di gennaio c.a.. Tali anomalie hanno dato luogo ad un parziale blocco del processo di attivazione, alla mancata o ritardata attivazione di clienti acquisiti da Fastweb, ed a disservizi per i clienti stessi.

Con riferimento ai disservizi suddetti Fastweb sottolinea che in un processo di attivazione soggetto a DAC (Data di Attesa Consegna) l'operatore *donating*, in prossimità di tale data, solitamente "deconfigura" dalla propria rete il cliente, certo dell'evasione del relativo ordine da parte di Telecom Italia con la conseguenza che, in caso di mancata attivazione a DAC, il cliente può venire a trovarsi disservito. Inoltre, nonostante Telecom Italia avesse assicurato Fastweb – sia il 31 gennaio che l'11 giugno c.a. – in ordine alla risoluzione dei problemi da questa segnalati, le anomalie hanno continuato a verificarsi³. A tal proposito Fastweb ha rilevato che, a

¹ Fastweb evidenzia come il mancato rispetto della DAC comporta il rischio di clienti disserviti sia dall'operatore *donating*, che in prossimità della DAC svolge le de-configurazioni del caso, che da Fastweb, privata a sua volta delle condizioni che le consentirebbero una corretta fornitura della prestazione.

² A titolo di esempio Fastweb cita, con riferimento a tale periodo temporale, **909** ordini in fase 3 ("*Tech Comm ok*") ma con DAC (data di attesa consegna del cliente) già scaduta e **1.052** ordini in "*formal ok*" sempre "con DAC scaduta", relativi ad ordini per servizi *bitstream*, anch'essi in fase 3. Il numero di ordini con DAC scaduta raggiungeva la quota di 2.000 ordini inevasi nel solo mese di gennaio 2012.

³ Fastweb cita:

- la persistenza comunque di **314** cd. *backlog* di ordini "con DAC scaduta". alla data dell'11 giugno 2012;
- un significativo ed ingiustificato aumento dei *KO* ricevuti sugli ordinativi inviati da Fastweb (ulteriori **547** rifiuti alla data dell'istanza), con un'incidenza pari al 60% delle richieste inviate da Fastweb;

seguito di numerose segnalazioni, alla progressiva riduzione degli ordini in *backlog* con DAC scaduta è corrisposto un aumento dei rifiuti (*alias KO*), arrivati fino al 60% degli ordini, cui corrispondevano anche causali di rifiuto non previste dalla regolamentazione o, comunque, a proprio parere ingiustificate. Fastweb richiama, a tale proposito, che tali circostanze erano state già oggetto di attività di vigilanza, avviata a febbraio 2012, da parte degli Uffici della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica dell’Autorità, a seguito della segnalazione di Fastweb stessa. In tale sede Fastweb aveva auspicato che quanto meno Telecom, nell’immediato, riportasse le percentuali di rimodulazione della DAC, dei *backlog* scaduti e dei livelli di KO *agli stessi livelli della vecchia piattaforma Pitagora*. Fastweb evidenzia altresì che Telecom aveva, in tale stessa data, preso impegni in tal senso.

La su richiamata posizione della società è stata altresì ribadita nell’audizione del 23 luglio u.s. in cui sono state confermate le ragioni di pregiudizio e danno, a dimostrazione del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, già riferite nell’istanza e discendenti dall’illegittimo comportamento di Telecom.

A supporto delle dedotte censure Fastweb ha depositato agli atti un prospetto sintetico relativo a 132 casi di rifiuti da parte di TI cui corrisponderebbero altrettanti *clienti persi*. L’elenco suddetto, seppur a detta di Fastweb non sia esaustivo e limitato a 2 sole causali di rifiuto non previste dalla normativa vigente⁴, sintetizzerebbe il danno subito, a ulteriore supporto della richiesta misura d’urgenza. Fastweb lamenta, altresì, come tali ritardi nell’attivare i propri clienti arrechino alla stessa un danno d’immagine. Per tutte le ragioni sopra esposte Fastweb ha chiesto che l’auspicata misura d’urgenza:

- I. accerti la violazione delle previsioni di cui al punto 1.8 “*Nuovi sistemi di gestione dei clienti Wholesale*” degli impegni allegati alla delibera n. 718/08/CONS;
- II. accerti e dichiari che le procedure messe in campo da Telecom integrano una violazione degli obblighi di fornitura dei servizi di accesso di cui all’art. 49 del CCE (Codice delle Comunicazioni Elettroniche”), e degli articoli 4 e 33 della delibera n. 731/09/CONS;
- III. accerti e dichiari che le procedure messe in campo da Telecom integrano una violazione dell’art. 17 comma 12, della delibera n. 274/07/CONS laddove prevede 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 identificativo univocamente la causale specifica*”;

• un totale di 2033 rifiuti ricevuti da inizio maggio ad giugno 2012 con motivazione “Ordine di migrazione con richiesta NP incongruente”.

