

## **DELIBERA N. 79/09/CONS**

### **ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' TELECOM ITALIA S.P.A. PER IL MANCATO RISPETTO DELLA DISPOSIZIONE DI CUI ALL'ARTICOLO 4, COMMA 9, DELLA DELIBERA N. 19/01/CIR**

#### **L'AUTORITÀ**

NELLA riunione del Consiglio del 19 febbraio 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*”;

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 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 24 novembre 1981, n. 689, recante “*Modifiche al sistema penale*”;

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 dell’Autorità 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*”;

VISTA la delibera dell’Autorità 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, approvato con delibera n. 316/02/CONS, 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, 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 la nota del 1 settembre 2008 della Direzione Tutela dei Consumatori dell'Autorità (prot. n. 452/DIR/08 del 1 settembre 2008 a mezzo della quale sono state trasmesse le note del Servizio Ispettivo e Registro dell'Autorità (prot. ISP/0411/08 del 24 giugno 2008 e prot. ISP/0454/08 del 10 luglio 2008), recanti gli esiti delle attività ispettive svolte presso le sedi di Calenzano (Firenze) e di Palermo della società Telecom Italia S.p.A.;

VISTO il verbale di accertamento n. 9/08/DIR del Direttore della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica dell'Autorità del 23 ottobre 2008, con il quale è stato accertato che Telecom Italia ha violato il comma 9 dell'articolo 4, della delibera n. 19/01/CIR, in quanto con riferimento alle procedure adottate dalla società a seguito della ricezione di una richiesta di portabilità di un proprio cliente inoltrata tramite un operatore *recipient*, ha utilizzato a fini commerciali e promozionali i dati relativi ai clienti medesimi;

VISTO l'atto di contestazione della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica n. 9/08/DIR del 24 ottobre 2008, notificato contestualmente al verbale di accertamento n. 9/08/DIR in data 29 ottobre 2008, con il quale è stata contestata alla società Telecom Italia, la violazione accertata con il verbale citato;

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la società interessata in data 1 dicembre 2008;

VISTA la memoria difensiva pervenuta in data 2 dicembre 2008 (prot. AGCOM n. 76761 del 5 dicembre 2008);

CONSIDERATO quanto segue:

#### **I. Deduzioni della società interessata**

1. Con riferimento alla gestione degli ordinativi dei clienti richiedenti la prestazione di portabilità, Telecom Italia ha affermato la piena liceità, nell'ambito della procedura di MNP in cui riveste la qualifica di operatore *donating*, della procedura volta a far confluire i dati relativi ai clienti suddetti, ricevuti dall'operatore *recipient*, in modo automatico all'interno di un elenco di posizioni sui sistemi CRM ai quali hanno accesso gli addetti di *call center*. La disponibilità di tali dati da parte degli operatori di *call center*, infatti, costituisce la premessa necessaria a garantire che il *donating* possa fornire la prestazione di MNP adempiendo ai relativi obblighi contrattuali-regolamentari nei tempi e a valle delle verifiche previste.

2. La norma contenuta nel comma 9, dell'articolo 4 è rivolta all'efficace esecuzione della volontà del cliente di portare a compimento la procedura di portabilità, secondo le modalità tecniche ed operative stabilite in delibera e nelle norme contrattuali. In particolare, la società ritiene che l'ordinativo debba essere

espletato rispettando in qualsiasi fase la volontà del cliente, il quale può esercitare il diritto al ripensamento sia di propria iniziativa sia a fronte di una controproposta avanzata dall'operatore *donating*. La società ritiene che la norma citata non può che essere letta nel senso di impedire al *donating* di costruire una banca dati che possa essere utilizzata, in assenza di un consenso preventivo del cliente, a meri scopi commerciali successivamente alla sua migrazione. Pertanto, la realizzazione di una proposta commerciale da parte del *donating* potrebbe essere sempre effettuata prima dell'esecuzione di tale ordinativo di migrazione.

3. Con riferimento alle pratiche di *retention*, Telecom Italia dichiara di formulare proposte di *caring* ai propri clienti, che abbiano espresso l'idoneo consenso, in qualsiasi momento nel corso della durata del rapporto contrattuale (coerentemente con le proprie politiche commerciali), ivi compreso anche il momento del recesso (come normale prassi commerciale di un mercato concorrenziale). Conseguentemente, nessuna rilevanza viene assegnata alla prestazione di MNP; ciò che rileva, invece, è l'intenzione del cliente di interrompere il rapporto contrattuale. L'interpretazione che l'Autorità offre del combinato disposto dell'articolo 4, comma 9, e dell'articolo 9, comma 4, della delibera n. 9/03/CIR comporterebbe, secondo Telecom Italia, che in caso di procedura di MNP, sarebbe vietata agli operatori *donating* qualsiasi attività di *caring* sui clienti che recedono. Con ciò determinando un'ingiustificata discriminazione tra i clienti che recedono al di fuori della procedura di MNP e i clienti che richiedono il recesso nel corso della procedura stessa. Infatti, ove si accedesse all'interpretazione dell'Autorità circa il disposto delle norme citate, questi ultimi non potrebbero beneficiare di contro offerte migliorative.

