

DELIBERA N. 96/10/CIR

ADOZIONE DI MISURE CAUTELARI AI SENSI DELL'ARTICOLO 4 DEL REGOLAMENTO N. 352/08/CONS NELLA CONTROVERSIA TRA TELECOM ITALIA S.P.A. E FASTWEB S.P.A. IN MATERIA DI PROCEDURE PER IL TRASFERIMENTO DELLE UTENZE DI RETE FISSA

L'AUTORITA'

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 25 novembre 2010;

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 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 decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, in particolare l'art. 23 (di seguito “Codice”);

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;

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”*;

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, in attuazione della delibera n. 274/07/CONS, pubblicato sul sito dell'Autorità il 21 luglio 2008;

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

VISTA l'istanza pervenuta alla Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica (di seguito “Direzione”) in data 15 settembre 2010, acquisita al protocollo n. 56498 del 29 settembre 2010, con la quale la società Telecom Italia S.p.A. (di seguito “Telecom”), nell'investire l'Autorità della definizione di una controversia con la società Fastweb S.p.A. (di seguito “Fastweb”) in materia di procedure per il passaggio degli utenti finali da un operatore di telefonia fissa all'altro, ha chiesto altresì, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento, l'emanazione in via d'urgenza di misure provvisorie idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale;

VISTA la nota prot. Agcom n. 58444 del 8 ottobre 2010, con la quale la Direzione ha chiesto a Fastweb, ai sensi dell'art. 4, comma 3, del Regolamento, di inviare le proprie controdeduzioni sulla richiesta avversaria di misure cautelari 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 22 ottobre 2010, al fine di acquisire elementi utili in ordine alla richiesta di misure cautelari avanzata da Telecom;

VISTA la nota del 15 ottobre 2010 acquisita al protocollo n. 60199 del 18 ottobre 2010 con la quale Fastweb ha depositato le proprie controdeduzioni sulla richiesta avversaria di misure cautelari;

VISTO il verbale di udienza del 22 ottobre 2010;

VISTE le ulteriori memorie inviate da Telecom e Fastweb in data 29 ottobre 2010 e acquisite, rispettivamente, al protocollo Agcom n. 63322 e n. 63317 del 2 novembre 2010;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Le argomentazioni delle parti

1. Nella propria istanza Telecom lamenta come Fastweb, in contrasto con le pertinenti disposizioni regolamentari¹ e pattizie² in materia di procedure di migrazione, aveva iniziato, con riferimento al periodo luglio-agosto 2010, a interrompere “*numerosa procedure di migrazione facendo un illegittimo utilizzo*”

¹ Delibere Agcom nn. 4/06/CONS, 274/07/CONS, 1/09/CIR, 41/09/CIR e 52/09/CIR.

² “Accordo quadro per il passaggio degli utenti finali tra operatori in attuazione della delibera n. 274/07/CONS”, stipulato tra Telecom e alcuni OLO tra cui Fastweb in data 14 giugno 2008.

della causale di scarto “servizio mai richiesto” per trattenere indebitamente i clienti”. Alla luce della suddetta condotta ed al fine di tutelare i propri interessi Telecom dichiara di essersi vista costretta a raccogliere, in via preventiva, registrazioni vocali presso un campione di utenti che avevano espresso la propria volontà di rientro in Telecom. Tali registrazioni sono state raccolte dopo l’inizio della procedura di rientro e prima della chiusura della stessa. In tali registrazioni gli utenti confermavano di aver appena richiesto la migrazione verso Telecom. Quest’ultima dichiara che Fastweb ha, successivamente, scartato una parte rilevante dei passaggi in questione con la causale “servizio mai richiesto” dal cliente. Telecom allegava, a tal proposito, un campione di n. 7 dichiarazioni sottoscritte da alcuni utenti che avevano richiesto il rientro in Telecom e di altrettante registrazioni autorizzate (*Verbal Ordering*) dai medesimi utenti in cui gli stessi confermavano la suddetta richiesta di rientro in Telecom. Per tali utenti Telecom dichiara di aver ricevuto uno scarto per servizio mai richiesto.

Tali dichiarazioni e registrazioni provano, secondo Telecom, che 1) il cliente ha richiesto la procedura di migrazione sottoscrivendo la richiesta di rientro in Telecom; 2) successivamente, il cliente, contattato telefonicamente da un operatore del *call center* di Telecom, ha confermato la propria volontà di rientro con dichiarazione registrata. Pur tuttavia, sempre secondo l’istante, in tutti i 7 casi prodotti Fastweb ha interrotto illegittimamente la procedura di migrazione utilizzando la causale di scarto “servizio mai richiesto”. Tale causale sarebbe stata utilizzata da Fastweb per interrompere la procedura di migrazione dei suddetti clienti verso Telecom dopo aver indotto gli stessi al ripensamento rispetto alla precedente volontà di passaggio mediante la presentazione di una contro-offerta più vantaggiosa.

A corroborare detta affermazione Telecom riporta il caso di 2 dei 7 clienti citati i quali hanno attestato, espressamente, di aver ricevuto una contro-offerta da parte di Fastweb subito dopo l’avvio della procedura di migrazione. Gli stessi clienti hanno dichiarato di aver reperito il codice di migrazione dalla bolletta senza contattare in alcun modo Fastweb. Ciò testimonierebbe che Fastweb, che non poteva sapere dell’intenzione di detti clienti di migrare, ha utilizzato i dati ricevuti dalla richiesta di migrazione per fini commerciali.