⁴ Per “*NP incongruente*” e per “*servizio ADSL già attivo presso altro OLO*”.

- IV. adottati i provvedimenti di cui all'4, comma 1, della delibera n. 352/08/CONS e per l'effetto imponga a Telecom Italia S.p.A. di cessare le violazioni oggetto dell'istanza.

La posizione di Telecom

7. Nel rigettare integralmente le contestazioni mosse da Fastweb, con la memoria difensiva del 19 luglio c.a. Telecom ha svolto alcune considerazioni, ribadite nel corso dell'audizione del 23 luglio c.a., sulla ammissibilità della domanda cautelare. Telecom, infatti, ha rappresentato che l'Autorità, nel valutare l'istanza di Fastweb, ha dichiarato inammissibile "*l'istanza con particolare riferimento all'obbligo di implementazione del CRM ed alla sua efficacia avendo l'Autorità avviato, nel merito, due specifiche attività di vigilanza*" ed onde evitare "...una duplicazione dei procedimenti...". Alla luce delle considerazioni svolte dall'Autorità, pertanto, l'accertamento richiesto da Fastweb si dovrebbe limitare, secondo Telecom, esclusivamente alla presunta violazione dell'art.17, comma 12 della delibera n. 274/07/CONS. Tale accertamento è comunque, secondo Telecom, parte integrante degli accertamenti da svolgersi nell'ambito delle attività di vigilanza (sul CRM) sopra menzionate e, pertanto, parimenti da ritenere non ammissibile.
8. Subordinatamente a tali eccezioni preliminari Telecom, con riferimento alla presunta violazione dell'articolo 17, comma 12 della delibera n. 274/07/CONS, ritiene che Fastweb non abbia prodotto elementi o evidenze utili a provare la veridicità di quanto affermato. Ad esempio non avrebbe chiarito analiticamente per quale motivo le causali di scarto utilizzate da Telecom debbano essere considerate ingiustificate, impropriamente o addirittura strumentalmente utilizzate.
9. Telecom, sul merito della questione, ha poi rivendicato di aver, sin dalle prime segnalazioni di disservizi su linee *bitstream* (migrate verso Fastweb), messo in campo un processo *ad hoc*, anche *off-line*, finalizzato a risolvere le criticità evidenziate. In esito a tale attività il *backlog* ha, difatti, visto una graduale e costante riduzione fino a raggiungere, a giugno 2012, una DAC scaduta solo in 45 casi su 1222 ordini di lavorazione. Con riferimento alla lamentato blocco delle migrazioni verso Fastweb su linea *bitstream naked* ed ai picchi di tassi di KO del 60%, Telecom ha replicato evidenziando come, da gennaio a giugno 2012, il tasso di KO sia andato decrescendo con una percentuale di scarti media, nel periodo suddetto, del 33%.
- In conclusione Telecom rivendica gli sforzi compiuti al fine di risolvere i problemi segnalati da Fastweb rappresentando come il lamentato "*patologico e consistente blocco delle attivazioni dei clienti Fastweb su tecnologia bitstream*", altro non è che un transitorio rallentamento delle migrazioni verso *bitstream naked* con NP sincronizzata, fattispecie di servizio intermedio particolarmente complessa, dovuto

al cambio di una piattaforma tecnologica a cui si aggiunge un crescente numero di ordini⁵.

Telecom rappresenta altresì, in casi particolarmente complessi, di aver preferito rimodulare la DAC piuttosto che rischiare un probabile disservizio per il cliente.

Quanto, infine, al danno grave ed irreparabile, Telecom asserisce che non vi sarebbe evidenza né del grave pregiudizio in termini di perdita di clienti, né del paventato “*danno reputazionale*” patrimoniale.

