

Law and Media Working Paper Series

no. 10/2018

MARIA VALERIA PINO

Vent'anni di *Mobile Number Portability*: scenari prima e dopo l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 4602/2009

SOMMARIO: 1. Origini della *Mobile Number Portability*: dal Libro Verde della Commissione Europea ai primi sviluppi italiani. – 2. L'impegno di AGCom nella prima stagione di regolazione e il tentativo per un'autoregolamentazione degli operatori di telefonia. – 3. Il nuovo quadro regolatorio con la delibera 78/08/CIR. – 4. Il modus operandi degli operatori di settore e l'attività congiunta dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 5. L'attacco alla regolazione: il caso di Telecom Italia. – 6. "Impegni" per un nuovo inizio: la delibera 187/10/CONS. – 7. Lo scenario dopo l'Ordinanza del Consiglio di Stato n. 4602/2009. – 8. L'Accordo Quadro del 2013. – 9. Considerazioni conclusive.

Law and Media Working Paper Series

Codice ISSN: 2531-484X

EDITORE: Oreste Pollicino - COORDINATORE EDITORIALE: Marco Bassini

SEDE: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano e-mail: submissions@medialaws.eu

1. *Origini della Mobile Number Portability: dal Libro Verde della Commissione Europea ai primi sviluppi italiani*

Nel periodo attuale è ormai consuetudine essere incalzati nei modi più disparati da offerte che ci persuadono a cambiare operatore telefonico proponendo il più delle volte pacchetti *all inclusive* a prezzi vantaggiosi e competitivi.

Tale operazione è denominata *Mobile Number Portability* o più comunemente, per gli addetti ai lavori, MNP e, se oggi tutti noi riteniamo che sia una prassi normale ed usuale quella di poter migrare a nostro piacimento da una compagnia telefonica ad una qualsiasi altra, in realtà le origini di questo fenomeno sono tutt'altro che recenti e prive di complicazioni.

Il tema della portabilità di un numero telefonico venne affrontato nelle sedi Comunitarie già a partire dal 1996 con il Libro Verde della Commissione Europea *“su una politica della numerazione nel settore delle telecomunicazioni in Europa”*¹ con cui in particolar modo si auspicava al più presto, dopo l'avvenuta liberalizzazione del settore dai vecchi monopolisti statali, la possibilità per gli utenti sia di telefonia fissa che di telefonia mobile di scegliere un operatore diverso da quello in uso mantenendo al contempo il proprio numero.

Tale *input*, seppure inizialmente solo per la linea fissa, venne raccolto negli anni successivi dapprima con la Direttiva 97/33/CE² e in seguito con la Direttiva 98/61/CE³ (di precisazione alla precedente in alcuni punti), con cui il legislatore europeo riteneva la MNP, unitamente ad altre procedure, [...] *strumenti chiave per rendere più facile la scelta dei consumatori e più efficace la concorrenza nel contesto liberalizzato delle telecomunicazioni*⁴.

Dunque le motivazioni alla base della *Number Portability* si riassumevano in un duplice beneficio:

¹ COM(96)590 def. Del 20/11/1996

² Direttiva 97/33/CE sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzato a garantire il servizio universale e l'interoperatività attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP).

³ Direttiva 98/61/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 settembre 1998 che modifica la direttiva 97/33/CE per quanto concerne la portabilità del numero di operatore e la preselezione del vettore.

⁴ Considerando (2) Direttiva 98/61/CE.

- a favore del mercato, che poteva così arricchirsi di nuovi attori nel settore della telefonia consentendo una maggiore offerta di servizi e un conseguente abbassamento dei costi;
- a favore degli utenti, che potevano così esercitare la propria libera scelta orientata alla convenienza ed all'efficienza degli operatori disponibili sul mercato, senza restare vincolati al proprio gestore per non essere costretti a cambiare il numero detenuto in quel momento.

È opportuno notare come, ad eccezione del Libro Verde precedentemente citato, l'unica portabilità a cui si faceva riferimento era quella legata alle numerazioni fisse, geografiche e non geografiche⁵, mentre per quanto riguardava le comunicazioni di rete mobile non si rinvenivano a livello europeo delle normative a riguardo, ma solo degli accenni e dei moniti di adeguamento agli Stati Membri; una spiegazione in grado di giustificare tale questione poteva essere quella della ancora lievissima diffusione, tra la popolazione della seconda metà degli anni '90, dei telefoni cellulari, ritenuti ancora beni non indispensabili e di uso prevalentemente personale (e non professionale) a differenza dei telefoni fissi che al contrario erano largamente posseduti sia da aziende che da privati⁶.

L'Italia dal canto suo raccolse ben presto l'invito europeo a porre in essere una normativa che rendesse operativa la *Mobile Number Portability* e lo fece all'articolo 11 comma 2 del provvedimento del Comitato dei Ministri del 4 Aprile 1998⁷, con cui veniva disposto che «< entro il

⁵ La distinzione tra una numerazione geografica e una numerazione non geografica è la presenza o meno di un prefisso che permetta l'individuazione di una precisa zona a cui far risalire la chiamata.

⁶ In tale direzione muove il contributo di R. PEREZ in *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, Giuffrè Editore S.p.A., 2002, 235, in cui essa afferma che « [...] il numero della telefonia cellulare è un numero poco diffuso, ritenuto spesso strettamente personale ».

L'esponentiale espansione dei dispositivi cellulari negli ultimi anni ha reso tale affermazione oggetto di obiezioni a riguardo, come quelle di F. BRUNO e G. NAVA in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè Editore S.p.A., 2006, p. 591 in cui ci si riferisce a tale tesi come ad una « [...] posizione piuttosto isolata [...] ».

⁷ Provvedimento del Comitato dei Ministri recante « *Misure per garantire condizioni di effettiva concorrenza nel mercato delle comunicazioni mobili e personali* ».

1° luglio 1999 i gestori dei servizi radiomobili pubblici sono tenuti a consentire agli utenti dei servizi radiomobili la portabilità del numero >>.

Veniva così posto un termine massimo entro cui gli operatori del settore avrebbero dovuto adeguare le proprie procedure e le proprie politiche per far sì che i consumatori potessero effettivamente esercitare una scelta libera della compagnia telefonica; fino a quel momento infatti, sebbene l'Unione Europea avesse stabilito la liberalizzazione del settore della telefonia fissa a partire dal 1° gennaio 1998⁸, l'impossibilità di passare ad altra Compagnia senza perdere il proprio numero di telefono, rendeva di fatto il diritto sancito dall'Unione Europea parzialmente ineffettivo.

2. *L'impegno di AGCom nella prima stagione di regolazione e il tentativo per un'autoregolamentazione degli operatori di telefonia*

Con il provvedimento del Comitato dei Ministri sopra citato dunque, ebbe inizio la stagione della regolazione in materia di MNP; difatti l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, agli albori della sua attività, avviata nel 1997⁹, emanò la prima delibera su tale argomento circa un anno dopo, accrescendo la considerazione per il servizio di portabilità del numero che veniva reputato come << [...] rilevante e vantaggioso per i consumatori [...] >>¹⁰ nonché in grado di sviluppare ancor più il mercato delle comunicazioni mobili con l'ingresso di nuovi operatori

⁸ Direttiva 96/19/CE della Commissione del 13 marzo 1996 che modifica la direttiva 90/388/CEE al fine della completa apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni. Al Considerando (2) si afferma che « In seguito alle consultazioni pubbliche organizzate dalla Commissione nel 1992 sulla situazione esistente nel settore dei servizi di telecomunicazione [...] il Consiglio, nella risoluzione del 22 luglio 1993, ha chiesto all'unanimità la liberalizzazione di tutti i servizi di telefonia vocale al pubblico entro il 1° gennaio 1998 [...] ».

⁹ Legge n. 249/1997 recante Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo.

¹⁰ Delibera 69/99 CIR recante Misure atte a garantire condizioni di effettiva concorrenza nel mercato delle comunicazioni mobili e personali da parte di tutti gli operatori e criteri di modalità per l'assegnazione delle frequenze, CONSIDERATO(9).

esclusi fino a quel momento; sostanzialmente però non venne apportata nessuna significativa modifica, poiché pur lasciando invariato il termine ultimo disposto dal Comitato dei Ministri (che sarebbe scaduto nei successivi 30 giorni), l'Autorità si limitava a rinviare ad un proprio futuro provvedimento le modalità di espletamento dell'MNP¹¹.

Il motivo di tale ritardo poteva senz'altro ascriversi alla novità del tema e alla necessità per gli operatori già esistenti (Telecom Italia e Vodafone Omnitel) e per quelli nascenti (Wind Telecomunicazioni, Blu, H3G, IPSE) di adeguare la propria tecnologia e le proprie procedure a quanto richiesto da AGCom; ciò a scapito dei consumatori che vedevano sfumare la possibilità di servirsi dell'MNP nei tempi inizialmente posti dal provvedimento del 1998¹².

Fu con la delibera 12/01/CIR¹³ che l'Autorità, anche sotto la spinta dell'AGCM¹⁴ e sentite le Compagnie telefoniche sul tempo necessario ad approntare idonei sistemi informativi, stabilì uno scadenziario suddiviso in tre periodi per l'implementazione progressiva della MNP:

- entro il 30 Giugno 2001, avvio delle procedure tecniche ed operative (articolo 2 comma 1);
- entro Novembre 2001, avvio di una fase iniziale *in prova* del servizio (articolo 3 comma 4);
- entro 30 Aprile 2002, avvio definitivo del servizio di MNP (articolo 2 comma 1).

¹¹ È opinione della dottrina che AGCom discostandosi dalla data preventivamente indicata dal provvedimento del Comitato dei Ministri di cui sopra e arrogandosi la competenza futura in materia di MNP, abbia esercitato un potere che non le era stato formalmente attribuito; il fatto che nessuno degli interessati abbia sollevato dubbi in merito però ha consentito all'Autorità di proseguire il suo *iter* regolatorio. Sul punto Cfr. R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, op. cit., pp. 235-236 e F. BRUNO-G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, op. cit., p. 585.

¹² Sul punto cfr. F. BRUNO - G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, op. cit., 585.

¹³ Delibera 12/01/CIR recante *Disposizioni in tema di portabilità del numero tra operatori del servizio di comunicazione mobile e personale (Mobile Number Portability)*.

¹⁴ Parere AGCM del 13 giugno 2000 con cui « [...] l'Autorità intende ribadire quanto già espresso in occasione dei precedenti pareri in materia di servizi mobili, in ordine alla necessità di procedere quanto prima all'introduzione della portabilità del numero al fine di stimolare il livello di concorrenza del mercato, in considerazione dell'ampiezza della clientela radiomobile, nonché della rilevanza del fattore numero per categorie crescenti di utenti ».

Per supervisionare gli operatori telefonici nell'*iter* di predisposizione del servizio di portabilità venne creata anche un'*Unità per il monitoraggio* di ognuna di queste fasi, composta da membri appartenenti all'Autorità con competenze specifiche.