Telecom contesta a Fastweb, con riferimento alla suddetta ultima constatazione, l’uso illecito di dati ottenuti nell’ambito delle procedure di migrazione (si tratta della richiesta di migrazione che avvia la cosiddetta fase 2) al fine di trattenere i propri clienti (cosiddetta *retention*) che, per il tramite di Telecom, avevano avviato la procedura di migrazione.

Per le ragioni illustrate Telecom dichiara che le condotte contestate le arrecano un pregiudizio economico diffuso, incontrollabile e di eccezionale gravità

riguardando dette condotte la prestazione di servizi di accesso e interconnessione. Più in generale si tratta di comportamenti idonei a degradare il rapporto tra gli operatori del settore. La continuazione di tali condotte da parte di Fastweb e il loro riscontrato intensificarsi rendono viepiù necessaria l'adozione di misure urgenti. Per tali ragioni Telecom chiede all'Autorità di voler ordinare a Fastweb di conformarsi alla normativa vigente e, per l'effetto, di 1) interrompere le condotte contestate ed in particolare: l'illecita attività di *retention* mediante l'utilizzo dei dati di migrazione e l'improprio utilizzo della causale di scarto "servizio mai richiesto"; 2) eseguire tutte le richieste di rientro indebitamente invase nei termini stabiliti dalla regolamentazione e dai contratti *inter partes*.

2. Fastweb, d'altro canto, sostiene, *in primis*, l'inammissibilità dell'istanza formulata da Telecom, in quanto quest'ultima avrebbe omissso di indicare, ai sensi del Regolamento, "il periodo al quale si riferiscono le richieste dell'istante". Venendo al merito della controversia, Fastweb rileva che il contenuto delle registrazioni sarebbe smentito dalle dichiarazioni (prodotte da Fastweb medesima negli allegati alle citate memorie difensive del 15 ottobre 2010) con cui gli stessi clienti hanno dichiarato per iscritto, a Fastweb, di "non aver richiesto a Telecom Italia l'attivazione di servizi di comunicazione" e hanno conferito alla stessa il mandato di "porre in essere tutte le attività conseguenti tale dichiarazione". Il tenore di tali dichiarazioni, ad avviso di Fastweb, non lascia spazio a dubbi interpretativi: sulla base di una chiara ed esplicita manifestazione di volontà dei propri clienti Fastweb ha, legittimamente, bocciato la richiesta di migrazione utilizzando la relativa causale di scarto. Non è vero dunque che Fastweb ha "interrotto la procedura di migrazione per trattenere i clienti contro la loro stessa volontà".

Secondo Fastweb, da un lato le dichiarazioni dei 7 clienti dalla stessa prodotte nel presente procedimento escludono *per tabulas* qualsiasi utilizzo illegittimo della causale "servizio mai richiesto", dall'altro, le registrazioni allegate da Telecom confermano che Fastweb non utilizza i dati provenienti dalle procedure di migrazione per svolgere attività di *retention* nei confronti dei clienti in migrazione³. Fastweb inoltre chiarisce che il proprio contatto con i clienti avviene ai fini della "chiusura amministrativa" del rapporto contrattuale e non con obiettivi di *retention*. In particolare, ai clienti vengono forniti chiarimenti sulle modalità di restituzione dell'HAG o router installato da Fastweb.

³ Fastweb ritiene che le registrazioni depositate da Telecom (con la quale i 7 clienti citati nell'istanza confermerebbero, dopo aver precedentemente richiesto la migrazione, la propria volontà di rientrare in Telecom), a differenza di quanto sostenuto da quest'ultima, non sono idonee a dimostrare l'illiceità del proprio comportamento in quanto da esse emerge quanto segue: 1) 5 clienti hanno dichiarato che "non sono stati contattati da Fastweb successivamente alla sottoscrizione del contratto con Telecom; 2) gli stessi clienti hanno comunicato di loro iniziativa a Fastweb la loro intenzione di non cambiare operatore, il che conferma che l'operatore non era a conoscenza dell'intenzione del cliente di migrare verso altro fornitore di servizi 3) 5 clienti hanno dichiarato che non hanno ricevuto una contro-offerta da Fastweb".

Infine, Fastweb evidenzia l'assoluto difetto del requisito del pericolo di un pregiudizio "di natura economica di eccezionale gravità" al quale l'art. 4 della delibera n. 352/08/CONS subordina l'adozione delle misure cautelari richieste dall'Istante. Telecom infatti afferma che le condotte contestate arrecano alla medesima società danni in quanto sottrarrebbero illegittimamente numerosi clienti. Tuttavia, al di là della mera affermazione teorica, Telecom non avrebbe prodotto alcun elemento che sia idoneo a provare quel pregiudizio di "eccezionale gravità" al quale la delibera n. 352/08/CONS condiziona la concessione di misure cautelari. Secondo Fastweb, due casi di asserita *retention* illecita a fronte di migliaia di ordini di migrazione inviati a Fastweb nello stesso mese non rappresentano un danno di eccezionale gravità tale da giustificare l'adozione delle richieste misure cautelari.