Conseguentemente la domanda, oltre che per gli evidenziati motivi di inammissibilità, dovrebbe essere integralmente respinta per carenza di *fumus e periculum*.

III. Valutazioni dell’Autorità

a) Questioni preliminari sull’istanza cautelare

10. In via preliminare l’Autorità intende rigettare le sollevate eccezioni di rito di Fastweb in ordine alla tardività (1 giorno rispetto ai 5 giorni stabiliti dal Regolamento) e quindi irricevibilità della replica difensiva di Telecom.

Infatti il termine dei 5 giorni indicato nel Regolamento, di carattere ordinatorio, è concesso alle parti ai fini del diritto di difesa, garantendo contestualmente anche la completezza del contraddittorio. La stessa Fastweb ha beneficiato della possibilità di esercitare il diritto difensivo aldilà di ogni termine deducibile dal Regolamento stesso depositando, in sede di udienza, una documentazione aggiuntiva.

Vale la pena aggiungere che di prassi, o in applicazione tacita di regole di buona fede, i termini sono stati intesi al netto dei giorni festivi o non lavorativi.

Ne segue che, sulla base delle eccezioni sollevate, la richiesta di escludere l’esame delle posizioni controdedotte per esigenze difensive debba essere rigettata.

Superata tale prima eccezione l’Autorità ritiene che anche la invocata, da Telecom, totale inammissibilità della domanda cautelare sia priva di valore e perciò da rigettare *in toto*. A riguardo si richiama il contenuto della nota del 13 luglio, con la quale l’Autorità ha tra l’altro convocato le parti per il contraddittorio, e contenente i criteri secondo i quali si è inteso legittimamente procedere sulla base di una parziale ammissibilità della domanda. In tale nota, infatti, l’esame della questione è stato circoscritto per la necessità di consentire il completamento delle attività di monitoraggio sul nuovo CRM 2.0 di Telecom sistema che, proprio in ragione della sua complessità, abbraccia l’insieme dei processi che quest’ultima gestisce nel rapporto che ha con tutti gli operatori ed in relazione a tutti i servizi *wholesale*.

Rispetto a tale complesso insieme la vicenda in esame interessa solo uno degli operatori (Fastweb) e per di più soltanto uno dei servizi *wholesale*, il *bitstream*, che è soggetto alla disciplina regolamentare di cui alle delibere nn. 274/07/CONS e 731/09/CONS. La presunta violazione di tali norme è quindi circoscritta al rapporto tra Fastweb e Telecom ed al singolo servizio *bitstream naked* (nell’ambito

⁵ Per la sola Fastweb si è, infatti, avuto un incremento di richieste di migrazione per il *bitstream* nel primo semestre 2012 pari al 19% rispetto al secondo semestre 2011.

della migrazione OLO-Fastweb), senza intaccare valutazioni di carattere generale sull'efficacia ed efficienza del CRM.

Esaminato e vagliato quanto opposto in via preliminare, occorre affrontare nel merito la dedotta questione tenendo ben presente che il procedimento cautelare, per sua specifica natura, è caratterizzato da una sommaria cognizione del fatto e, conseguentemente, la valutazione allo stesso pertinente è circoscritta ai soli elementi del *fumus* e del *periculum* relativi all'invocata pretesa.

Conseguentemente, al fine di accertare la verosimile sussistenza del diritto azionato da Fastweb, è apparso necessario procedere in via preliminare secondo quanto segue:

b) L'analisi dei dati inerenti il *provisioning*, a Fastweb, del servizio *bitstream* nel periodo oggetto della controversia