Si stabilì inoltre che l'utente avesse il diritto di mantenere il proprio numero non solo nel caso di cambio della compagnia (*Mobile Service Provider Portability*), ma anche nell'ipotesi di passaggio ai più evoluti servizi GSM (dal precedente E-TACS) o UMTS (da E-TACS o GSM)¹⁵.

Poco alla volta il sistema diveniva sempre più operativo e con il successivo provvedimento 19/01/CIR¹⁶ l'Autorità delineò anche gli attori della *Mobile Number Portability*, ossia:

- Operatore Assegnatario o *Donor*: colui che possiede l'arco di numerazione telefonica di cui fa parte il numero oggetto di portabilità; con l'MNP il numero non cessa di essere di proprietà del *donor*, ma diventa solo momentaneamente indisponibile (fintantoché il numero continuerà ad essere utilizzato dall'utente) (articolo 3 comma 1);
- Operatore Cedente o *Donating*: l'operatore che *subisce* la portabilità del numero. In caso di prima MNP il *donating* coincide con il *donor*;
- Operatore Ricevente o *Recipient*: l'operatore a cui il consumatore si rivolge per effettuare il passaggio del proprio numero di cellulare. Anch'esso può essere *donor* del numero portato qualora l'utente abbia in origine stipulato un contratto di telefonia con il *recipient* e successivamente abbia effettuato una prima MNP.

¹⁵ In quest'ultimo caso si parla di *Mobile Service Portability*; in Delibera 12/01/CIR, articolo 1 comma 2. La tecnologia E-TACS risale agli anni '90 con l'avvento dei primi telefoni mobili e venne introdotta in Italia da Telecom Italia; si basava su un sistema analogico a banda stretta che venne dismesso definitivamente nel 2005 a favore delle tecnologie di 2° e 3° generazione (GSM e UMTS), vedi <http://www.leoalberto.it/elettrotecnica/mobiletacs.php>

¹⁶ Delibera 19/01/CIR recante *Modalità operative per la portabilità del numero tra operatori di reti per i servizi di comunicazioni mobili personali (Mobile Number Portability)*.

La delibera in oggetto poteva definirsi certamente la più completa tra quelle emanate dalla Commissione per le Infrastrutture e le Reti a partire da 1999; al suo interno infatti, tra le varie disposizioni, veniva previsto anche l'obbligo a carico degli operatori di un eguale trattamento per gli utenti che avessero fruito del servizio di portabilità (articolo 3 comma 2), la responsabilità dei gestori per le sole proprie infrastrutture (articolo 3 comma 6) ed un termine massimo di cinque giorni per l'espletamento dell'MNP (articolo 4 comma 2).

Al *recipient* veniva assegnato il compito di inserire senza ritardi in una propria banca dati¹⁷, tutte le informazioni necessarie, relative alle numerazioni per cui fosse stata richiesta la portabilità (articolo 5 comma 2), mentre il *donating*, era tenuto a svolgere sia le opportune verifiche sulla completezza dell'ordine di lavorazione trasmessogli dall'operatore ricevente sia ad addebitargli successivamente il costo necessario ad effettuare la portabilità richiesta; in nessun caso ci si sarebbe potuti opporre alla volontà del cliente di "migrare" ad altro gestore adducendone lo stato di insolvenza e/o morosità (articolo 9 comma 11) né tantomeno il prezzo della prestazione in tutto o in parte sarebbe potuto essere addebitato direttamente al consumatore (articolo 12 comma 4), poiché il servizio era da prestarsi gratuitamente (l'eventuale spesa sostenuta sarebbe stata quella relativa all'attivazione di offerte speciali proposte dal *recipient* e in nessun caso connessa alla portabilità richiesta).

L'Autorità, dunque, con la delibera 19/01/CIR stabilì in via generale alcuni dei criteri a cui gli operatori si sarebbero dovuti attenere nello svolgimento delle prestazioni di MNP, decidendo volutamente di non entrare nel dettaglio e anzi di inserire all'interno dell'articolo 9, rubricato "Modelli di interazione", la previsione della stipula di un Accordo Quadro, entro il 31 ottobre 2001, tra tutti i gestori presenti sul mercato, in modo che, proprio i diretti interessati, consapevoli delle reciproche necessità, potessero redigere un documento in grado di semplificare ma allo stesso tempo delineare una prassi di cui tutti avrebbero dovuto servirsi.

¹⁷ All'articolo 10 comma 4 della delibera in esame si stabiliva che a partire dal 30 aprile 2003, le singole banche dati degli operatori sarebbero confluite in un sistema centralizzato per un servizio più efficiente e con meno probabilità di errori nella lavorazione delle pratiche di MNP.

A tal proposito AGCom valutò nuovamente, come anche in altre occasioni¹⁸, la possibilità di affiancare al proprio modello regolamentare, necessario per porre le basi della disciplina, quello dell'autoregolamentazione tra soggetti privati, sebbene quest'ultima pratica avesse solo una mera valenza contrattuale.

L'Accordo Quadro avrebbe dovuto contenere secondo l'articolo 9:

- Modalità generali di comunicazione delle richieste;
- Condizioni standard di attivazione della prestazione;
- Standard applicabili agli accordi di Service Level Agreement; modalità di comunicazione delle causali di rifiuto, annullamento o sospensione della richiesta di attivazione della prestazione.

Si auspicavano inoltre *ex* articolo 9 comma 3 anche la stesura di Accordi interoperatori volti a disciplinare << [...] *le modalità operative e le condizioni economiche inerenti la MNP* >>.

Il fervore del momento lasciava auspicare un piano di azione metodico ed efficiente, ma ben presto fu chiaro che i tempi erano ancora lontani dall'essere maturi per una sinergia degli operatori sul tema; dovrà infatti attendersi il 2004 per una prima forma di intesa.

La prima stagione di regolamentazione di AGCom si concluse con l'emanazione delle delibere 7/02/CIR e 13/02/CIR¹⁹ ad integrazione del provvedimento 19/01/CIR; con la prima delibera l'Autorità concesse altri due mesi di tempo (entro il 1° maggio 2002) agli operatori affinché rendessero disponibile il servizio di MNP, demandando ad essi, in aggiunta alle precedenti richieste, di esplicitare nella propria carta dei servizi, informazioni chiare in merito alla

¹⁸ Ad esempio in materia di tutela dei minori dai contenuti radiotelevisivi.

¹⁹ Delibera 7/02/CIR recante *Disposizioni in materia di portabilità del numero mobile: fissazione delle condizioni economiche e di fornitura del servizio*; Delibera 13/02/CIR recante *Disposizioni in materia di portabilità del numero mobile: criterio per la fissazione del prezzo massimo interoperatore*.

procedura di trasferimento del credito, che veniva volutamente lasciata alle valutazioni dei singoli gestori²⁰.

Con la seconda delibera invece, in ottemperanza a quanto stabilito dalla Direttiva 2002/22/CE (c.d. “Servizio Universale”), la Commissione per le Infrastrutture e le Reti fissava per il servizio un prezzo massimo interoperatore di 10,02 euro (tale era il costo della portabilità su rete fissa); la determinazione di questo limite indirettamente creava un circolo virtuoso in grado di favorire l’ingresso e la permanenza nel mercato di nuovi operatori, i quali non sempre possedevano risorse economiche tali da poter sostenere gli alti costi di MNP che i gestori più “anziani” avrebbero potuto esigere in maniera del tutto arbitraria per ostacolare la concorrenza nascente. Il rischio che poteva scaturirne però consisteva nell’ipotesi di riversare parte dei costi indirettamente e indebitamente sugli utenti, rendendo meno vantaggiose le offerte di portabilità del numero; il limite posto da AGCom invece rendeva il ventaglio di scelta dei consumatori più ricco e più conveniente, con maggiori opportunità di risparmio e un panorama variegato di Compagnie telefoniche in grado di proporre ognuna i propri servizi di *Mobile Number Portability*.

3. Il nuovo quadro regolatorio con la delibera 78/08/CIR.

<< RITENUTO, in definitiva, necessario rivedere il complesso di norme, disposizioni e modelli di interazione che regolano la prestazione di portabilità del numero mobile per i clienti di tutti gli operatori [...] >> AGCom decise di emanare una nuova delibera che racchiudesse

²⁰ Oggi sembra impensabile che il credito residuo non possa essere ceduto dal *donating* all’utente che abbia effettuato l’MNP. Tutti gli operatori infatti dopo un iniziale rifiuto di concedere le somme accumulate dagli utenti che sarebbero andate perse con la portabilità del numero, hanno ceduto nel 2009 alle richieste di AGCom propendendo per il trasferimento del credito a fronte del pagamento di una piccola somma (la quale varia a seconda dell’operatore) al *donating*.

tutti i punti cardine dei precedenti provvedimenti e inserisse nuovi spunti tali da rendere il servizio di MNP, ormai avviato da circa sei anni, al passo con i tempi.

Nel mercato della telefonia infatti, a seguito della direttiva 2002/19/CE²¹ erano entrati a far parte del mercato delle telecomunicazioni anche nuovi operatori in grado di fornire tale servizio pur senza essere proprietari delle infrastrutture di rete²² e fruendo invece di quelle già esistenti; la presenza dei c.d. “operatori virtuali” (Mobile Virtual Network Operator, o MVNO²³) veniva ritenuta dall’Unione Europea fondamentale poiché in grado di allargare ulteriormente le maglie della concorrenza e di abbassare i costi delle offerte a vantaggio degli utenti finali²⁴.

Proprio per garantire un servizio che fosse al pari di quello fornito dagli operatori strutturati, tali operatori “virtuali” furono anch’essi tenuti da AGCom ad assicurare il servizio di MNP, ritenuto oramai un obbligo che non ammetteva eccezioni.

²¹ La Direttiva 2002/19/CE (direttiva accesso) *relativa all’accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all’interconnessione delle medesime*, si inserisce all’interno di un “pacchetto” di Direttive emanate simultaneamente dall’Unione Europea. Insieme ad essa infatti occorre ricordare anche la direttiva 2002/20/CE *relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica* (direttiva autorizzazioni) e la direttiva 2002/21/CE *che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica* (direttiva quadro). L’esigenza ritenuta oramai irrinunciabile, era quella di armonizzare ed aggiornare il settore delle comunicazioni elettroniche con l’innovazione tecnologica e le richieste del mercato di riferimento.

²² In Italia gli unici proprietari di infrastrutture di rete sono attualmente Telecom Italia, Vodafone, Wind Tre S.p.A, Iliad Italia S.p.A (il cui servizio è operativo dal 29 maggio 2018).

²³ Esempi di MVNO sono CoopVoce, PosteMobile, Tiscali, Kena Mobile. Attualmente in Italia se ne contano circa 35, ripartiti tra gli operatori proprietari di infrastrutture (fatta eccezione per Iliad che al momento non ne ospita alcuno sulla propria rete).