Inoltre, con riferimento a due (dei sette) clienti che a dire di Telecom hanno ricevuto un'offerta da Fastweb, quest'ultima rileva che nel mese di luglio la società ha effettuato oltre 50.000 chiamate di promozione commerciale dei propri servizi. Dalle liste di *marketing* fornite da Fastweb ai *call center* esterni risulta che detti 2 clienti sarebbero stati contattati comunque, indipendentemente dalla loro richiesta di migrare verso Telecom. Pertanto Fastweb chiede all'Autorità:

- i. in via preliminare di dichiarare inammissibile l'istanza perché priva del requisito previsto dall'art.3, lett. F) del Regolamento,
 - ii. in via cautelare di rigettare la richiesta di misure provvisorie perché infondata in diritto e priva del requisito di un pericolo di un danno di eccezionale gravità necessario per l'adozione delle stesse misure d'urgenza,
 - iii. nel merito di rigettare l'istanza de Telecom in quanto inammissibile e comunque infondata in fatto ed in diritto.
3. Telecom sostiene che le dichiarazioni dei 7 clienti, citati nella propria istanza, prodotte da Fastweb (che riportano la stessa firma apposta sul contratto di adesione all'offerta di Telecom) in allegato alla propria memoria difensiva, nelle quali il cliente dichiara che il servizio non sarebbe stato richiesto, anziché smentire le registrazioni prodotte da Telecom a supporto della propria istanza, provano che Fastweb ha utilizzato impropriamente le causali di scarto per "*servizio mai richiesto*". Al riguardo Telecom evidenzia che in tali dichiarazioni, tutte di uguale identico contenuto letterale, i clienti dichiarano "*che attualmente non è [loro] intenzione lasciare Fastweb e/o che non hanno richiesto all'operatore Telecom Italia l'attivazione dei servizi di comunicazione*". Quindi, mediante l'uso della congiunzione "o", nella dichiarazione il cliente afferma al tempo stesso che potrebbe aver (i) avuto un ripensamento oppure, in alternativa,

(ii) subito un'attivazione mai richiesta. Stando così le cose, dal punto di vista testuale le produzioni documentali di Fastweb non provano in alcun modo che il cliente abbia dichiarato di aver subito un'attivazione non richiesta. Anzi, poiché sui contratti di adesione all'offerta di Telecom è rinvenibile la stessa firma del cliente apposta sulla modulistica di Fastweb e poiché nelle registrazioni prodotte da Telecom tutti i clienti hanno confermato di aver richiesto i servizi di Telecom, le dichiarazioni riportate sulla modulistica di Fastweb dimostrano conclusivamente che i clienti hanno avuto un ripensamento. Quindi, Fastweb non doveva usare la causale di scarto per “*servizio mai richiesto*”.

Inoltre, in violazione alla normativa sulla gestione del ripensamento, Fastweb avrebbe acquisito dai suddetti clienti un mandato a comunicare essa stessa a Telecom l'interruzione della procedura. La norma viceversa prevede che in caso di ripensamento solo il cliente può contattare l'operatore *recipient* (Circolare dell'Autorità del 9 aprile 2008).

Telecom produceva poi un documento consegnato a Telecom medesima da un cliente che aveva rifiutato l'offerta di *retention* di Fastweb. Tale offerta veniva effettuata tramite una serie di moduli alcuni dei quali contenevano le condizioni del servizio offerto (proposta commerciale) e l'ultimo modulo la richiesta di sottoscrizione della dichiarazione “di servizio non richiesto e/o ripensamento” di cui sopra. Quanto allegato dimostrerebbe, secondo Telecom, inequivocabilmente il motivo del ripensamento dei clienti e cioè l'accettazione di un contro-offerta di Fastweb svolta nel corso di un contatto con il cliente avvenuto nel corso della procedura di migrazione. Ciò proverebbe come i 7 casi posti all'attenzione dell'Autorità siano solo esemplificativi di una generale strategia attuata da Fastweb. A conferma di ciò Telecom rileva che la maggior parte delle dichiarazioni depositate da Fastweb (in cui il cliente dichiara che il servizio non è richiesto e/o si tratta di ripensamento) recano la scritta “p.2” a conferma del fatto che sono state sottoscritte contestualmente ad altri moduli contenenti, probabilmente, la contro-offerta.

4. Alla luce della documentazione complessivamente prodotta, Telecom sostiene che: 1) i clienti hanno firmato il modulo di rientro in Telecom; (2) Telecom ha avviato la procedura di migrazione e subito dopo ha ottenuto dagli stessi clienti le registrazioni in cui il cliente, a conferma di quanto dichiarato al punto 1), ribadiva espressamente di voler rientrare in Telecom; (3) ricevuta la richiesta di migrazione, Fastweb ha usato illegittimamente i dati ivi contenuti per contattare (lo stesso giorno o poco dopo la data delle registrazioni, comunque nel corso della fase 2 della procedura) i suddetti clienti facendo agli stessi una contro-offerta condizionata, tra l'altro, alla firma delle dichiarazioni che il servizio non era stato richiesto e/o c'era stato un ripensamento; (4) i clienti hanno inviato a Fastweb le dichiarazioni e l'accettazione della contro-offerta; (5) sulla base del

ripensamento del cliente, in tutti e 7 i casi in esame, Fastweb ha impropriamente interrotto la procedura di migrazione con causale di scarto “*servizio mai richiesto*”, impropria sulla base dell’ambigua dichiarazione da essa stessa carpita mediante prospettazione di una contro-offerta più conveniente.

Dunque, secondo Telecom, il documento depositato nel corso della suddetta udienza, fornisce la prova inconfutabile che, nel corso dei contatti con i clienti finalizzati al recupero dell’HAG Fastweb propone, tramite un modulo *standard* dalla stessa predisposto, offerte commerciali per dissuaderli dal passaggio a TI, in attuazione della denunciata strategia abusiva di *retention*.