11. Come premesso Fastweb ha riferito, nella propria istanza, in merito a modalità di *provisioning* del servizio *bitstream* su linea *naked* con NP sincronizzata non accettabili in termini di prestazioni oltre che in violazione della normativa vigente. Nello specifico Fastweb ha lamentato:
 - a) un notevole incremento, a seguito del passaggio al nuovo CRM, del numero di rifiuti (cosiddetti KO) emessi da Telecom nel corso della fase 3 della procedura di migrazione;
 - b) uno sproporzionato utilizzo della rimodulazione della Data di Attesa Consegna (DAC) del servizio richiesto;
 - c) un elevato numero di ordini con DAC scaduta, non rifiutati, ed in attesa di essere processati (cosiddetto *backlog*);
 - d) l'utilizzo di causali di scarto non previste dalla vigente regolamentazione.
12. Per la valutazione dell'istanza cautelare in oggetto l'Autorità ha svolto analisi in ordine a ciascuna delle questioni su elencate. Tale indagine è stata svolta ponendo a confronto i dati allegati dalle parti e verificando, laddove possibile, gli stessi sulla base dei dati in proprio possesso. A tale ultimo fine si richiama che Telecom, ai sensi della delibera n. 274/07/CONS, fornisce mensilmente all'Autorità i dati sugli scarti (KO) emessi nel corso della fase 3.
13. In *primis* si rammenta che Fastweb ha allegato una serie di dati inerenti le causali di scarto utilizzate da Telecom ed il numeri di scarti mensilmente emessi. La tabella seguente riporta tali dati:

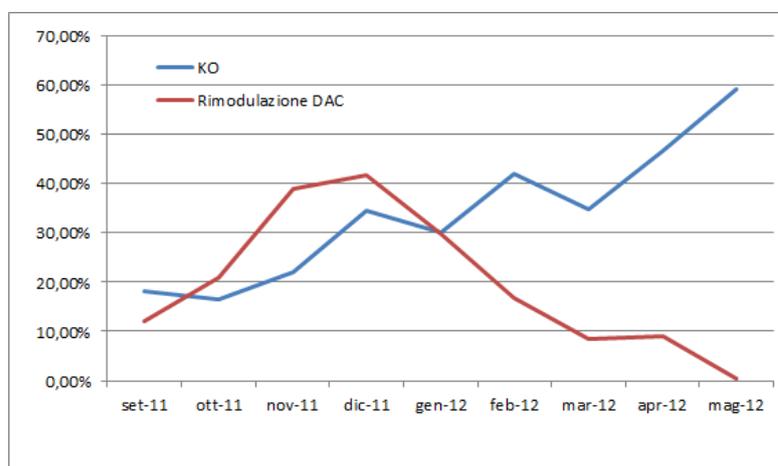
Tabella 1

Descrizione Rifiuto TI	a Settembre	b Ottobre	c Novembre	d Dicembre	e Gennaio	f Febbraio	g Marzo	h Aprile	i Maggio	Grand Total
Utenza non censita (numero della linea inesistente)	18	15	18	61	139	779	1218	172	14	2434
Campo Obbligatorio mancante	151	270	354	212	177	716	6	3	5	1894
Impossibile individuare l'impianto da migrare	48	50	105	70	89	162	345	454	103	1426
Ordine di migrazione con richiesta di NP incongruente			1	7	13	35	68	454	708	1286
Numero pilota errato	76	106	167	140	108	108	122	42		869
Impedimenti tecnici ad effettuare la migrazione	40	51	165	356	67	9	10	10	5	713
zzCodice sessione scaduto			20	441	135	10	25	1	1	633
Servizio ADSL già attivo con altro OLO			1	43	52	131	168	85	14	494
L'impianto indicato non risulta attivo	25	36	30	79	122	92	39	17		440
zzCodice sessione inesistente				10	5	112	164	108	1	400
Campo DAC Errato	1			237	2	115		1		356
NON PRESENTE			2	48	66	21	151	43	6	337
Attivazione su impianto con servizi incompatibili di altro gestore	2	4	57	20	24	33	138	45	2	325
Area non coperta dal servizio	13	17	22	20	25	45	45	36	13	236
Autenticazione PIN non superata	15	13	72	29	8	4	2	5	1	149
Sovrascrittura non avvenuta - Espletamento KO				7	20	37	23	36	11	134
difformità tra dati donating sulla richiesta e dati in consistenza				17	15	24	34	26	16	132
Grand Total	451	620	1113	1906	1193	2521	2737	1629	1022	13192

14. I dati su allegati mostrano un aumento repentino, seguito da un'altrettanto repentina discesa, di alcune causali di rifiuto nei mesi da febbraio a maggio 2012. Si osserva, altresì, che alcune tra le causali di scarto riportate in colonna 1 non risultano incluse nell'elenco delle causali allegato alla circolare dell'Autorità del 9 aprile 2008, con particolare riferimento alle seguenti tipologie:

- a) Ordine di migrazione con richiesta di NP incongruente
- b) Numero pilota errato
- c) Non presente
- d) Area non coperta dal servizio
- e) Sovrascrittura non avvenuta – espletamento KO
- f) Difformità tra dati *donating* sulla richiesta e dati in consistenza.