²⁴ Tale principio viene postulato al Considerando (19) dove si afferma che « *L’obbligo di consentire l’accesso all’infrastruttura di rete può essere giustificato in quanto mezzo per accrescere la concorrenza* », per poi essere ripreso più diffusamente dai singoli articoli della direttiva. All’Autorità di Regolazione Nazionale, l’articolo 5 affida un compito di stimolo all’accesso e un potere di vigilanza sulla sua effettiva realizzazione « *in modo tale da promuovere l’efficienza economica e una concorrenza sostenibile, e recare il massimo vantaggio agli utenti finali* ».

Con la delibera del 2008 inoltre, i tempi necessari a consentire la portabilità del numero subirono una contrazione da cinque²⁵ a due giorni lavorativi dall'avvenuto controllo del donating sull'esattezza delle operazioni effettuate dal recipient (articolo 5 comma 1) e le ipotesi di scarto o rifiuto della MNP vennero ampliate rispetto al passato: a differenza della delibera 19/01/CIR, si stabilì però esplicitamente il divieto di negare la portabilità per casi diversi da quelli previsti nel provvedimento.

Un punto altrettanto focale (che verrà trattato più approfonditamente nel prosieguo) fu anche quello inserito all'articolo 5 comma 17, il quale recitava: «L'operatore donating non dà seguito a domande di annullamento di richieste di portabilità che gli sono state inoltrate dall'operatore recipient»²⁶. Una scelta di questo genere trovava il suo fondamento nell'esigenza di porre un argine alle numerose campagne di retention utilizzate dagli operatori telefonici immediatamente dopo la comunicazione di disdetta da parte dell'utente: con offerte allettanti il donating cercava infatti di convincere i "fuggitivi" a non dar seguito alle richieste di MNP, provocando nocimento sia al recipient che vedeva sfumare in tal modo numerose possibilità di guadagno, sia più in generale al mercato che veniva fuorviato da meccanismi tutt'altro che benefici.

Veniva poi riconfermata²⁷ all'articolo 8 comma 4 la capacità di evasione giornaliera delle richieste di MNP, di differente portata tra le Compagnie proprietarie di infrastrutture (limite di 12000 al giorno) e le Compagnie c.d. virtuali (limite di 500 al giorno), in maniera da non rischiare accumuli di domande di portabilità con conseguenti ritardi a scapito degli utenti²⁸ e

²⁵ Cfr. delibera 19/01/CIR, cit.

²⁶ Tale previsione trova posto per la prima volta nella delibera 78/08/CIR, recante "Norme riguardanti la portabilità del numero mobile".

²⁷ Cfr. delibera 126/07/CIR recante *Avvio del procedimento per la revisione delle norme riguardanti la portabilità del numero mobile e disposizioni per l'adeguamento della capacità giornaliera di evasione degli ordini di portabilità del numero mobile degli operatori donating, anche in relazione alle esigenze derivanti dall'avvio dei servizi da parte degli operatori mobili virtuali*; all'articolo 2 comma 1 la capacità di evasione delle richieste viene innalzata da 9000 a 12000 unità; nulla viene stabilito invece per gli operatori virtuali che cominciarono a nascere proprio nel 2007.

²⁸ Secondo T. PINTO in *Information technology mobile Number Portability: le protezioni dell'operatore abbandonato e la mancata tutela del consumatore*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2007, 1, 20035, un motivo dell'accumulo

a conclusione del provvedimento l'Authority inseriva l'innovativo articolo 14 comma 1 in sostituzione all'articolo 12 comma 1 della delibera 19/01/CIR sulla corresponsione da parte del recipient dei costi relativi alla prestazione. AGCom infatti riteneva che la progressiva diminuzione dei costi dovuta alla sempre maggiore automazione dei sistemi impiegati per dar seguito alle richieste di migrazione, non rendesse più necessario il pagamento dovuto fino a quel momento da parte dell'operatore ricevente all'operatore donante; non tutti i gestori però si mostravano favorevoli a questa decisione poiché a loro parere la richiesta di MNP comportava comunque dei costi di cui non poteva farsi carico colui il quale non voleva neppure che un proprio cliente passasse ad altra Compagnia. L'Autorità giustificò la propria decisione utilizzando l'articolo 80 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche il quale, delineando la MNP come un obbligo nei confronti degli utenti, rendeva legittimo l'abbattimento degli oneri riferibili a tale servizio: si trattava di un diritto che se esercitato, doveva essere rispettato da ogni operatore²⁹ senza impedimenti che ne ostacolassero la realizzazione.

La delibera tornava poi a ribadire anche << [...] l'opportunità, in uno scenario di mercato che vede un significativo incremento dei soggetti operanti [...] di disciplinare in un provvedimento cogente talune delle regole in precedenza concordate nell'Accordo Quadro sottoscritto dai quattro operatori dotati di rete [...].

Giunti a questo punto, occorre dunque effettuare un bilancio sul primo decennio di operatività della Mobile Number Portability poiché, senza dubbio, le caratteristiche che avevano tratteggiato inizialmente la prestazione erano state gradualmente modificate:

- Si passa da un iniziale adattamento della disciplina prevista per la telefonia fissa alla creazione di regole ad hoc basate sulla particolarità del settore mobile;

delle richieste era da rinvenirsi in una « [...] gestione restia delle pratiche di portabilità da parte delle Società telefoniche considerando che le medesime non sono disposte ad investimenti finalizzati a un adeguamento della capacità giornaliera di evasione degli ordini di MNP, proprio in quanto ciò significa investire in un'attività volta a facilitare l'esodo dei propri utenti verso altri gestori ».

²⁹ Cfr. Allegato 1 alla delibera 78/08/CIR, *Consultazione pubblica sulla revisione delle norme che disciplinano la portabilità delle numerazioni per i servizi di comunicazione mobili e personali*, pag. 37 ss.

- La modifica dell'operatore originario da parte del consumatore smette progressivamente di essere vista come una "concessione" benevola del gestore per assumere la forma da una parte di un diritto alla libera scelta sancito dalla normativa europea³⁰ e nazionale, e dall'altra di un obbligo dell'operatore a fornire il servizio³¹; il numero di telefono infatti << [...] garantisce all'utente raggiungibilità e riconoscibilità, assumendo una funzione identificativa >>³² indi per cui esso deve rimanere nella disponibilità del soggetto indipendentemente dall'operatore, fino a quando esso sarà interessato ad utilizzarlo, per evitargli un nocumento ingiustificato che possa riversarsi sia sulla vita privata che sugli affari.
- Il mercato delle telecomunicazioni si amplia e in virtù della liberalizzazione delle infrastrutture nascono nuovi soggetti che forniscono lo stesso servizio delle Compagnie tradizionali; la funzione pro-competitiva³³ auspicata in primis dalle Istituzioni europee, produce i suoi frutti con un incremento delle offerte e il conseguente abbattimento dei costi, al punto che AGCom dopo aver inizialmente previsto un prezzo interoperatore, decide di eliminarlo.
- Viene ridotta la tempistica per ottenere la MNP a soli due giorni lavorativi, con la previsione di sanzioni a partire dal terzo giorno di ritardo nella fornitura del servi-

³⁰ Vedi Direttiva 2002/22/CE (c.d. Servizio Universale) *relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica*: Considerando (40) « [...] gli utenti finali che ne fanno richiesta devono poter conservare il proprio numero (o i propri numeri) sulla rete telefonica pubblica a prescindere dall'organismo che fornisce il servizio [...] » e articolo 30 comma 1 « Gli Stati membri provvedono affinché tutti gli abbonati ai servizi telefonici accessibili al pubblico, compresi i servizi di telefonia mobile, che ne facciano richiesta conservino il proprio o i propri numeri indipendentemente dall'impresa fornitrice del servizio ».

³¹ L'articolo 80 del Codice delle comunicazioni elettroniche riprende *in toto* l'articolo 30 della Direttiva alla precedente nota. Sul punto anche M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, Gior. dir. amm., Ipsoa Editore, 2005.

³² R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali* in Il codice delle comunicazioni elettroniche a cura di M. CLARICH – GF. CARTEI, Milano, Giuffrè Editore S.p.A., 2004, 349.

³³ Cfr. M. Libertini, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, op. cit.,

zio; ulteriori sanzioni sono previste anche per il mancato rispetto da parte degli operatori, delle causali di rifiuto e scarto elencate, in maniera più sistematica rispetto al passato, nella delibera 78/08/CIR.

La situazione rimane invece statica in riferimento alla, più volte sollecitata, intesa tra gli operatori: manca ancora un Accordo Quadro “cogente”, per il quale si dovrà attendere il 2013. Le principali Compagnie telefoniche hanno comunque provveduto a redigerne un primo nel 2004, rinnovato poi anche negli anni successivi, a cui mano a mano stavano aderendo tutti i nuovi operatori; si tratta in questo caso però ancora di “patti” con valenza esclusivamente contrattuale, privi della “obbligatorietà” richiesta invece dalle Istituzioni.

4. *Il modus operandi degli operatori di settore e l'attività congiunta dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

Il mercato della telefonia mobile italiano era stato inaugurato a metà degli anni novanta da Telecom Italia Mobile S.p.A., Società nata da una costola di Telecom Italia, che fu poi successivamente affiancata nel medesimo panorama da Omnitel Pronto Italia S.p.A., l'odierna Vodafone Italia S.p.A.; tuttora si tratta di due delle maggiori Compagnie nel nostro Paese, affiancate da Wind Tre S.p.A.³⁴, nuovo soggetto nato alla fine del 2016 dalla fusione di Wind Telecomunicazioni S.p.A. e H3G S.p.A.^{35 36} e da Iliad Italia S.p.A., il nuovo quarto operatore che ha avviato il suo servizio il 29 maggio 2018. Come già precedentemente riportato, tali imprese

³⁴ La decisione della Commissione Europea con la quale è stata concessa la *joint venture* tra Wind Telecomunicazioni S.p.A. e H3G S.p.A., ha anche decretato la cessione di una parte delle attività e delle infrastrutture appartenenti a queste ultime al fine di consentire l'ingresso di un quarto operatore di telefonia nel mercato italiano, ossia Iliad, il cui servizio è stato avviato, come già sopra riportato, a fine maggio 2018.

³⁵ Per fornire indicazioni più precise, Telecom Italia Mobile S.p.A. avviò i suoi servizi nel 1995 come anche Omnitel Pronto Italia; si dovrà invece attendere il 1999 per Wind e il 2003 per H3G.

³⁶ Più comunemente conosciuta come 3 Italia.

erano (e sono tuttora) anche detentrici delle infrastrutture con le quali veniva fornito il servizio di telefonia e secondo quanto stabilito dalla normativa europea emanata agli inizi del 2000³⁷ esse sono state poi rese accessibili a qualunque soggetto interessato ad erogare analoghe prestazioni, favorendo così la nascita degli operatori c.d. *virtuali*.