5. Tale strategia abusiva sarebbe suffragata, sempre secondo Telecom, dall’analisi delle percentuali di scarti per servizi non richiesti inviate da Fastweb. I dati prodotti, che mostrano un rilevante *trend* degli scarti con causale “servizio mai richiesto” opposti da Fastweb negli ultimi mesi, dimostrano che le evidenze su riportate e relative a pochi casi costituiscono solo una piccola parte di un uso massiccio dei suddetti moduli di controfferta.

Telecom afferma inoltre che, anche alla luce delle considerazioni che precedono, non sembra rispondere al vero quanto sostenuto dalla difesa di controparte secondo cui 1) Fastweb userebbe le informazioni contenute nella richiesta di migrazione per contattare i clienti al solo fine di ottenere la restituzione degli apparati forniti nel corso dell’abbonamento (c.d. “HAG”) e 2) nel corso di tale contatto sarebbero i clienti stessi a lamentarsi per le attivazioni non richieste da parte di Telecom.

Alla luce di quanto illustrato Telecom fa presente l’eccezionale gravità della situazione, che giustifica il richiesto intervento urgente dell’Autorità. Al riguardo, la strategia abusiva di Fastweb non genera soltanto danni economici da sviamento di clientela potenzialmente irreparabili e difficilmente quantificabili, ma rischia di pregiudicare le relazioni tra Telecom e i propri clienti, nonché di danneggiare seriamente l’immagine della società, la certezza dei rapporti giuridici e l’efficacia percepita degli interventi operati dall’Autorità al fine di ridurre drasticamente il numero di attivazioni non richieste nel mercato italiano. Infatti, dopo aver indotto il ripensamento degli utenti con modalità illecite, Fastweb maschera le proprie condotte mediante l’uso improprio delle causali “*servizio non richiesto*” e, in tal modo, fa lievitare in maniera abnorme le attivazioni non richieste tecnicamente imputabili a Telecom. In tal modo quest’ultima potrebbe essere ingiustamente chiamata a rispondere nei confronti dell’Autorità e del mercato di condotte illegittime tenute dalla sola Fastweb e proprio a danno della stessa Telecom.

6. Si richiama, infine, che Fastweb ha successivamente inviato le proprie osservazioni ai documenti prodotti da Telecom nel corso dell'udienza del 22 ottobre. In sintesi Fastweb ha stigmatizzato il fatto che un solo documento come quello prodotto da Telecom, possa dimostrare l'esistenza di una strategia di *retention*.

Con riferimento ai dati sulle percentuali di scarti per servizio non richiesto prodotti da Telecom, Fastweb rappresenta che l'incremento delle stesse avutosi dal mese di maggio 2010 è correlabile alla revisione, avvenuta a partire da tale periodo, delle procedure di "chiusura amministrativa". Tale revisione è stata posta in essere a seguito dei procedimenti avviati a suo carico dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tale revisione è consistita in una intensificazione delle attività di contatto del cliente in cessazione o migrazione al fine di fornire agli stessi una completa informativa sulle modalità di chiusura del contratto.

Fastweb ritiene altresì che una percentuale media di scarto per servizio non richiesto del 2.7% non costituisca una prova di una strategia di *retention*. Tale percentuale è, viceversa, compatibile con l'inevitabile esistenza di clienti che non hanno richiesto consapevolmente il servizio a Telecom o di casi in cui il servizio è stato richiesto da un altro componente del nucleo familiare. Ciò sarebbe, inoltre, conseguenza della aggressiva campagna di *win-back* posta in essere da Telecom (Fastweb dichiara che in oltre il 60% dei casi di rientro il cliente ha ricevuto un'offerta da Telecom).

II. Valutazioni dell'Autorità

7. Riguardo alla sussistenza dei presupposti per l'adozione di una decisione vincolante, occorre notare come Fastweb, in via preliminare, ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza formulata da Telecom in quanto quest'ultima avrebbe omissso di indicare, ai sensi del Regolamento, "*il periodo al quale si riferiscono le richieste dell'istante*". In particolare, secondo Fastweb, l'istanza citata non conterrebbe "*alcun riferimento idoneo a circoscrivere nel tempo le condotte asseritamente illegittime*" imputabili a Fastweb medesima. A tal riguardo, l'Autorità ritiene che il periodo di riferimento della controversia, previsto dal citato art. 3 del Regolamento quale elemento essenziale per l'introduzione della controversia dinanzi l'Autorità, sia desumibile dagli allegati alla medesima istanza di Telecom (periodo luglio-agosto 2010), i quali costituiscono parte integrante di quest'ultima e consentono pertanto l'individuazione temporale dei fatti oggetto di controversia. Alla luce di quanto esposto, si affrontano, pertanto, i contenuti di merito.

8. L'Autorità ha analizzato il contenuto delle registrazioni prodotte da Telecom. Come premesso tali registrazioni sono state ottenute, da Telecom, a seguito dell'avvio della procedura di migrazione. Tali registrazioni dimostrano la volontà di 7 clienti di rientrare in Telecom sebbene, per gli stessi clienti, Telecom abbia ricevuto uno scarto per *servizio mai richiesto*.