15. Fastweb ha altresì allegato un grafico (di seguito riportato) che pone a confronto l'andamento del tasso di KO "lordi" (con ordini ripetuti per lo stesso cliente) e del tasso di rimodulazione della DAC.



16. Telecom, con riferimento ai rifiuti “netti”, ha allegato i dati riportati nella seguente tabella:

Tabella 2

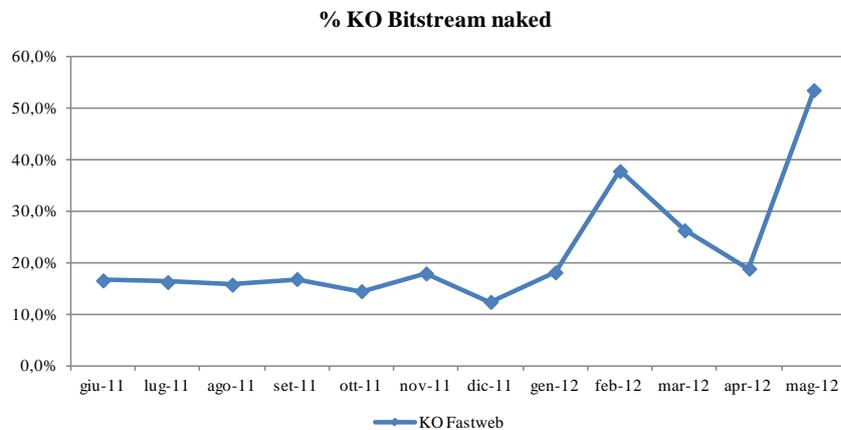
	PERVENUTI	ESPLETATI OK	ESPLETATI KO Netti	% KO Netti
Gen-12	3.899	2.327	1.139	29%
feb-12	5.110	3.207	1.912	37%
mar-12	6.733	5.922	2.493	37%
apr-12	3.310	2.949	912	28%
mag-12	5.048	1.900	1.972	39%
giu-12	5.406	3.365	1.270	23%
TOT	29.506	19.670	9.698	33%

Ai fini di un più agevole confronto rileva che i tassi di KO riportati da Telecom sono al netto degli ordini ripetuti, quindi inferiori o coincidenti con quelli allegati da Fastweb. Di seguito si riporta anche l’andamento, allegato da Telecom, del *backlog* per lo stesso periodo:

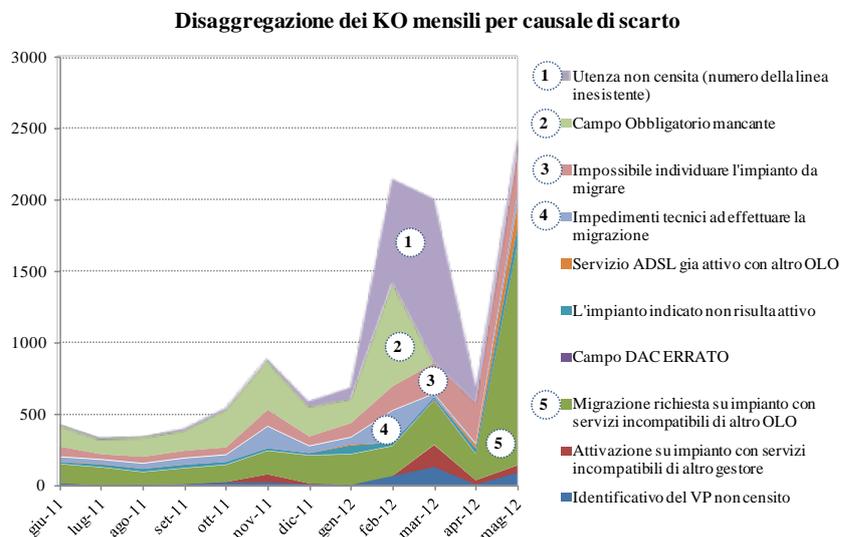
Tabella 3

Data rilevazione	Ordini in lavorazione	...di cui con DAC scaduta
31-gen	3826	1126
28-feb	2951	503
31-mar	1560	208
30-apr	1194	268
31-mag	1380	188
30-giu	1222	45

17. Ciò premesso, nella figura seguente si riporta l’andamento, ottenuto dai dati in possesso dell’Autorità, dei rifiuti (inclusivi anche degli ordini ripetuti) emessi da Telecom nei confronti di Fastweb per il servizio *bitstream*. Al fine di una visione complessiva del fenomeno il grafico fa riferimento ad un periodo temporale che va dal giugno 2011 al giugno 2012.