Certamente il numero sempre crescente di gestori telefonici da un lato e l'introduzione della *Mobile Number Portability* dall'altro avevano spinto la folta schiera dei consumatori ad analizzare le tante offerte proposte sia da un punto di vista della qualità che della convenienza; l'obiettivo di movimentare il mercato accrescendo la concorrenza prima assente in questo settore stava effettivamente mostrando i primi risultati, sebbene gli operatori che possedevano da sempre il maggior numero di utenti apparissero restii a veder "migrare" parte della propria clientela.

Dopo un iniziale periodo di incertezza in cui non vi erano ancora linee guida precise, a discapito dei consumatori intenzionati a fruire del passaggio ad altro gestore, la *Mobile Number Portability* cominciò ad assumere contorni più chiari a partire dalla delibera 19/01/CIR di AG-Com, ispirata all'efficienza dell'operatore e alla tutela delle libere scelte degli utenti; oltre ad elencare gli elementi necessari che il *recipient* avrebbe dovuto comunicare al *donating* per rendere operativa la portabilità del numero, la stessa Autorità invitò le Compagnie esistenti a redigere un'intesa che specificasse i contenuti base della delibera, convinta dell'utilità di un dialogo tra gli addetti ai lavori.

La questione era tutt'altro che semplice, data la difficoltà dei partecipanti a trovare compromessi in grado di soddisfare tutti i componenti dell'intesa unita alla diffidenza mostrata verso il servizio di MNP che appariva più come una dipartita di clienti che come un'occasione di conquistarne di nuovi. Tutto questo ingenerò una situazione attentamente monitorata dalle Istituzioni che direttamente o indirettamente si occupavano della materia.

³⁷ Direttiva 2002/19/CE, cit.

La questione da cui partì l'analisi sia di AGCom che dell'AGCM, era la sistematicità con cui gli operatori di telefonia erano soliti utilizzare due "tecniche", da ritenersi collegate tra loro, per ostacolare la portabilità del numero:

- prolungare oltremodo le tempistiche necessarie a consentire il "passaggio" del numero;
- annullare la richiesta di MNP sfruttando pratiche di *retention*³⁸.

Sul primo caso AGCM intervenne riassumendo la situazione in una << creazione e frapposizione all'utente e ai gestori di telefonia mobile di ostacoli burocratici e procedurali non giustificati, con l'effetto di dilatazione irragionevole dei tempi di gestione della procedura di migrazione di competenza [...] >> da parte del *donating* << [...] o di interromperne il decorso, in modo da scoraggiare l'utente interessato e spingerlo a chiedere la revoca dell'intera procedura >>³⁹.

Tale *modus operandi* contravveniva apertamente alle delibere di AGCom⁴⁰, ma integrava anche comportamenti che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato annoverava tra le *pratiche commerciali scorrette*.

A partire dal 2009 infatti proprio l'*Antitrust* si trovò a sanzionare delle condotte poste in essere da diversi operatori che eludendo le prescrizioni dei regolamenti di AGCom avevano ostacolato, ed in molti casi annullato, con attività di *retention* l'iter di portabilità richiesta dai propri clienti⁴¹.

³⁸ L'AGCM nei suoi provvedimenti definisce la *retention* nell'ambito della *Mobile Number Portability* la pratica volta a « [...] conseguire la revoca del maggior numero possibile delle [...] procedure [...] » di MNP « [...] attraverso la formulazione di proposte commerciali particolarmente vantaggiose ai clienti che le abbiano avviate ».

³⁹ Provvedimento AGCM n. 20187 (PS1270 Vodafone - Ostacoli alla migrazione e *retention* ingannevole) del 06 agosto 2009.

⁴⁰ Articolo 9 comma 13 delibera 19/01/CIR, cit. e articolo 5 comma 20 delibera 78/08/CIR, cit.

⁴¹ Sul punto anche A.M. GAMBINO – V. FALCE – A. STAZI, *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di pratiche commerciali scorrette* (2009 e 2010) in *Concorrenza e Mercato*, Milano, Giuffrè Editore S.p.A., 2011, 375 ss.

L'AGCM era venuta a conoscenza di tali pratiche sia su segnalazione dei consumatori, che venivano contattati ripetutamente dai *call center* del *donating*, sia dei *recipient*, i quali ricevevano le disdette dei nuovi utenti con l'invio di SMS "precompilati" (SMS il più delle volte inviati senza conoscerne la vera finalità)⁴².

L'attività, sanzionata in maniera ripetuta soprattutto tra il 2008 e 2009⁴³, si basava su un "inesistente contatto" dei clienti passati alla "concorrenza" da parte degli operatori cedenti, i quali davano, il più delle volte a *call center* esterni, mandato per tale attività. Il compito loro affidato era quello di proporre offerte vantaggiose *last-minute*⁴⁴ e di denigrare all'occorrenza il nuovo operatore; qualora l'opera di convincimento fosse andata a buon fine veniva chiesto di confermare quanto pattuito tramite l'invio di un SMS con il cui contenuto si intendeva interrompere la "migrazione" presso il *recipient*.

Il motivo di tanto zelo era giustificato dal fatto che la pratica appena descritta rientrava in una delle previsioni della delibera 19/01/CIR di AGCom, secondo cui era consentito l'annullamento della domanda di MNP.

L'articolo 9 lettera h) stabiliva infatti che « *la richiesta di attivazione della prestazione può essere annullata dall'operatore donating [...] >> nel caso di << ricezione di una successiva richiesta di attivazione [...] per lo stesso MSISDN [...] >>*: quindi nel caso di specie il cliente con l'invio dell'SMS

⁴² La pratica più volte sanzionata dall'AGCM consisteva nella richiesta da parte del *donating* di inviare un SMS da esso precompilato, in cui, in maniera poi giudicata poco chiara, il cliente chiedeva al vecchio operatore l'annullamento della procedura di MNP e la conseguente comunicazione al *recipient*. Un SMS "tipo" era così composto: « *per [TITOLARE DELL'UTENZA] revoco la MNP vs [NUOVO OPERATORE] per le linee XXXXXXXX* » (Fonte: Provvedimento Sanzionatorio AGCM PS333 "Telecom - *retention* ingannevole" del 22 luglio 2009).

⁴³ I procedimenti portati a termine dall'AGCM nel periodo indicato vedevano protagonisti Compagnie come Telecom Italia, Vodafone e H3G, tutte con l'accusa di "*pratiche commerciali scorrette*" ai sensi degli articoli 20-21-22 d.lgs. 206/2005 (c.d. Codice del consumo). Si riporta a titolo meramente esemplificativo oltre ai provvedimenti già citati, ossia il n. 20122 contro Telecom Italia e il n. 20187 contro Vodafone, anche il n. 21319 (PS1002 - H3G Sollecitazioni telefoniche - *teleselling* e attivazioni non richieste); in <http://www.agcm.it/consumatore/consumatore-delibere.html>

⁴⁴ Offerte che come dimostrato dall'AGCM in corso di istruttoria si caratterizzavano per una « [...] *formulazione oscura, inesatta, incompleta e/o non veritiera* [...] », v. Provvedimento AGCM n. 20187, cit.

chiedeva una nuova attivazione al *donating* divenuto ora *recipient*, il quale poteva darne comunicazione al vecchio *recipient*...ora *donating*, per poi procedere all'annullamento della richiesta di portabilità originaria.

Stando alla delibera 19/01/CIR, come pure ribadito da AGCM << [...] *va sottolineato che, mentre esiste una puntuale regolamentazione della procedura di MNP, la retention in sé, intesa come attività volta ad ottenere la revoca di una procedura di MNP in corso, non è oggetto di alcuno specifico intervento regolamentare dell'AGCom* [...] >>⁴⁵, pur essendo utilizzata spesso per uno scopo, l'annullamento di tale richiesta, che provocava una lesione dei diritti dei concorrenti.

Proprio per cercare di arginare tali condotte, la successiva delibera 78/08/CIR verrà epurata, all'articolo 5 comma 17, della possibilità di annullare le richieste⁴⁶, mantenendo invece soltanto le opzioni del rifiuto o dello scarto; verrà sancito, inoltre, come unico possibile caso di sospensione, quello del disservizio tecnico⁴⁷.

L'operato *elusivo* delle Compagnie telefoniche subiva così un brusco ridimensionamento, a beneficio sia dell'interesse degli operatori concorrenti all'accrescimento della propria clientela, sia di quello dei consumatori alla libera valutazione ed accettazione delle offerte disponibili; tutto ciò a vantaggio del mercato il quale veniva maggiormente salvaguardato dalle condotte scorrette dei suoi attori.

⁴⁵ Provvedimento AGCM n. 20187, cit.

⁴⁶ L'articolo riporta: « *L'operatore donating non dà seguito a domande di annullamento di richieste di portabilità che gli sono state inoltrate dall'operatore recipient* ».

⁴⁷ Delibera 78/08/CIR, cit., articolo 5 comma 15.

5. *L'attacco alla regolazione: il caso di Telecom Italia*

Se già gli operatori di telefonia erano stati “costretti” ad attenersi agli obiettivi e alle condizioni previste per la *Mobile Number Portability* dalla delibera 19/01/CIR, il successivo provvedimento di modifica/integrazione che venne emanato da AGCom il 26 Novembre 2008 venne accolto come un’*esasperazione* di una regolazione considerata già troppo stringente.

Come già spiegato, infatti, la delibera 78/08/CIR aveva posto degli argini alla sistematicità con cui i gestori impedivano che le operazioni di portabilità del numero andassero a buon fine; argini questi che si cercò in tutti i modi di abbattere.

a) I motivi del ricorso al T.A.R. Lazio⁴⁸.

La compagnia telefonica impugnò il provvedimento AGCom dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale, chiedendo l’annullamento dell’articolo 5, commi 4 lett. m)⁴⁹, 15⁵⁰, 16⁵¹ e 17⁵², << *nonché i correlati paragrafi contenuti nella parte motiva della delibera 78/08/CIR*⁵³ >>.

⁴⁸ Prima di avviare la trattazione sul tema occorre innanzitutto fare una precisazione: pur prendendo in esame il caso di Telecom Italia vs. AGCom, nello stesso periodo anche Vodafone agì allo stesso modo; i due procedimenti ebbero luogo a pochi giorni di distanza e le stesse sentenze che ne scaturirono vennero emesse l’una l’11 giugno 2009 e l’altra il 18 giugno 2009 con analoghe risultanze. Per tale motivo dunque la disamina del caso Telecom implicitamente riguarderà anche quella del caso Vodafone (definita con sentenza n. 5769/2009 T.A.R. Lazio).

⁴⁹ « *La richiesta di attivazione della prestazione di MNP è sottoscritta dal cliente e contiene: dichiarazione del cliente che attesti di essere stato informato che, una volta avviata la procedura, la richiesta di portabilità non può essere revocata e che, in caso di ripensamento, può chiedere di portare nuovamente il numero verso l’operatore che sta lasciando o comunque verso altro operatore* “.