4. Telecom Italia ritiene che vietare agli operatori *donating* qualsiasi attività di *caring* sui clienti che recedono dalla richiesta di portabilità effettuata verso il *recipient* comporterebbe l'introduzione di una misura asimmetrica di regolamentazione del mercato in quanto vi sarebbe un impatto diretto sulle quote di mercato.

*In primis*, si dubita che una delibera della Commissione Infrastrutture e Reti dell'Autorità possa introdurre una siffatta disposizione. Ed anche se così fosse, risulterebbe abrogata dalla successiva entrata in vigore del decreto legislativo n. 259/03 che prevede, all'articolo 19, il mantenimento degli obblighi preesistenti su un mercato a seguito dell'espletamento di un'analisi del mercato rilevante. Il mercato mobile *retail* (mercato n. 15), è risultato un mercato competitivo e pertanto privo di misure regolamentari.

Ciò viene confermato sia dalla delibera n. 168/08/CONS che dalla procedura di consultazione pubblica avviata con la delibera n. 60/08/CIR, laddove nella prima delibera non vi è alcun cenno all'introduzione di misure asimmetriche, mentre nella seconda si ripropone la medesima norma senza procedere ad analisi di mercato.

Inoltre, anche l'articolo 80 del decreto legislativo n. 259/03 attribuisce all'Autorità il compito di garantire al cliente la possibilità di esercitare il diritto di chiedere la prestazione ma non incardina in capo all'Autorità medesima alcun ruolo di regolamentazione.

Il divieto di svolgere qualsiasi tipo di *caring* commerciale costituisce dunque una misura asimmetrica di regolamentazione del mercato 15 che non è stata mai preceduta da analisi di mercato e, pertanto, non può ritenersi vigente nemmeno alla luce del Codice delle comunicazioni elettroniche.

## II. Valutazioni dell' Autorità

In relazione a quanto sostenuto dalla società Telecom Italia nella suddetta memoria difensiva, nonché nel corso dell'audizione del 1 dicembre 2008, si ritiene di dover disattendere le giustificazioni addotte dalla società per i motivi che seguono.

1. Secondo quanto previsto dall'articolo 4, della delibera n. 19/01/CIR, recante "*Obblighi a carico dell'operatore Donating*", l'operatore *donating* procede all'espletamento di tutte le attività interne per la fornitura della *Mobile Number Portability* (MNP). Tra le attività imposte all'operatore *donating* dalla citata disposizione figura, al comma 9, quella di trattare i dati relativi ai clienti (comunicati dall'operatore *recipient* all'operatore *donating*) con la massima riservatezza e di utilizzare i dati stessi esclusivamente ai fini dell'attivazione della prestazione. In altri termini, la norma si pone l'obiettivo di assicurare l'effettivo compimento della procedura di MNP, prescrivendo, al riguardo, al *donating*, determinati obblighi di fare, e segnatamente quello di utilizzare i dati riguardanti i clienti richiedenti la prestazione di MNP solo ed esclusivamente ai fini della suddetta evasione della procedura di portabilità. Seguendo tale impostazione, l'utilizzazione a fini commerciali da parte di Telecom Italia, in qualità di *donating*, dei dati relativi ai suddetti clienti nel corso del completamento della procedura di MNP, è idonea a pregiudicare il buon fine della procedura medesima. Telecom Italia, infatti, non si limita - come asserisce la società - a far confluire in modo automatico i dati dei clienti richiedenti la portabilità all'interno di un sistema CRM al quale hanno accesso gli addetti di *call center*, ma altresì utilizza, per mezzo degli stessi *call center*, le informazioni relative ai suddetti clienti per proporre loro offerte commerciali e promozionali. In altre parole, Telecom Italia non utilizza tale flusso di informazioni riguardante i clienti richiedenti la portabilità solo per adempiere alle prescrizioni che la procedura di MNP prevede, ma si serve di tali informazioni per contattare successivamente gli stessi clienti e proporre loro controfferte commerciali.