Il confronto delle date di sottoscrizione del contratto per il rientro in Telecom e della registrazione telefonica con conferma della volontà di rientro in Telecom indica che le registrazioni sono state acquisite a seguito della sottoscrizione del modulo di adesione al contratto con Telecom. La data delle registrazioni consente, altresì, di fissare temporalmente l'avvio della procedura di migrazione, avendo Telecom dichiarato che la registrazione è stata acquisita subito dopo l'avvio della fase 2 del processo di migrazione.

Tale ultimo aspetto assume particolare rilevanza in quanto la “fase 2” della migrazione prevede l'invio da parte del *Recipient* (in questo caso Telecom) al *Donating* (in questo caso FW) della richiesta di passaggio. Con l'avvio della “fase 2”, quindi, il *Donating* è informato della intenzione del cliente di cambiare operatore. Durante la fase 2 il *Donating* svolge le proprie attività di verifica e può opporsi al passaggio solo per giustificate e specifiche motivazioni inviando una notifica di scarto al *Recipient*. L'elenco delle possibili motivazioni di scarto è stato concordato tra gli operatori ed è allegato all'Accordo quadro sulle migrazioni del 14 giugno 2008. Tra gli scarti ammessi vi è quello per “servizio mai richiesto”. In base alla delibera n. 274/07/CONS e successive modificazioni, nonché al citato accordo quadro, il *Donating* può quindi inviare uno scarto al *Recipient* unicamente entro il termine della fase 2, ovvero entro 5 giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta di migrazione.

9. Fastweb ha depositato, con riferimento ai sette clienti oggetto dell'istanza di Telecom, le dichiarazioni in cui gli stessi attestavano che il servizio non era stato richiesto e/o che ci avevano ripensato. L'Autorità ha successivamente analizzato le date di sottoscrizione dei moduli suddetti ponendole a confronto con la data delle registrazioni acquisite da Telecom.

L'analisi indica che la data di sottoscrizione del modulo di servizio non richiesto e/o ripensamento cade sempre all'interno della *fase 2* del processo di migrazione (il numero di giorni lavorativi trascorsi tra la registrazione telefonica e la trasmissione del modulo è pari a 1 in 5 casi, 3 in un caso, stesso giorno in un caso). Ciò dimostra che il contatto di Fastweb con i suddetti clienti è avvenuto immediatamente (mediamente 1 giorno) dopo la ricezione dell'ordine di migrazione da parte di Telecom.

Telecom, come premesso, ha depositato agli atti un modulo che contiene una offerta commerciale proposta da Fastweb ad un ulteriore cliente che, al contrario degli altri 7 clienti, non ha accettato quanto offerto da Fastweb.

Si è accertato che tale modulo si compone di due parti:

- a) la prima parte contiene un'offerta commerciale,
- b) la seconda parte contiene la dichiarazione che il cliente non aveva richiesto il rientro in Telecom (servizio non richiesto) e/o aveva effettuato un ripensamento. Tale parte coincide, pertanto, con quanto allegato da Fastweb in replica all'istanza di Telecom.

Rileva quindi che la seconda parte del modulo suddetto risulta essere identica alle 7 dichiarazioni allegate da Fastweb nel corso del presente procedimento e con le quale la stessa ha inteso dimostrare che i clienti o non avevano richiesto il servizio di Telecom o che ci aveva ripensato.

Ciò premesso, dall'analisi dei fatti emerge quanto segue:

- a) la dichiarazione del cliente presenta elevati margini di ambiguità non essendo chiaro se si tratta di un ripensamento o, effettivamente, di un servizio non richiesto. La dichiarazione sottoscritta non consente quindi di discernere puntualmente in quale delle due circostanze ci si trovi (si parla di attivazione non richiesta e/o ripensamento);
- b) è presumibile che in tutti i 7 casi Fastweb abbia presentato al cliente, oltre al modulo di dichiarazione che il servizio era non richiesto e/o di ripensamento, anche l'offerta commerciale;
- c) la dichiarazione di cui al punto a) (il cui modulo di sottoscrizione appare essere sempre, presumibilmente, preceduto da una controfferta commerciale) è stata acquisita immediatamente dopo la ricezione dell'ordine di migrazione;
- d) dei 7 clienti intervistati da Telecom, 2 clienti dichiarano di essere stati contattati da Fastweb successivamente alla sottoscrizione del contratto con Telecom e di aver ricevuto una contro-offerta per non rientrare in Telecom.

Il fatto, quindi, che l'offerta commerciale ed il modulo di attestazione di servizio non richiesto e/o ripensamento siano mostrati nel corso della fase 2 della procedura di migrazione costituisce un forte elemento sintomatico che la controfferta viene effettuata, da Fastweb, a seguito della richiesta di migrazione

da parte di Telecom Italia (i casi mostrati indicano che la controfferta è stata presentata subito dopo l'avvio della fase 2 e la sottoscrizione doveva essere effettuata dal cliente, per quanto indicato nel modulo, entro il giorno seguente, quindi sicuramente all'interno di detta fase 2)⁴.

Rileva, inoltre, che Fastweb, una volta acquisito il modulo controfirmato dal cliente, interrompeva la procedura di migrazione inviando a Telecom la causale di scarto "servizio mai richiesto" prima del termine della fase 2.

III. Richiami regolamentari

10. L'Autorità ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni in relazione ai profili regolamentari riguardanti la presente controversia.