⁵⁰ « *La richiesta di attivazione della prestazione può essere sospesa dall’operatore donating solo nel caso di disservizio tecnico* “.

⁵¹ « *L’operatore donating non scarta o rifiuta una richiesta di portabilità di un numero MSISDN a seguito della ricezione di una successiva richiesta di portabilità da parte di un altro operatore* “.

⁵² « *L’operatore donating non dà seguito a domande di annullamento di richieste di portabilità che gli sono state inoltrate dall’operatore recipient* “.

⁵³ V. Allegato 1 alla delibera n. 78/08/CIR recante *Consultazione pubblica sulla revisione delle norme che disciplinano la portabilità delle numerazioni per i servizi di comunicazione mobili e personali (delibera n. 60/08/CIR)*.

I dubbi che Telecom sollevava nei riguardi della delibera erano i seguenti:

- il “palese contrasto” di essa con il diritto del consumatore a poter recedere a determinate condizioni dall’offerta di portabilità precedentemente accettata, diritto questo, sancito dall’articolo 1 comma 3 della legge n. 40/2007⁵⁴; la disposizione nella delibera AGCom secondo la ricorrente, modificando quanto stabilito da un atto di rango superiore, oltre ad apportare un nocumento all’utente “pentito” frustrava anche il potenziale accrescimento della concorrenza nel mercato, dal momento che la richiesta di MNP una volta “in lavorazione” non poteva più subire modifiche; inoltre sempre riguardo alla legge suddetta, si ravvisava un ulteriore contrasto con la delibera 78/08/CIR nella misura in cui, rispettivamente, da un lato, veniva previsto in capo al cliente il rispetto dei termini (al massimo 30 giorni) per effettuare il recesso, mentre dall’altro i tempi per il passaggio dovevano ridursi a 48 ore dall’avvenuta trasmissione dell’ordine di lavorazione al donating;
- la compressione del più generale diritto di recesso (c.d. jus poenitendi) stabilito ex articolo 64 del Codice del Consumo⁵⁵;
- la carenza di motivazioni a sostegno dell’eliminazione della pratica di retention che, a parere di Telecom, avrebbe rafforzato e non bloccato il mercato della telefonia;
- l’incompetenza di AGCom in materia di Mobile Number Portability;
- la disparità di trattamento tra portabilità mobile e portabilità fissa;
- l’illegittimità della lettera della Direzione Reti e Servizi n. 10487 recante data 11 febbraio 2009, con cui si chiedeva agli operatori telefonici di conformarsi al dettato della nuova delibera 78/08/CIR.

⁵⁴ La legge del 2 aprile 2007 n.40, altresì chiamata “legge Bersani” riporta all’articolo analizzato: « I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia [...] devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di (trasferire le utenze) presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell’operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni “

⁵⁵ D.lgs. del 6 settembre 2005 n. 206 recante *Codice del consumo*.

b) L'esame e la decisione del Collegio.

Analizzando i singoli punti dedotti da Telecom, a partire da quello sull'incompetenza di AGCom⁵⁶, il T.A.R. Lazio affermò innanzitutto che il potere di regolazione esercitato dall'Autorità trovava fondamento *in primis* nell'articolo 80 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (di seguito C.c.e.), il quale affidava proprio ad essa la tutela dei diritti dei consumatori per un rapido passaggio ad altro operatore; a supporto di tale norma primaria inoltre si ricollegava anche l'articolo 13 sempre del C.c.e. e l'articolo 2 comma 12, lett. c) ed h) della legge 481/1995, il primo sulla promozione del settore delle comunicazioni elettroniche e il secondo sul controllo dei principi della concorrenza e trasparenza nel più generico ambito dei servizi << [...] *definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente* [...] >>.

Risolta tale questione di fondo e passando all'esame delle singole questioni per le quali era stato esperito il ricorso, il T.A.R. Lazio respingeva innanzitutto le perplessità addotte da Telecom sull'asserito contrasto del provvedimento AGCom con la legge c.d. Bersani⁵⁷, poiché la prestazione di MNP non costituiva un contratto autonomo, ma una "*prestazione accessoria*" in aggiunta al contratto con il gestore telefonico; dunque per essa non poteva valere il diritto di recesso a cui si riferiva la l. 40/2007.

Diversa sorte toccò invece all'impugnazione della ricorrente in merito alle tempistiche differenti che AGCom aveva previsto rispetto alla legge Bersani: il Collegio difatti valutava positivamente le deduzioni di Telecom poiché tale dissidio, oltre a rendere più farraginoso e meno efficiente la procedura di MNP, era in grado di arrecare un danno economico alla stessa Società, dal momento che l'*Authority* annullava senza esserne legittimata, dato il rango inferiore dei suoi provvedimenti, la previsione della legge 40/2007. L'articolo 5 comma 1 infatti, ordinando il passaggio del numero al *recipient* entro tre giorni lavorativi (in realtà due più un giorno di tolleranza) << [...] *indipendentemente dall'eventuale termine di preavviso per il recesso dal*

⁵⁶ Vedi punto 4) del precedente paragrafo.

⁵⁷ Vedi punto 1) del precedente paragrafo.

contratto >>, portava il T.A.R. a “rimproverare” AGCom per << [...] *un testo, che invero, avrebbe richiesto una più attenta e meditata stesura* [...] >>.

Questa sarà la sola ed unica parte del ricorso proposto da Telecom a trovare accoglimento.

In merito al secondo motivo di impugnazione invece, strettamente collegato alla considerazione della MNP non come prestazione accessoria ma come un contratto autonomo, le valutazioni fatte dai giudici tornavano nuovamente a discapito della ricorrente, dal momento che, come già da essi precedentemente spiegato, in questi casi non esisteva un diritto di recesso mancando l'elemento contrattuale; oltre a ciò, la richiesta non poteva comunque trovare accoglimento poiché Telecom, con le proprie deduzioni, mirava ad una difesa del diritto di *ripensamento dell'utente* che essa non poteva esercitare poiché non legittimata a farlo: svolgendo il ruolo di fornitore del servizio infatti, essa non poteva invocare la presunta lesione di un diritto afferente alla parte c.d. “debole” della contrattazione, ossia al consumatore.⁵⁸

Sul terzo punto, riguardo all'impossibilità di effettuare attività di *retention* secondo quanto previsto dalla delibera AGCom, il Collegio oltre ad affermare che in realtà alcun divieto si rinveniva all'interno del provvedimento dell'Autorità, ammoniva allo stesso tempo il comportamento della Compagnia volto a frapporre ostacoli al “passaggio” dell'utenza: secondo i giudici infatti << [...] *non sono quelli la sede e il momento per trattenere il cliente* [...] >> ed ancora << [...] *non esiste comunque la possibilità di farlo giacché il trattenimento necessariamente postula un rapporto contrattuale ancora in atto, che invece nel caso in esame è da considerarsi estinto a tutti gli effetti* >>. Dunque per tentare di “recuperare” il cliente perduto, l'unica possibilità per il *donating* sarebbe stata quella di convincere lo stesso a tornare dal precedente operatore sotto la spinta di offerte più vantaggiose di quelle del *recipient*.

In merito poi alla dedotta analogia tra portabilità fissa e portabilità mobile⁵⁹ per le quali la regolamentazione era (ed è ancora oggi) diversa, dal momento che per la prima lo *jus poenitendi*

⁵⁸ Inoltre, il Codacons e l'Associazione degli Utenti per i diritti telefonici A.U.S. Tel Onlus, avevano presentato nel ricorso atto di intervento *ad opponendum* anziché *ad adiuvandum*, ritenendo dunque meritevole di sostegno l'operato dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

⁵⁹ Vedi punto 5) del precedente paragrafo.

e il diritto di recesso era esercitabile in maniera “più distesa” ossia << [...] *fino all’ultimo momento utile previsto all’interno della procedura tecnica* >>, le ragioni proposte dai giudici a sostegno della diversità delle due prestazioni traevano forza dal fatto che il passaggio ad altro gestore per un numero di rete fissa comportava un’attività ancora poco automatizzata e per la quale i tempi stimati erano ancora lontani dai soli tre giorni richiesti nella telefonia mobile, ragion per cui non era possibile pretendere uguali soluzioni per differenti situazioni.

Infine, a parere dei giudici non si riscontrava alcuna illegittimità in merito alla Lettera della Direzione Reti e Servizi sull’attuazione della delibera 78/08/CIR, poiché con la stessa non si faceva altro che chiarire il divieto di una prassi ormai tacitamente osservata da quasi un decennio sia dagli operatori, con cui si dava seguito alle richieste di annullamento direttamente rivolte al *donating* dal cliente; tale “usanza” infatti, non trovando restrizioni durante la vigenza della delibera 19/01/CIR, lasciava un discreto margine di manovra agli operatori “abbandonati”⁶⁰ e alla loro attività di *retention*.

Il Collegio a questo proposito richiamava l’attenzione di Telecom sul fatto che il provvedimento del 2001, sebbene nulla dicesse in merito a tale problema, forniva dal canto suo un elenco tassativo recante le uniche causali utilizzabili per eventualmente scartare-rifiutare-annullare una richiesta: tra queste non figurava la volontà palesata del cliente di esercitare *lo ius poenitendi*. La delibera del 2008 invece, risolveva la diatriba con la formulazione dell’articolo 5 comma 4 lett. m) che poneva un’inequivocabile informativa in capo al cliente sul fatto che, << [...] *una volta avviata la procedura, la richiesta di portabilità non può essere revocata* >>.

La violazione di tale nuova disposizione dunque, trovando esplicita previsione nel nuovo regolamento di AGCom, avrebbe comportato una sanzione per chi tra gli operatori l’avesse violata.

⁶⁰ Per usare l’espressione più volte utilizzata da T. PINTO in *Information technology mobile Number Portability: le protezioni dell’operatore abbandonato e la mancata tutela del consumatore*, op. cit.

Le aspettative di Telecom, di togliere validità alle disposizioni in parte modificative ed in parte integrative del provvedimento 78/08/CIR, vennero dunque deluse; la sentenza vide infatti la Società soccombente *in toto*, fatta eccezione per la parte in cui la disposizione di AGCom all'articolo 5 comma 1, *bypassava*, senza averne potere, << [...] *l'eventuale termine di preavviso per il recesso dal contratto* >>.

Le motivazioni fornite alla sentenza emanata a giugno, stesso mese in cui venne data applicazione alla delibera oggetto del ricorso, avevano fornito al Tribunale Amministrativo l'occasione per far chiarezza su una prestazione, quella della *Mobile Number Portability*, che continuava ad essere avvolta da un'aura di confusione; pur alla presenza di una regolazione sempre più specifica, in grado di colmare progressivamente le lacune ancora esistenti, gli operatori del settore continuavano ad avere un *modus operandi* che non rispecchiava la disciplina prevista dall'*Authority*.