A questo riguardo va rilevato, invece, che se resta impregiudicata la possibilità per Telecom Italia di formulare nuove offerte commerciali anche nel corso della

procedura di MNP, allorquando sia il cliente a richiederle, sicuramente non è consentito invece che, come è stato accertato dall'Autorità, sia il personale *customer* di Telecom Italia a proporle. Diversamente interpretando, infatti, la norma posta dall'articolo 4, comma 9, citato, sarebbe privata della sua effettività, dal momento che il consenso all'utilizzo per fini commerciali e promozionali da parte del *donating* dei dati relativi ai clienti suddetti nel corso della procedura di MNP, pregiudicherebbe, come spiegato, il completamento della suddetta procedura.

2 Il diritto di recesso dei clienti richiedenti la portabilità e l'eventuale "ripensamento" comunicato all'operatore *donating* durante il corso della procedura di MNP è, ad avviso dell'Autorità, pienamente esercitabile. L'Autorità non pone cioè in dubbio la titolarità del diritto soggettivo in capo al cliente di recedere e di revocare la precedente richiesta di portabilità effettuata presso l'operatore *recipient*, con la conseguente libertà di scelta dell'offerta più vantaggiosa. Ciò che, tuttavia, rileva ai fini della contestazione in argomento non è in sé l'esercizio del legittimo diritto di recesso e di ripensamento in capo al cliente, che, come detto, è sempre esercitabile, quanto la violazione di determinati obblighi di fare imposti dalla delibera citata in capo al *donating*, la cui inottemperanza (utilizzo dei dati provenienti dal *recipient* per fini di *retention*) può determinare il ripensamento della richiesta di portabilità pervenuta.

Si torna a ripetere che il comma 9 dell'articolo 4 consente una utilizzazione dei dati volta unicamente ad assicurare l'utilizzazione degli stessi ai fini dell'evasione della procedura medesima, e ne vieta l'utilizzazione di dati a scopo commerciale. Pertanto, non si comprende l'aderenza dell'interpretazione della norma a quanto sostenuto dalla società nell'argomentazione difensiva.

3. Il comportamento contestato a Telecom Italia consiste nell'aver violato una norma comportamentale che non si occupa di disciplinare l'attività di *caring* commerciale, bensì il compimento della procedura di portabilità richiesta dal cliente. La norma, in altri termini, non vieta a Telecom Italia, al pari di qualsiasi altro operatore, di esercitare generali attività di *caring*. Ciò che rileva, invece, è che l'attività di *caring* non venga svolta, intuito personale, proprio nel momento in cui l'operatore *donating* riceve i dati trasmessigli dal *recipient* per completare la procedura di MNP. Per il resto, la società rimane assolutamente libera di effettuare *caring* commerciale utilizzando le informazioni di cui già è in possesso in virtù del contratto con il cliente richiedente la portabilità, e per le quali il cliente stesso ha già concesso l'assenso al trattamento dei suoi dati a scopo commerciale.

Seguendo tale impostazione, l'Autorità ha rilevato un comportamento da parte di Telecom Italia, consistente nell'utilizzazione dei dati dei clienti richiedenti la MNP ai fini della prospettazione a loro di nuove offerte commerciali, ciò che

contravviene alla normativa di regolazione settoriale dettata dall'articolo 4, comma 9, della citata delibera n. 19/01/CIR.

Venendo a quanto sostenuto da Telecom Italia circa l'asserita discriminazione tra clienti dell'operatore *donating* che esercitano il recesso, erroneamente la società ritiene sussistente una discriminazione il cui impatto negativo si rifletterebbe proprio sul cliente che recede con procedura di MNP, in quanto verrebbe limitata la possibilità di ricevere controfferte migliorative.

La suddetta affermazione non è condivisibile per i motivi di seguito indicati.

Per "discriminazione" deve intendersi una disparità di trattamento ingiustificata, che si verifica allorquando situazioni analoghe vengono dagli operatori "trattate" in modo difforme.

Nel caso di specie, però, non appare evidenziarsi alcuna discriminazione nel senso testè individuato, in quanto è la *ratio* stessa delle norme (combinato disposto degli articoli 4, comma 9, e 9, comma 4, citati) che milita a favore di una differenziazione tra le differenti ipotesi del recesso *cd.* "semplice" e del recesso connesso ad una richiesta di portabilità.

Le norme, infatti, prescrivono l'obbligo di utilizzare i dati dei clienti esclusivamente per concludere il processo di portabilità, e tale obbligo riguarda solo l'ipotesi in cui al recesso segua, per l'appunto, una richiesta di MNP, e permane per tutto il periodo di svolgimento della procedura di portabilità e fino alla sua ultimazione.

D'altro canto, Telecom Italia non ha fornito alcuna dimostrazione del fatto che le controfferte indirizzate all'utenza oggetto del presente procedimento fossero stati rivolte a titolo di *caring* alla generalità degli utenti: ed è questa, semmai, la discriminazione che la cogente vicenda fa emergere.