18. L’Autorità ha altresì analizzato, sempre sulla base dei dati in proprio possesso, la composizione dei KO inviati mensilmente in fase 3 da Telecom Italia Wholesale a Fastweb per il servizio *bitstream*, suddividendoli per causale di scarto. Tale andamento è riportato nella figura seguente, in cui nella legenda sono numerate solo alcune tra le più significative causali di scarto (per facilità di lettura non vengono riportate le causali che dai dati di Telecom Italia presentano volumi trascurabili).



19. L’analisi appare confermare come tra febbraio e maggio 2012 alcune causali di scarto subiscano un aumento anomalo, in modo alternato, comunque tale da produrre una somma degli scarti che si attesta su valori elevati rispetto al numero di ordini.

Conclusioni sui dati su riportati.

20. Quanto su riportato consente di concludere quanto segue:

- a) **KO**: l'andamento del tasso di KO, avutosi a partire da gennaio 2012, appare essere effettivamente peggiorativo (media del 33%) rispetto alle prestazioni che erano state garantite nel corso del 2011 laddove si aveva un tasso medio inferiore, seppur di poco, al 20%; le attività poste in essere da Telecom Italia parrebbero indicare una riduzione del tasso a giugno 2012 al 23%, sebbene non sia possibile, allo stato, confermare tale valore nelle more della comunicazione dei relativi dati all'Autorità;
- b) **rimodulazione della DAC**: il tasso di rimodulazione della DAC ha registrato, sin da inizio 2012, valori anomali, ben al di fuori della *eccezionalità* che la vigente normativa (cfr. art. 17, comma 12, della delibera n.4/06/CONS come modificato dalla delibera n. 274/07/CONS e "considerato" n. 56 e 57 della stessa delibera n.274/07/CONS) richiede, sebbene lo stesso si sia nei mesi successivi gradualmente ridotto portandosi a valori contenuti rispetto al volume di ordini mensili;
- c) **backlog**: anche il numero di ordini, con DAC scaduta, in attesa di espletamento è risultato fortemente anomalo sin da inizio 2012 sebbene sia gradualmente decresciuto nei mesi successivi portandosi a valori anche questi contenuti rispetto al volume di ordini mensili;
- d) **elenco delle casuali di rifiuto**: Telecom appare aver utilizzato *casuali di scarto* effettivamente non previste dagli accordi tra le parti;
- e) **Utilizzo delle causali**: l'alternanza anomala dei picchi di percentuale di utilizzo delle causali riscontrata nel corso del 2012 appare sintomatica più di problemi di implementazione del nuovo portale che connessa a giustificate motivazioni di rifiuto, anche alla luce del *trend* di dette causali registratosi nel periodo precedente il gennaio 2012.

c) **Sul fumus**

- 21. Tutto quanto in precedenza evidenziato conforta la richiamata istanza di misure cautelari di cui all'art.4 del Regolamento, che può essere invocata – ai sensi dell'articolo 3 dello stesso – "nei casi di richieste di accesso o di interconnessione non soddisfatte" chiedendo, in via d'urgenza, l'adozione "di misure provvisorie idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale allegando un pregiudizio di natura economica di eccezionale gravità".
- 22. Relativamente al *fumus*, posto che esso sostanzia la verosimiglianza del diritto invocato, allo stato degli atti esaminati e nei limiti cognitivi propri della fase cautelare emerge la verosimile fondatezza della richiesta di Fastweb, seppure limitata solo ad alcune delle posizioni in ordine alle quali essa ha azionato la

pretesa. Ciò in considerazione della parziale ammissibilità della domanda così come da riferita nota dell'Autorità di convocazione delle parti (del 13 luglio 2012).