III.1 La causale per "servizio mai richiesto"

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

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

⁴ Si noti che in 6 casi su 7, il modulo di ripensamento è stato trasmesso dal cliente a Fastweb entro 1 giorno lavorativo dalla registrazione della conferma della volontà del cliente di rientrare in Telecom. Nel restante 1 caso, il modulo è stato trasmesso dopo 3 giorni lavorativi dalla registrazione.

codice segreto, dovrebbe costituire una eccezione limitata a poche circostanze nell'ambito della attuali procedure.

III.2 La gestione del ripensamento del cliente

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

III.3 La *retention*

La delibera n. 274/07/CONS non pone un esplicito divieto di *retention* in capo all'OLO *donating*. Tuttavia, occorre notare come le premesse a tale delibera sembrerebbero, invece, fare implicito riferimento alla sussistenza di tale divieto nei confronti della generalità degli operatori *donating*, a prescindere dalla loro qualifica di operatore notificato o OLO. Ciò ai fini di assicurare il corretto svolgimento delle procedure di migrazione degli utenti di telefonia fissa da un operatore all'altro.

In particolare, al punto 24 della citata delibera, "*l'Autorità evidenzia che la comunicazione tra recipient e donating della volontà del cliente di recedere dal contratto in essere è unicamente finalizzata a garantire al donating la possibilità di effettuare le necessarie operazioni amministrativo-contabili conseguenti alla cessazione dei servizi migrati (interruzione della fatturazione, verifica delle condizioni contrattuali di cessazione, ecc.)*". Il punto 29 della citata delibera n. 274/07/CONS riporta che anche per gli OLO "*la comunicazione della cessazione⁵ al donating non può essere utilizzata che per le attività amministrative correlate alla cessazione della fatturazione all'utente finale e per le attività tecniche conseguenti*". Ne consegue che l'OLO (ed, in generale, tutti gli operatori in qualità di *donating*) non può utilizzare i dati acquisiti nel corso delle procedure per effettuare controproposte al cliente che sta migrando ad altro Operatore. Si rileva che, viceversa, una esplicita prescrizione sul divieto di *retention* è prevista dalla delibera n. 78/08/CIR sulla portabilità del numero mobile. Ai sensi dell'art. 10, comma 6, della suddetta delibera, infatti, i dati relativi ai clienti che richiedono l'attivazione della prestazione di *Mobile*

⁵ Da intendersi come notifica tramite la quale il *donating* viene informato dal *recipient* della volontà del cliente di interrompere il rapporto contrattuale in essere con il *donating* medesimo.

Number Portability (“MNP”) sono trattati dall’operatore *donating* con la massima riservatezza ed utilizzati esclusivamente ai fini dell’attivazione della prestazione⁶.

IV. Conclusioni

11. L’analisi dei fatti emersi nel corso del procedimento mostra quanto segue:

- a) Fastweb poteva legittimamente contattare i propri clienti per verificare se il servizio fosse stato effettivamente richiesto. Tuttavia si osserva che dal modulo prodotto da Fastweb non risulta chiaro se il cliente dichiara che il servizio non è stato richiesto o se si tratti di ripensamento (il modulo presenta la seguente dicitura: il cliente dichiara “*che attualmente non è [sua] intenzione lasciare Fastweb e/o che non ha richiesto all’operatore Telecom Italia l’attivazione dei servizi di comunicazione*”). Appare opportuno, pertanto, che tale modulo predisposto da Fastweb non presenti tali margini di ambiguità.
- b) Il modulo suddetto è allegato (almeno in uno dei casi mostrati) ad una controfferta commerciale effettuata nel corso della procedura di migrazione (specificatamente prima del termine della fase 2). L’ambiguità del modulo, l’esistenza di una controproposta commerciale effettuata nel corso della fase 2, la presenza di una registrazione, presa pochi giorni prima, in cui il cliente conferma la volontà di rientrare in Telecom costituiscono un forte elemento sintomatico che l’attività svolta dal *donating* Fastweb sia volta alla *retention* del cliente. Tale attività è, inoltre, svolta subito dopo l’avvio della procedura di migrazione in modo da poter attivare la causale di scarto per servizio mai richiesto.
- c) Laddove, comunque, il cliente avesse effettivamente espresso un ripensamento (cosa che non si evince chiaramente dal modulo sottoscritto da quest’ultimo ma estremamente plausibile visto che il cliente aveva, mediamente 1 giorno prima, confermato a Telecom la propria volontà di migrare), Fastweb non poteva utilizzare la causale per servizio mai richiesto, secondo quelle che sono le previsioni normative vigenti (Accordo

⁶ Inoltre nell’allegato 1 alla delibera n. 78/08/CIR, paragrafo 5b, l’Autorità non ha ritenuto di poter accogliere la richiesta di introdurre, tra le causali di rifiuto, le due specifiche causali per “servizio mai richiesto” e per “ripensamento da parte del cliente”, in quanto queste presuppongono in capo al *donating* verifiche da effettuarsi presso il cliente. Poiché è il *recipient* che riceve la richiesta inequivoca del cliente di voler effettuare la portabilità del numero e si assume le relative responsabilità, non rientra nei compiti del *donating* di verificare se il cliente abbia effettivamente presentato al *recipient* tale richiesta, né quello di acquisire eventuali ripensamenti.

quadro del 14 giugno 2001, Circolare dell'8 aprile 2008, delibere nn. 41/09/CIR e 52/09/CIR).