A dimostrazione di ciò vi erano le deduzioni della stessa Telecom, la quale parlava di *prassi* nell'annullamento delle richieste di portabilità e di un contatto con i vecchi utenti necessario per impedirne la migrazione verso nuovi operatori; le parole del gestore sembravano individuare un *tacito diritto acquisito* che, come tale, andava accettato e rispettato da operatori, Istituzioni e consumatori.

Il Collegio invece aveva ammonito la Società per l'utilizzo di queste pratiche che rendevano il "mercato" instabile e invitava, al contrario, ad un comportamento ispirato al *buon senso* e alla collaborazione con i propri concorrenti in osservanza a quanto scritto nei provvedimenti amministrativi in materia.

La tutela chiesta da Telecom per i consumatori e respinta dai giudici per le ragioni già esposte, sarebbe stata effettivamente raggiunta solo partendo dall'osservanza *reale* delle prescrizioni imposte sia da parte dei fornitori del servizio di telefonia sia dagli utenti; anche questi ultimi infatti, con eventuali ripensamenti a richiesta di MNP già inoltrata, ponevano il *donating* nella situazione di trovare una soluzione alternativa per non perdere il cliente.

Era proprio questo il circolo vizioso che andava bloccato e trasformato in "virtuoso".

c) La rivincita di AGCom: l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 4602/2009.

Dopo l'emanazione della sentenza del T.A.R. Lazio con cui la delibera 78/08/CIR era sostanzialmente rimasta illesa dalle accuse di Telecom, AGCom decise di ricorrere in appello davanti al Consiglio di Stato per estendere nuovamente l'efficacia del proprio provvedimento, privato, all'articolo 5 comma 1, del periodo << *indipendentemente dall'eventuale termine di preavviso per il recesso dal contratto* >>.

In realtà l'Autorità⁶¹ non era stata l'unica ad impugnare la decisione dei giudici di primo grado: con essa avevano presentato ricorso, ognuno per proprio conto, anche Poste Mobile S.p.A.⁶² e Wind Telecomunicazioni S.p.A.⁶³, ricorsi poi tutti riuniti dal giudice di seconde cure.

Gli stessi attori inoltre, in via cautelare chiedevano anche la sospensione dell'<< *efficacia della sentenza impugnata limitatamente alla statuizione di accoglimento del ricorso di primo grado* >>, in maniera da ottenere immediatamente un rimedio al danno lamentato e non attendere i tempi più lunghi che una sentenza avrebbe richiesto.

La ragione che aveva portato gli appellanti all'uso di tale strategia consisteva nell'esigenza di ripristinare le tempistiche stabilite originariamente dalla delibera 78/08/CIR: il processo di MNP infatti risultava compromesso nella sua efficienza poiché la statuizione del T.A.R. Lazio aveva provocato un rallentamento nell'*iter* di lavorazione delle richieste; gli utenti, che avrebbero dovuto prestare maggiore attenzione ai termini di recesso previsti dal contratto stipulato con il *donating* per evitare di incorrere nelle penali previste, erano più timorosi e meno impulsivi nel decidere di cambiare il proprio operatore; si era dunque creato uno stallo che di certo non aiutava la crescita del mercato, né tantomeno quella delle nuove Compagnie telefoniche che assistevano ad una contrazione sia dei ricavi che del numero di nuovi clienti.

⁶¹ Ricorso numero di registro generale 6977/2009

⁶² Ricorso numero di registro generale 6961/2009.

⁶³ Ricorso numero di registro generale 7029/2009.

Telecom, dal canto suo, non era rimasta a guardare quanto stava avvenendo e con appello incidentale propose, ad integrazione dei risultati precedentemente ottenuti, un provvedimento cautelare di segno opposto, volto alla sospensione *in toto* della delibera che, rispetto al *petitum* del primo grado era stata solo in parte colpita.

In quanto operatore considerato senza ombra di dubbio tra i maggiori nonché da più tempo esistente sul mercato, Telecom aveva infatti necessità di mantenere invariato (a meno che non fosse riuscita ad ottenere risultati migliori dal Consiglio di Stato) il dispositivo emesso dal giudice di prime cure per tutelare la sua posizione di *donating* più esposto alla possibilità di subire la “migrazione” dei propri consumatori; ripristinare l’articolo 5 comma 1 della delibera impugnata avrebbe causato oltre alle perdite economiche, dovute al potenziale abbandono di parte della propria clientela attirata da possibili offerte più vantaggiose dei *competitors*, anche quelle dovute al mancato rispetto dei termini eventualmente previsti per il recesso dal contratto senza avere la possibilità di applicare alcuna penale.

Ciò detto, la Compagnia tornava anche a chiedere incidentalmente di vedere soddisfatto quanto chiesto in prima battuta al T.A.R. Lazio⁶⁴.

Il Consiglio di Stato decise in merito alla misura cautelare richiesta dalle parti ricorrenti alla metà di settembre, emanando un’ordinanza con la quale riteneva << [...] *di dover accogliere gli appelli cautelari principali [...] in quanto l’articolo 1 comma 3 d.l. n. 7/2007 riguarda il semplice recesso dal contratto senza trasferimento del numero ad altro operatore e, sotto altro profilo, nell’introdurre un termine massimo a garanzia del consumatore, non ha intaccato il potere dell’AGCom di disciplinare la portabilità del numero di telefonia mobile e di prevedere termini inferiori per la conclusione della procedura [...] >>.*

Il motivo della decisione a favore di AGCom, Poste Mobile S.p.A. e Wind Telecomunicazioni S.p.A. risiedeva nel fatto che, a giudizio della Corte, la sentenza di primo grado arrecava

⁶⁴Ci si riferisce dunque all’articolo 5 comma 4 lett. m), 15, 16 e 17, ai correlati paragrafi contenuti nella parte motiva della delibera 78/08/CIR e in ultimo alla lettera n.10487 dell’11 febbraio 2009 della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica di AGCom avente ad oggetto “Attuazione della normativa sulla portabilità del numero mobile”.

<< [...] un danno grave ed irreparabile agli operatori minori, chiaramente pregiudicati dalla sospensione di un regime regolatorio che tende a disciplinare la portabilità del numero in modo efficace >>; l'istanza cautelare di Telecom invece non trovò accoglimento in nessuna delle sue parti poiché non se ne ravvisavano le ragioni.

Il provvedimento quindi, aveva esteso nuovamente il valore regolamentare della delibera 78/08/CIR, a beneficio soprattutto delle più "piccole" Compagnie telefoniche.

La forza "propulsiva" di tale delibera, già dalla sua emanazione, risiedeva nell'intento di rendere applicabile e chiara una regolamentazione che, avviata (all'epoca del provvedimento cautelare) da ormai otto anni non aveva trovato ancora un'attuazione univoca, né tantomeno condivisa, prestando invece il fianco ad interpretazioni elusive e non conformi alle prescrizioni a cui l'Unione Europea chiedeva da più di un decennio di adeguarsi.

Le richieste di Telecom al contrario, oltre ad essere rigettate⁶⁵, rendevano inefficace anche il vantaggio acquisito con la sentenza del T.A.R. Lazio poiché, riaffermando il rispetto del termine per la prestazione del servizio di MNP, poneva un freno alle attività di *retention* fino a quel momento tenute da Telecom e accelerava le pratiche per rendere effettiva la portabilità del numero mobile a partire dal momento in cui il consumatore ne richiedeva l'avvio.

L'ordinanza però non produsse solo tali modifiche; innescò invece un cambiamento di dimensioni notevoli nell'ambito della *Mobile Number Portability*, dal momento che essa si inseriva in un contesto ben più ampio, non limitato alle sole fattispecie oggetto di impugnazione.

Tra giugno e settembre infatti, periodo di emanazione rispettivamente della sentenza di primo grado e dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato, AGCom si trovò a dover notificare a Telecom ripetute violazioni della delibera 78/08/CIR, proprio quella impugnata dalla Società di telefonia.

⁶⁵ Già precedentemente con Ordinanza cautelare del Consiglio di Stato n. 4534/2009 stessa sorte era toccata a Vodafone; infatti come si può agevolmente notare, i contenuti dei due provvedimenti sono sostanzialmente uguali, ad esclusione dell'appellante incidentale, ossia Vodafone. Per il provvedimento completo v. <https://www.giustizia-amministrativa.it>

La prima contestazione⁶⁶ avvenne il 6 agosto 2009, in riferimento alle infrazioni commesse nel periodo tra dicembre 2008 e luglio 2009; la seconda⁶⁷ invece venne comunicata il 13 novembre dello stesso anno per le violazioni commesse nel periodo agosto-settembre 2009. Per entrambe era stata accertata una mancata applicazione dell'articolo 5 comma 17 della delibera AGCom, ossia il divieto di annullamento di richieste di portabilità inoltrate dal *recipient* al *donating*.

In questi casi davanti all'operatore si aprivano due strade:

- la sanzione⁶⁸;
- la proposta di impegni⁶⁹.

Telecom Italia optò per la seconda opzione e chiese all'*Authority* che gli impegni inizialmente proposti per la contestazione 6/09/DIR venissero estesi, dato il contenuto simile, anche alla 8/09/DIR; prima dell'approvazione definitiva però, anche gli altri operatori si sarebbero dovuti confrontare sul progetto proposto dalla Società, con la possibilità di poter addurre le proprie osservazioni funzionali ad una redazione meticolosa da sottoporre poi al vaglio finale di AGCom.

Alla consultazione pubblica parteciparono Wind, Poste Mobile e Coop Italia, le quali chiesero che gli *impegni* presentati in riferimento al momento "cruciale" del passaggio del numero del cliente dal *donating* al *recipient* fossero particolarmente stringenti e focalizzati sul divieto di

⁶⁶ Procedimento sanzionatorio n. 6/09/DIR, 6 agosto 2009.

⁶⁷ Procedimento sanzionatorio n. 8/09/DIR, 13 novembre 2009.

⁶⁸ Articolo 10 delibera 136/06/CONS successivamente modificata dalla delibera 194/12/CONS.

⁶⁹ Articolo 12 *bis* delibera 136/06/CONS cit. Sulla scia dell'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, anche AGCom si era dotata dell'opportunità di approvare schemi di "impegni" proposti dagli operatori che avessero ammesso la violazione dei provvedimenti dell'*Authority* all'avvio del procedimento. Entro trenta giorni dalla ricezione dell'atto di contestazione l'impresa avrebbe dunque potuto presentare una proposta volta a « [...] migliorare le condizioni della concorrenza nel settore rimuovendo le conseguenze anticompetitive dell'illecito attraverso idonee e stabili misure [...] » e dopo la verifica dell'attuabilità di quanto "promesso" dall'operatore, il Consiglio di AGCom avrebbe reso gli *impegni* obbligatori fissando una data per verificarne l'effettiva realizzazione; l'esito positivo avrebbe dato luogo all'archiviazione del procedimento sanzionatorio, mentre il fallimento, la sua ripresa.

contatto e di utilizzo dei dati da parte dell'operatore cedente e di tutti i soggetti da questo preposti all'eventuale svolgimento di attività di *retention*.