23. Infatti, dalla documentazione prodotta da entrambe le società contrapposte oltre che dall'analisi sui dati in possesso dell'Autorità, appare verosimile la violazione dell'articolo 17, comma 12, della delibera n.4/06/CONS come modificato dalla delibera n. 274/07/CONS. Infatti Telecom Italia ha utilizzato causali di scarto non previste dagli accordi e, verosimilmente, generato le stesse non conformemente alla ragione per cui sono state introdotte.
24. Appare altresì evidente un utilizzo anomalo, seppur limitato temporalmente, della rimodulazione della DAC la quale, ai sensi della stessa delibera n. 274/07/CONS, ha di norma carattere di "eccezionalità". A tale circostanza appare legato il fenomeno, parimenti anomalo, dell'incremento del *backlog*. E' di logica evidenza che l'eccezionalità di circostanze (o cause) stride di per sé con un tasso di ricorrenze, delle stesse, dell'ordine del 50% rispetto al numero di ordini inviati. Su tale questione, tuttavia, l'Autorità ritiene apprezzabile lo sforzo posto in essere da Telecom al fine di ridurre drasticamente il fenomeno.
25. Con particolare riferimento ai tassi di rifiuto (KO) i valori riscontrati (con percentuali anche superiori al 30%) evidenziano, invero, un peggioramento delle prestazioni rispetto a quelle garantite nel periodo antecedente la controversia (tasso inferiore al 20%) oltre che un utilizzo eccessivo e poco verosimile delle stesse. La stessa Telecom aveva, nel corso delle già citate attività di vigilanza, preso l'impegno (considerato accettabile, almeno nel breve, da Fastweb) di riportare le prestazioni a valori antecedenti l'introduzione del nuovo CRM. Tale impegno appare allo stato disatteso come pure si ritiene che la condotta tenuta, in relazione a tale fattispecie, non rispecchi la dovuta diligenza professionale nella fornitura del servizio in questione.
26. Rileva che la stessa Telecom ha riconosciuto, finanche nelle interlocuzioni con controparte oltre che nelle proprie argomentazioni a difesa, che si sono verificate difficoltà, in corso di soluzione, connesse all'implementazione del nuovo sistema. Ma è pur vero che oggettivamente tali protratte difficoltà, che peraltro Telecom si era impegnata a risolvere portandosi alle percentuali del "vecchio sistema" (20%) già ad inizio del corrente anno, non solo infrangono tali propositi ma recano un disservizio a Fastweb ed ai propri clienti, acquisiti da altro operatore. Posto infine che Fastweb lamenta un notevole aumento dei rifiuti, con causali erronee⁶ o ingiustificate, accompagnato da una sospetta contemporanea diminuzione delle rimodulazioni DAC, non è rinvenibile, dai dati esibiti da Telecom in propria difesa, una contraria dimostrazione dell'assenza o della trascurabilità del fenomeno.

⁶ Ad esempio Fastweb cita l'utilizzo, per 708 volte, di una causale (*NP incongruente*) in una fase di lavorazione (cd. fase 3) in cui questa non è compatibile.

27. Quanto sopra descritto lascia quindi protendere per l'esistenza del dedotto *fumus boni iuris*, avendo Telecom posto in essere condotte non consentite dalla normativa vigente nei rapporti di accesso e interconnessione con Fastweb, sussistendo in effetti la pregiudiziale *di richieste di accesso o di interconnessione non soddisfatte* (requisito previsto dall'art. 4 del predetto Regolamento).

d) Sul *periculum*

28. Quanto, infine, all'accertamento relativo all'esistenza del *periculum* di danno grave ed irreparabile, preteso dalla società istante, si osserva quanto di seguito. Anche la verifica di siffatto elemento sopporta i limiti cognitivi propri della delibazione sommaria, tipica del procedimento cautelare. Ne segue che sia la gravità che l'irreparabilità del danno debbono essere valutate con verosimile approssimazione, non essendo questa la sede per quantificare nel dettaglio ciò che si pretende leso dai comportamenti avversari.

29. E dunque, se è riscontrato che la documentazione ad oggi acquisita agli atti del procedimento non consente al momento di circoscrivere l'attuale entità del pregiudizio di natura economica subito da Fastweb, è altrettanto verificabile che, *ictu oculi*, essa fornisce l'evidenza di un utilizzo non conforme alla normativa vigente delle causali di scarto da parte di Telecom, con altrettanta evidente conseguenza: cioè non soddisfare le richieste di accesso/interconnessione. A ciò accompagna l'apprezzabile rischio di definitiva perdita di congruo numero di clienti che la società di norma acquisisce attraverso il regolare andamento del processo di migrazione *OLO to OLO*.