Ciò premesso si richiama, con riferimento alle richieste misure cautelari di cui all'art.4 del Regolamento, che con la domanda di cui all'art. 3 dello stesso, ovvero nel corso del procedimento, la parte, *allegando un pregiudizio di natura economica di eccezionale gravità e nei casi di richieste di accesso o di interconnessione non soddisfatte*, può chiedere l'emanazione, in via d'urgenza, di misure provvisorie idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale.

L'Autorità ritiene che la documentazione ad oggi acquisita agli atti del procedimento se, da una parte, non consente di valutare l'entità del pregiudizio di natura economica subito da Telecom (quest'ultima appare, comunque, subire un danno di immagine sia nei confronti dei clienti che nei confronti dell'Autorità, nei riguardi della quale viene ad essere indicata come presuntivamente fautrice di una strategia di attivazioni non richieste, comportamento quest'ultimo vietato dalla normativa vigente), dall'altra, fornisce l'evidenza di un utilizzo non conforme alla normativa vigente della causale di scarto per *servizio non richiesto* da parte di Fastweb (con conseguente "non soddisfazione di richieste di accesso/interconnessione", essendo le procedure di migrazione relative al passaggio della linea di accesso e ai rapporti di interconnessione). Infatti, Fastweb utilizzerebbe tale causale anche in caso di ripensamento nonostante che, ai sensi della normativa vigente, l'OLO *donating* non possa bloccare, in tal caso, la procedura di migrazione.

Gli atti acquisiti, tra l'altro, forniscono un forte elemento sintomatico (confermato da 3 casi) che dietro l'utilizzo di detta causale di scarto si celi un'attività di *retention* svolta da Fastweb. Sebbene la normativa relativa ai trasferimenti di utenza di rete fissa non indichi, come detto, un esplicito divieto di suddetta pratica, le premesse alla delibera n. 274/07/CONS succitate, nonché l'esplicito divieto presente nelle procedure di portabilità del numero mobile, consentono di ritenere, tuttavia, la sussistenza di tale divieto anche nel caso di specie. Si rileva, sul punto, che una differente interpretazione sarebbe idonea a pregiudicare il corretto svolgimento delle procedure di migrazione degli utenti da un operatore di telefonia fissa ad un altro. Rileva poi come la stessa Fastweb si sia, autonomamente, impegnata a non svolgere nel seguito tale pratica di *retention* nel corso delle procedure di migrazione⁷.

⁷ FW si è impegnata a:

- procedere alla modifica della modulistica utilizzata per acquisire la conferma scritta da parte del cliente di non aver mai richiesto l'attivazione dei servizi di comunicazione prestati da Telecom e per l'effetto di non voler migrare verso la Telecom stessa;

Quanto sopra descritto se da un lato non consente di verificare agevolmente se il pregiudizio di natura economica sia di “*eccezionale gravità*”, dall’altro indica chiaramente l’esistenza del *fumus*, a carico di Fastweb, di aver posto in essere condotte non consentite dalla normativa vigente nei rapporti di accesso e interconnessione con Telecom Italia, sussistendo la pregiudiziale “*di richieste di accesso o di interconnessione non soddisfatte*” (requisito previsto dall’art. 4 del predetto Regolamento).

Alla luce di quanto premesso, l’Autorità ritiene opportuno adottare la presente misura cautelare, ai sensi del regolamento di cui alla delibera n. 352/08/CONS, disponendo nei confronti di Fastweb il seguente ordine:

1. l’obbligo di riformulare il modulo che la stessa consegna ai propri clienti all’atto della chiusura del rapporto contrattuale con gli stessi. Tale modulo deve chiaramente e distintamente indicare se il cliente dichiara che si tratta di un ripensamento o di un servizio non richiesto (la stessa Fastweb, come riportato, ha preso un impegno in tal senso nel corso del procedimento);
2. il divieto, per Fastweb, di utilizzare la casuale di scarto per servizio non richiesto, o qualunque altra causale di scarto, al fine di gestire i casi di ripensamento del cliente⁸;
3. ai sensi di quanto esposto nei punti 24 e 29 della delibera n. 274/07/CONS, Fastweb dovrà inviare una comunicazione interna, alle proprie divisioni commerciali (quali, ad esempio, gli operatori di *call center*), contenente il divieto di svolgere attività di promozione commerciale con finalità di *retention* nel corso dei contatti con clienti, oggetto delle richieste di migrazione inoltrate da Telecom, finalizzati alla chiusura amministrativa del relativo rapporto contrattuale (anche tale previsione è stata, tra l’altro, oggetto di spontaneo impegno da parte di Fastweb nel corso del presente

- ribadire attraverso una nuova comunicazione interna il divieto agli operatori di *call center* di Fastweb di svolgere attività di promozione commerciale con finalità di *retention* nel corso dei contatti per chiusura amministrativa dei clienti oggetto delle richieste di migrazione inoltrate da Telecom.

⁸ Quanto proposto risulta in linea: 1) con le previsioni regolamentari della delibera n. 274/07/CONS, secondo cui, tra l’altro, “*Le causali di rigetto e di rimodulazione della data di consegna sono limitate a quelle contenute nell’elenco esaustivo concordato con gli altri operatori, allegato all’offerta di riferimento. Non sono ammesse causali generiche, che non individuino l’effettivo problema riscontrato. Le comunicazioni tra gli operatori identificano univocamente la causale specifica*” (art.17, comma 12); 2) con il contenuto dell’“*Accordo Quadro per il passaggio degli utenti finali tra operatori in attuazione della delibera n. 274/07/CONS*”, concluso tra Telecom e Fastweb in data 14 giugno 2008, secondo cui “*le Parti si impegnano (...) a espletare la fornitura dei propri servizi in conformità (...) alla normativa vigente*”.

procedimento, come richiamato). Tale divieto sarebbe pertanto valido a partire dalla ricezione dell'ordine di migrazione da parte del *recipient* fino al completamento della cosiddetta fase 3 della procedura di migrazione o, nel caso in cui non si giunga al completamento della fase 3 della procedura di migrazione, alla scadenza del codice sessione⁹. Si richiama che al termine della fase 3 il cliente è a tutti gli effetti migrato e il *donating* riceve una notifica di completamento del passaggio.