6. *“Impegni” per un nuovo inizio: la delibera 187/10/CONS*

Alla luce di tali specifiche esigenze espresse dalle altre Compagnie telefoniche, la proposta *definitiva* di impegni di Telecom Italia venne approvata, non senza un lungo dibattito con le Società avversarie, con la delibera 187/10/CONS⁷⁰.

In dodici punti la Società intese delineare il piano da adottare sia per evitare la sanzione prevista altrimenti da AGCom, sia per dimostrare di aver effettivamente recepito la delibera in precedenza contestata, nei confronti della quale, come poi si dirà, rinuncerà ad ogni tipo di azione legale.

Riportando in sintesi le stesse parole di Telecom Italia, gli obiettivi che essa si proponeva di raggiungere erano i seguenti:

- << Espletamento di tutte le richieste di portabilità prese in carico, fatti salvi i rifiuti ammessi nelle casistiche previste dalla delibera 78/08/CIR [...];
- Divieto di prevedere lo svolgimento [...] di attività di retention di telefonia mobile ed eliminazione delle procedure aziendali utilizzate per le campagne di MNP retention [...];
- Divieto per Telecom Italia e/o qualunque altro soggetto che operi in e per conto di Telecom Italia stessa di adottare o mantenere procedure aziendali volte ad ottenere l'annullamento, la sospensione e/o l'interruzione [...] della prestazione di MNP a partire dal momento in cui l'operatore donator (Telecom Italia) riceve la richiesta di MNP [...];

⁷⁰ Delibera 187/10/CONS recante *Approvazione della proposta di impegni presentata dalla Società Telecom Italia S.p.A., ai sensi della legge n. 248/06, relativi ai procedimenti sanzionatori n. 6/09/DIR e n. 8/09/DIR.*

- Creazione di una banca dati presso Telecom Italia, consultabile dagli altri operatori mobili, nella quale siano disponibili informazioni sullo stato delle richieste di MNP andate a buon fine e di quelle rifiutate e/o scartate [...] che confermi l'assenza di cause d'annullamento delle richieste di portabilità [...] e la presenza delle sole causali di scarto e rifiuto previste dall'articolo 5 comma 10 della delibera 78/08/CIR e correttamente usate ai fini previsti in delibera [...] >>;⁷¹

Inoltre, in aggiunta a quanto sopra esposto, la Società si impegnava formalmente, una volta approvati gli impegni, a rinunciare al giudizio amministrativo contro la delibera AGCom 78/08/CIR contro la quale aveva provveduto ad adire il T.A.R. Lazio prima e il Consiglio di Stato poi.

Il *modus operandi* di Telecom, dunque, aveva subito un cambio di rotta: dall'intenzione iniziale di rendere il regolamento dell'Autorità inapplicabile, essa decise infine di uniformarsi ad esso dandone << [...] completa ed incondizionata attuazione [...] >>, rinunciando inoltre a procedere con il giudizio d'appello, a cui aveva partecipato incidentalmente, e che in quel momento, era in piena fase di svolgimento.

Alla base della decisione assunta dalla Società giocarono un ruolo fondamentale due elementi:

- la minaccia della pesante sanzione che le sarebbe altrimenti stata irrogata;

⁷¹ Pur rinviando, per la lettura integrale degli impegni, alla già citata delibera 187/10/CONS, per maggiore completezza occorre aggiungere ai punti già elencati anche ulteriori impegni che Telecom intendeva assumere nei confronti di AGCom, tra i quali « *Diffusione di una nota informativa interna che vieti [...] di utilizzare anche per il tramite di soggetti terzi, i dati dei clienti che abbiano fatto richiesta di MNP [...] per finalità di retention per qualsiasi attività promozionale e/o commerciale volta all'annullamento dell'MNP; istituzione di un'Unità di Monitoraggio interna [...] con il compito di vigilare sul rispetto degli impegni e, in particolare, che non vi siano scambi tra divisioni aziendali dei dati dei clienti che abbiano fatto richiesta di MNP, nonché di verificare se vi siano doglianze di operatori recipient in materia di MNP [...]; aver dato completa ed incondizionata attuazione al nuovo processo MNP, come disciplinato dalla delibera n. 78/08/CIR [...]* ».

- la valutazione che in futuro le misure proposte avrebbero permesso << [...] il concreto rafforzamento e lo sviluppo della concorrenza tra gli operatori del settore [...] e tempi certi sull'attivazione della prestazione di portabilità del numero mobile⁷² >>.

È opportuno poi aggiungere che la proposta di impegni di Telecom non fu l'unica ad essere approvata in tale ambito e in tale periodo; precedentemente infatti, a partire dal 2009, anche Wind sottopose al vaglio di AGCom un documento simile⁷³ con il fine ultimo di bloccare le attività di *retention* che venivano ripetutamente perpetrate, benché in questo caso la violazione contestata fosse quella della precedente delibera 19/01/CIR (poi sostituita dalla 78/08/CIR).

Fu poi la volta di H3G⁷⁴, la quale dovette ricorrere ad una soluzione di tal genere per sospendere il procedimento che la vedeva protagonista ed infine anche di Vodafone⁷⁵.

⁷² Punto 4 (Valutazione degli impegni) dell'Allegato alla delibera 187/10/CONS.

⁷³ Approvati poi dall'Autorità con delibera 533/09/CONS recante *Approvazione di impegni presentata dalla Società Wind Telecomunicazioni S.p.A. ai sensi della legge 248/06, di cui al procedimento sanzionatorio 8/08/DIR*. Nella fattispecie veniva contestato alla Società la violazione ex articolo 4 comma 9 delibera n. 19/01/CIR, ossia l'utilizzo, per scopi promozionali, dei dati di clienti in fase di passaggio ad altro operatore. La prospettiva di una sanzione aveva fatto sì che l'operatore proponesse "impegni" volti ad eliminare le attività di *retention* attraverso, ad esempio, la modifica delle politiche aziendali e la diffusione di note informative interne che mutassero il *modus operandi* tenuto fino a quel momento.

⁷⁴ AGCom era intervenuta con l'avvio del procedimento sanzionatorio 11/09/DIT contro H3G per sanzionare l'inottemperanza della Società all'articolo 9 comma 10 della delibera 19/01/CIR in quanto aveva annullato la portabilità di ventinove clienti verso altro operatore servendosi della causale "*annullamento per richiesta da altro recipient*". Anche in questo caso H3G adottò una serie di impegni che analizzavano sì il caso di specie, ma assumevano anche un taglio più generico affermando che, alla luce della nuova proposta di impegni, poi approvata dall'Autorità con delibera 620/09/CONS, sarebbe stato assicurato « [...] il pieno e completo rispetto della previsione dell'articolo 5 comma 10 della delibera 78/08/CIR » e oltre a ciò una maggiore tutela della concorrenza e della libera scelta del consumatore attraverso il divieto per l'azienda di porre in essere attività di *retention* finalizzate al blocco della MNP.

⁷⁵ L'approvazione degli impegni di Vodafone avvenne con delibera AGCom 186/10/CONS in riferimento ai procedimenti sanzionatori 2/09/DIR, 5/09/DIR e 9/09/DIR immediatamente prima della delibera con cui erano state avallate le proposte di Telecom.

Anche a Vodafone si contestava l'annullamento di richieste di portabilità ex articolo 5 comma 17 e l'utilizzo di dati della clientela per fini di *retention* (articolo 4 comma 9 delibera 19/01/CIR, poi articolo 10 comma 6 delibera 78/08/CIR). La Società dal canto suo "prometteva" di adottare misure stabili volte ad una più adeguata osservanza della delibera 78/08/CIR ed in particolare la modifica delle politiche aziendali per evitare promozioni commerciali al fine di mantenere i propri clienti, l'istituzione di un'Unità di

In ordine temporale dunque, gli impegni assunti da Telecom, di cui si è già ampiamente discusso, furono gli ultimi ad essere approvati dall'Autorità.

Un simile atteggiamento da parte dei quattro operatori telefonici più influenti in quel periodo, nonché proprietari delle infrastrutture, dimostrava che, nonostante le decisioni prese fossero state frutto di una valutazione "obbligata" tra una politica aziendale ispirata all'osservanza più stringente delle regole in materia di MNP o il pagamento di un'esosa sanzione, tutti erano consapevoli che un impegno reciproco avrebbe facilitato il graduale raggiungimento della concorrenzialità nel mercato, una maggiore collaborazione delle imprese e una ricca scelta per i consumatori.

7. *Lo scenario dopo l'Ordinanza del Consiglio di Stato n. 4602/2009*

L'Ordinanza del Consiglio di Stato costituì senz'altro uno spartiacque in tema di *Mobile Number Portability* e segnò un'inversione di marcia positiva rispetto alla regolamentazione iniziale dell'*Authority* e alla sua applicazione.

A questa evoluzione partecipò attivamente anche AGCom che, rimasta silente fino al 2008, anno in cui la Commissione Reti e Servizi emanò l'ultima delibera in tema di portabilità, intervenne nuovamente alla fine del 2011 con un nuovo provvedimento, il quale sebbene mantenesse invariata gran parte della disciplina precedentemente emanata, modificava alcuni punti cruciali e ne introduceva di nuovi.

Tale intervento si rendeva quanto mai necessario poiché la delibera del 2008 proponeva sotto più punti di vista meccanismi che, la crescita esponenziale da un lato del numero di dispositivi dall'altro dei clienti, rendevano la portabilità del numero mobile inadeguata sia ai tempi che allo scenario europeo.

Monitoraggio con il compito di vigilare sul rispetto degli impegni e la rinuncia a proseguire nell'azione amministrativa contro la delibera succitata giunta in quel periodo davanti al Consiglio di Stato.

Era stata proprio l'Unione Europea infatti ad inaugurare, con le direttive 2009/136/CE⁷⁶ e 2009/140/CE⁷⁷ un nuovo ciclo normativo con obiettivi specifici, come ad esempio la riduzione ad un giorno lavorativo della procedura di MNP⁷⁸ ed altri più generici, come l'adeguamento ai tempi moderni del settore delle comunicazioni elettroniche e la previsione che le Autorità di Regolazione dei singoli Stati Membri monitorassero gli operatori del settore affinché con le loro politiche non apportassero squilibri alla concorrenza; in virtù di questo compito esse avrebbero dovuto utilizzare i propri poteri per creare un reticolo di regole a cui le imprese avrebbero dovuto attenersi a pena di sanzioni.