4. La disciplina sulla MNP contenuta nella delibera n. 19/01/CIR costituisce normativa di settore posta dall'Autorità, così come investita dei suoi poteri dalle leggi 31 luglio 1997, n. 249 e 14 novembre 1995, n. 481. E' dunque alla luce di tale legislazione, così come integrata successivamente dal Codice delle comunicazioni elettroniche, che l'Autorità ha provveduto ad introdurre misure atte a garantire condizioni di effettiva concorrenza nel mercato delle comunicazioni mobili da parte di tutti gli operatori, tra cui quelle in materia di MNP.

La *Number Portability* si configura come principio generale del diritto delle comunicazioni elettroniche, la cui disciplina si pone, ai sensi dell'articolo 80 del decreto legislativo n. 259/03 a tutela dei diritti degli utenti finali dei mercati della telefonia fissa e mobile e trova applicazione, indipendentemente dalla situazione concorrenziale e dall'analisi del mercato di riferimento, nei confronti della generalità degli operatori licenziatari.

Tanto premesso, non trova fondamento la tesi di Telecom Italia volta a sostenere la necessità di una previa analisi del mercato della telefonia mobile (n. 15) ai fini dell'imposizione o mantenimento di regole asimmetriche nei confronti di determinati operatori. In altri termini, gli adempimenti procedurali richiesti dalla disciplina sulla MNP, ed, in particolare, il vincolo in capo al *donating* all'utilizzazione dei dati del cliente richiedente la portabilità a soli fini di evasione della procedura di MNP, sono indirizzati a qualsiasi operatore, a prescindere dalla sua posizione di forza o meno nel mercato di riferimento.

Quanto osservato ha peraltro trovato conferma nella successiva delibera n. 78/08/CIR, che ha ribadito la norma senza procedere all'effettuazione di alcuna analisi di mercato.

Non è accoglibile altresì la tesi sostenuta dalla società secondo cui l'interpretazione dell'Autorità circa il citato comma 9, dell'articolo 4 imporrebbe in ogni caso la conclusione della MNP a prescindere dalla volontà del cliente. Come chiarito in precedenza, il cliente rimane in ogni sede libero di recedere dalla proposta di MNP, così come risulta lecito per Telecom Italia proporre nuove offerte commerciali, anche nel corso della procedura di MNP, sempre che, però, sia il cliente a richiederle e non, come è stato accertato dall'Autorità, il personale *customer* di Telecom Italia a proporla e sollecitarla sulla base di informazioni ottenute in violazione dall'art. 4 comma 9 della delibera n. 19/01/CIR.

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;

RITENUTA la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259/03 da determinarsi tra un minimo di € 120.000,00 ed un massimo di € 2.500.000,00;

RITENUTO di dover determinare la sanzione pecuniaria per la violazione contestata nella misura del doppio del minimo edittale, pari a € 240.000,00 (duecentoquarantamila/00) in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge n. 689/81:

- a. *con riferimento alla gravità della violazione va rilevato che Telecom Italia ha violato la disposizione dell'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR, pregiudicando l'obiettivo insito nella norma, ossia assicurare l'effettivo compimento delle procedure di MNP;*
- b. *con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, va rilevato che Telecom Italia non ha intrapreso iniziative idonee in tal senso;*

- c. *con riferimento alla personalità dell'agente: la società Telecom Italia è dotata di un'organizzazione interna idonea a garantire il rispetto di quanto stabilito dall'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR;*
- d. *con riferimento alle condizioni economiche dell'agente: la situazione patrimoniale dell'esercente è tale da potere affrontare la sostenibilità della sanzione pecuniaria che si va ad irrogare per la violazione;*

VISTA la relazione del responsabile del procedimento e le risultanze istruttorie;

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 in Milano, Piazza Affari, 2 e sede secondaria in Roma al Corso d'Italia, 41, di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria di € 240.000,00 (Euro duecentoquarantamila) 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 dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

### **DIFFIDA**

la società Telecom Italia S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione dell'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR.

### **INGIUNGE**

alla citata società di versare la somma di € 240.000,00 (Euro duecentoquarantamila) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma, sul c/c n. n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni", 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.

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. 79/09/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 nel sito *web* dell'Autorità.

Napoli, 19 febbraio 2009

**IL PRESIDENTE**

Corrado Calabrò

**IL COMMISSARIO RELATORE**

Gianluigi Magri

**IL COMMISSARIO RELATORE**

Sebastiano Sortino

Per conformità a quanto deliberato

**IL SEGRETARIO GENERALE**

Roberto Viola