30. Tale considerazione in sé già rende apprezzabile il dedotto pregiudizio, nell'ambito della sommaria valutazione che il procedimento in oggetto consente, posto che la valutazione di gravità è legata all'evidenza del danno che l'istante riceve, rapportata alla verosimile immediatezza del fatto lesivo. La più che fondata probabilità della definitiva perdita di clienti da parte di Fastweb consegue all'accertata instabilità con cui sono gestiti gli ordini nella cosiddetta "fase 3" della procedura, non venendo nei fatti garantito, in rilevante quota percentuale, il passaggio del cliente nei termini previsti.

31. A riguardo Fastweb ha allegato, nel corso dell'udienza del 23 luglio, un estratto con cui attesta la perdita di 132 clienti collegata a due sole causali ingiustificate di Telecom. In ordine a queste Telecom ha fornito argomentazioni, comunque non dirimenti, limitatamente a 31 casi. Ciò che resta è dunque l'evidenza del concreto pericolo del danno documentato da Fastweb.

IV. Conclusioni dell'Autorità

32. Per tutto quanto in precedenza esposto l'Autorità ritiene opportuno adottare una misura cautelare, ai sensi del regolamento di cui alla delibera n. 352/08/CONS, articolo 4. L'adozione di tale misura consente di conseguire i seguenti obiettivi:

- a) *assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale* che potrà essere assunta a conclusione della eventuale e successiva fase di merito dell'istruttoria (come previsto dall'art. 4, comma 1 del Regolamento);
- b) ristabilire tra gli operatori in controversia (Fastweb e Telecom) una corretta dinamica concorrenziale prevenendo, al contempo, un utilizzo non conforme delle causali di scarto;
- c) tutelare, nell'immediato, l'esecuzione della volontà dei clienti che scelgono un operatore alternativo.

UDITA la relazione del Commissario Maurizio Décina, relatore ai sensi dell'art. 31 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

Articolo 1

(Misure cautelari adottate nei confronti di Telecom)

1. E' fatto divieto, a Telecom Italia, di utilizzare causali di scarto non previste dalla vigente normativa;
2. Telecom Italia assicura che le causali di rifiuto siano coerenti, come da disposizioni regolamentari recettive degli accordi tra le parti, con la causa che le ha generate;
3. entro 10 giorni dalla notifica del presente provvedimento Telecom Italia predispone ogni adeguamento tecnico tale da riportare, entro i successivi 30 giorni, per lo stesso servizio ed a parità di condizioni inerenti la correttezza formale delle richieste di Fastweb, i tassi di KO a valori in linea con quelli garantiti nel corso del 2011 e comunque inferiori ad un tasso del 20% medio su base mensile;
4. entro 10 giorni dalla notifica del presente provvedimento Telecom Italia predispone uno "SLA", da comunicare a Fastweb, su modalità, punti di contatto e tempi di risposta alle richieste di chiarimento, da quest'ultima inviate a Telecom, sulle causali di scarto;

5. fatto salvo quanto nel merito già previsto dalla vigente normativa, per almeno 6 mesi dalla notifica del presente provvedimento Telecom Italia fornisce, su un campione dei KO opposti dalla medesima Fastweb, scelto da Fastweb stessa ma comunque non superiore al 5% delle proprie richieste, adeguati chiarimenti sulle motivazioni che hanno generato il KO, nei termini e modalità di cui al comma precedente.

Articolo 2 (Disposizioni finali)

1. La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel sito *web* dell'Autorità.
2. Ai sensi dell'art. 11, comma 9, del Regolamento adottato con delibera n. 352/08/CONS le prescrizioni di cui all'art. 1 del presente provvedimento, costituiscono un ordine ai sensi dell'articolo 98, comma 11 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.
3. Ai sensi dell'art. 9, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.
4. Ai sensi dell'articolo 119 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104, che ha abrogato gli 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.

Roma, 2 agosto 2012

Il Commissario relatore
Maurizio Décina

Il Presidente
Angelo Marcello Cardani

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
Il Segretario Generale
Roberto Viola