Tale misura cautelare consente di conseguire i seguenti obiettivi:

- a) *assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale* che l'Autorità potrà prendere al termine della fase di merito dell'istruttoria (come previsto dall'art.4, comma 1 del Regolamento),
- b) tutelare, nell'immediato, l'esecuzione della volontà dei clienti che intendono rientrare in Telecom (come previsto all'art.4, comma 4 del Regolamento),
- c) ristabilire tra gli operatori in controversia (Telecom e Fastweb) una corretta dinamica concorrenziale, oggi garantita dalle procedure di migrazione portate a regime dall'Autorità, evitando, al contempo, una degenerazione delle stesse causata dall'uso distorto e strumentale delle legittime causali di scarto.

Inoltre, alla luce del fatto che sulla stessa tematica (utilizzo non in linea con la normativa vigente sui trasferimenti di utenza delle causali di scarto e *retention*) l'Autorità ha avviato un ulteriore procedimento contenzioso e sta verificando altre segnalazioni degli operatori, si ritiene che l'adozione di detta misura cautelare possa assumere una valenza di portata generale. In altri termini, l'Autorità ritiene che attraverso la misura, adottata nell'ambito del presente procedimento contenzioso, si possa pervenire ad un ulteriore affinamento del quadro regolamentare nei trasferimenti delle utenze di rete fissa, secondo il ben noto paradigma della "*regulation by litigation*".

Tale misura cautelare può, pertanto, anticipare le corrette indicazioni regolamentari per tutti gli operatori nell'ambito delle procedure di trasferimento di utenza su rete fissa. Coerentemente con un *principio di equità*, potrà essere prevista l'estensione a tutto il mercato di riferimento di : 1) un obbligo di

⁹ Il codice sessione è un *ticket* che identifica univocamente la richiesta di migrazione del cliente ed è rilasciato dal *donating* al *recipient* all'inizio della fase 2. Il codice sessione ha una validità di 20 giorni lavorativi durante i quali il *donating* non può accettare ulteriori richieste di migrazione per lo stesso cliente provenienti da altri *recipient*. Il codice sessione consente al *recipient* di disporre di un margine temporale di tolleranza grazie al quale poter concludere correttamente la procedura di migrazione qualora abbia ricevuto un rifiuto per cause rimovibili (ad esempio nel caso di richiesta compilata in modo non formalmente corretto).

svolgere una vigilanza interna rispetto alle politiche commerciali non corrette delle proprie forze di vendita (tra cui la *retention*), 2) un richiamo a non utilizzare, per la gestione del ripensamento, la causale di scarto per *servizio non richiesto* o qualunque altra causale, non introdotta dalla vigente normativa a tale fine. Inoltre, con riferimento alla *retention*, la decisione cautelare potrà consentire di avviare un processo di allineamento della regolamentazione dei trasferimenti di utenza su rete fissa con quanto avviene nel settore mobile, dove vige un esplicito divieto di tale pratica.

UDITA la relazione del Commissario Stefano Mannoni, relatore ai sensi dell'art. 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

ARTICOLO 1

(Misure cautelari adottate nei confronti di Fastweb)

1. Fastweb riformula il modulo dalla stessa consegnato ai propri clienti all'atto della chiusura del rapporto contrattuale con gli stessi. Tale modulo indica in modo chiaro e distinto, nella sezione dedicata alle dichiarazioni del cliente, se il cliente stia esercitando il proprio diritto di ripensamento o se dichiarare di non aver richiesto il servizio sottoscritto con il *recipient*;
2. E' fatto divieto a Fastweb di utilizzare la casuale di scarto per servizio non richiesto o qualunque altra causale di scarto, prevista dall'Accordo Quadro sulle procedure di migrazione del 14 giugno 2008, al fine di bloccare la procedura di migrazione in caso di ripensamento del cliente;
3. Ai sensi di quanto riportato nei punti 24 e 29 della delibera n. 274/07/CONS, Fastweb invia una comunicazione interna alle proprie forze commerciali contenente il divieto, per queste ultime, di svolgere attività di promozione commerciale con finalità di *retention* nel corso dei contatti con clienti, oggetto delle richieste di migrazione inoltrate da Telecom, finalizzati alla chiusura amministrativa del relativo rapporto contrattuale. Tale divieto è valido a partire dalla ricezione dell'ordine di migrazione da parte del *recipient* (Telecom) fino al completamento della cosiddetta fase 3 della procedura di migrazione o fino alla scadenza del codice sessione;
4. Fastweb ottempera agli obblighi di cui ai commi precedenti entro 30 giorni dalla notifica del presente provvedimento.

ARTICOLO 2

(Disposizioni finali)

1. La presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale e 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'art. 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Napoli, 25 novembre 2010

Il Presidente
Corrado Calabrò

Il Commissario relatore
Stefano Mannoni

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