In Italia, una risposta alle richieste europee venne data nel 2011, con il nuovo *"Regolamento riguardante la portabilità dei numeri per i servizi di comunicazioni mobili e personali"*, il quale prevedeva modifiche in tema di:

- *Obbligo di accordo Quadro tra operatori del settore (articolo 2 comma 18);*
- *Aggiornamento delle banche dati (articolo 4 comma 2 e 4);*
- *Condizioni alla richiesta di attivazione della prestazione di MNP (articolo 5 comma 4 lett. o) e p));*
- *Capacità di evasione giornaliera (articolo 8 comma 4);*
- *Obblighi a carico dell'operatore donating (articolo 10 comma 6);*
- *Qualità della prestazione (articolo 13 comma 11);*
- *Indennizzi (nuovo articolo 14).*

⁷⁶ Di modifica alla direttiva 2002/22/CE su servizio universale e diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazioni elettroniche.

⁷⁷ Tale direttiva interveniva a modificare la maggior parte del pacchetto di direttive emanate nel 2002 e più precisamente la 2002/19/CE c.d. direttiva accesso, la 2002/20/CE in tema di autorizzazioni per le reti e servizi di comunicazione elettronica e la 2002/21/CE che istituiva un quadro comune per la regolamentazione delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica

⁷⁸ V. Considerando (47) direttiva 2002/136/CE.

In primis l'attenzione di AGCom si focalizzava sull'esigenza che tutti gli operatori intenzionati a fornire il servizio di portabilità del numero mobile fossero obbligati a diventare parte dell'Accordo Quadro, già stipulato negli anni precedenti tra le Compagnie telefoniche; non si trattava più dunque di una sottoscrizione auspicata da AGCom per favorire la convergenza delle varie Società, ma di un vero e proprio vincolo ritenuto necessario al fine di rendere la disciplina omogenea e condivisa tra gli addetti ai lavori.

Tale accordo "cogente" sarà effettivamente portato a termine solo due anni più tardi, nel 2013⁷⁹, ma nella delibera del 2011 venivano già gettate le basi per la creazione di un documento con una forza non solo contrattuale, bensì regolamentare.

Veniva modificato anche il periodo massimo consentito per l'aggiornamento delle banche dati, per le quali precedentemente alle Società *recipient* veniva concesso un termine di due giorni dalla notifica di validazione della richiesta da parte del *donating* per l'inserimento dei nuovi numeri acquisiti; ora il termine veniva ridotto di un giorno (<< [...] *entro le 19:00 del giorno in cui riceve la notifica di validazione della richiesta di portabilità* [...] >>) per consentire una più rapida consultazione ed un più veloce espletamento delle pratiche da parte degli operatori.

A tutela dei consumatori invece, erano state inserite due nuove previsioni da sottoscrivere all'atto della richiesta di passaggio ad altra compagnia telefonica, ossia il riferimento alla presunta data di attivazione della prestazione, corredata da informazioni sulla possibilità di ricevere un equo indennizzo qualora i tempi della MNP si fossero protratti più a lungo del dovuto, unitamente alla dichiarazione per l'assenso/diniego all'inserimento del proprio numero all'interno degli elenchi telefonici.

La capacità di evasione giornaliera delle richieste di portabilità così come prevista inizialmente, veniva epurata delle differenze stabilite in precedenza per i singoli operatori a favore

⁷⁹ Delibera n. 651/13/CONS recante *Valutazione dell'Accordo Quadro per la prestazione della portabilità del numero mobile, previsto dall'Allegato 1 alla delibera 147/11/CIR.*

di un unico limite minimo da garantire giornalmente per il solo fatto di fornire il servizio telefonico⁸⁰; in aggiunta a questo l'Autorità si riservava inoltre di << [...] *introdurre l'obbligo per l'operatore donating di validazione in tempo reale [...] nonché di ridurre ulteriormente la durata del periodo di attivazione [...] >> affinché le pratiche non avessero modo di accumularsi provocando ritardi sia in capo al *recipient* che soprattutto a scapito del cliente.*

A carico degli operatori cedenti, più volte sanzionati da AGCom per l'annullamento abusivo di richieste di portabilità mascherate dalla dicitura "disservizi tecnici", veniva posto l'obbligo di redazione ed invio, entro il decimo giorno, di un resoconto contenente l'elenco delle prestazioni, la cui attivazione era stata inficiata da tale problematica accompagnato da una nota indicante le soluzioni per evitare nuovamente tale eventualità.

Gli operatori *recipient* dal canto loro, sarebbero incorsi nelle penali previste dall'accordo tra operatori solo a partire dal secondo giorno di ritardo e solo in caso di eventi imprevedibili che potessero essere giustificati da gravità ed eccezionalità.

La vera novità del regolamento in esame, mai prevista fino al 2011 consisteva però nel già citato indennizzo da corrispondere al cliente quando la portabilità avesse subito un ritardo rispetto ai normali tempi di attivazione; le precedenti delibere avevano sempre sorvolato il tema e gli operatori non vedevano di buon occhio la previsione di un esborso dovuto alle lungaggini che fino a quel momento continuavano ancora a verificarsi e che in alcuni casi erano in grado di far "slittare" il passaggio ad altro operatore anche di quindici - venti giorni.

L'articolo 14 della delibera AGCom in esame, stabiliva che l'indennizzo doveva essere richiesto direttamente dal cliente all'operatore *recipient* e che lo stesso si quantificasse da un minimo di 2,50 euro fino ad arrivare ad un massimo di 50 euro; era dovuto solo per i ritardi a

⁸⁰ L'articolo 8 comma 4 fissa un limite di 500 unità che precedentemente era appannaggio solo degli operatori virtuali.

partire dal secondo giorno lavorativo⁸¹ sia per contratti prepagati che per contratti in abbonamento e la sua richiesta, per esplicita previsione dell'Autorità, oltre ad essere ispirata ai canoni della semplicità, non avrebbe dovuto comportare alcun tipo di costo od onere per l'utente.

La previsione di questa "penale" a carico delle Società avrebbe dovuto velocizzare tutto l'iter della MNP o quanto meno non ritardarlo oltremodo a causa delle mai del tutto soppite pratiche di *retention*.

Questa parte del regolamento 147/11/CIR non entrò subito in vigore poiché l'*Authority* riteneva più opportuno << [...] prevedere un lasso di tempo maggiore [...] >> per dar modo alle Compagnie di approntare in materia un sistema adeguato in grado di dare piena soddisfazione al cliente e di effettuare un'analisi accurata delle richieste dei consumatori per verificare la presenza di tutti i requisiti che dessero diritto all'indennizzo; indi per cui l'articolo 14 sarebbe entrato in vigore solo a partire dal 1° gennaio 2013⁸².

8. L'Accordo Quadro del 2013

Al fine di fornire un quadro articolato e completo del panorama regolamentare odierno, è necessario analizzare anche la delibera del 2013 che conclude ad oggi l'iter disciplinare inaugurato da AGCom più di un decennio fa.

Come già precedentemente accennato, più volte l'Autorità aveva auspicato l'interazione tra gli operatori del settore che, in quanto specialisti, erano in grado di rendere la disciplina più dettagliata ed efficace.

⁸¹ Nella precedente delibera AGCom i giorni necessari per la portabilità erano due, ma venivano concesse 24 ore in più qualora l'operatore avesse avuto degli impedimenti durante il processo di lavorazione della richiesta.

⁸² Il regolamento, tranne alcune eccezioni, sarebbe entrato in vigore, *ex* articolo 18 comma 1, a partire dal 31 Marzo 2012.

Per ripercorrere brevemente le tappe che hanno portato all'Accordo Quadro del 2013 è bene ricordare che la prima bozza, poi sottoscritta dagli operatori presenti in quel periodo sul mercato⁸³, venne redatta nel 2004, benché già la regolamentazione del 2001 demandasse un'intesa capace di << [...] *definire concretamente l'effettivo funzionamento delle procedure tecniche ed operative* [...] >>⁸⁴.

Il patto venne poi rinnovato annualmente dalle stesse Società fino a che nel 2009, in conseguenza della liberalizzazione delle infrastrutture e delle reti voluta dall'Unione Europea, ai "vecchi" operatori di telefonia si affiancarono i "nuovi", quelli virtuali, in grado di fornire il servizio ma sprovvisti delle strutture per farlo; l'Accordo stipulato in precedenza non venne ritenuto più idoneo a soddisfare le esigenze per cui era stato da tutti in precedenza approvato, al punto che si decise di procedere, a giugno del 2009, alla redazione di un secondo Accordo a cui, oltre alle parti del primo si aggiunsero PosteMobile, Carrefour, Noverca, Coop, Fastweb, BT, PLDT.

Quattro mesi più tardi si rese necessario un terzo Accordo, poiché in questa occasione i nuovi operatori erano diventati 13⁸⁵ e altri se ne stavano costituendo: il bisogno di far sì che tutti gli operatori divenissero parte di un documento determinante per definire nel dettaglio la fornitura della prestazione di MNP, ispirò in AGCom l'idea che il modello del contratto e la cogenza di un regolamento potessero essere la migliore soluzione per un tema sempre più al centro dell'attenzione come quello della portabilità del numero mobile.

Fu solo nel 2013 però che l'Accordo raggiunse lo sviluppo massimo, poiché il fatto di essere allegato alla delibera 651/13/CONS gli consentì innanzitutto di assumere estrema visibilità, e oltre a ciò di assurgere a documento imprescindibile senza cui alcun operatore, per espressa previsione dell'*Authority*⁸⁶, avrebbe potuto esercitare la propria attività.

⁸³ Telecom Italia Mobile, Vodafone Omnitel, Wind e H3G

⁸⁴ F. BRUNO – G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, op. cit., pag. 590.

⁸⁵ Telecom, Vodafone, WIND, H3G, PosteMobile, Fastweb, BT, COOP, Daily Telecom, Carrefour, Tiscali, Noverca Italia, PLDT, Lycamobile, ERG Mobile

⁸⁶ Allegato 1 alla delibera 147/11/CIR Articolo 2 comma 18.

I contenuti erano quelli previsti dalla precedente delibera 147/11/CIR la quale, all'articolo 5 comma 3 dell'“Allegato 1” forniva le linee guida sugli argomenti che le Società di telefonia avrebbero dovuto affrontare per trovare un idoneo bilanciamento di interessi ed una soddisfacente disciplina della materia⁸⁷.

I punti più importanti erano i seguenti:

- Modalità tecniche di comunicazione e scambio dati;
- Standard applicabili agli accordi di Service Level Agreement (SLA);
- Procedure di dettaglio, riferimenti e responsabilità, relative alle prestazioni richieste dall'Autorità Giudiziaria;
- Modalità di aggiornamento reciproco delle banche dati per l'instradamento dei numeri portati.

Gli operatori che sottoscrissero questa intesa avevano subito un ulteriore incremento rispetto al 2009: si trattava infatti di ventiquattro Società⁸⁸ che si impegnavano per un periodo di cinque anni (dunque ad oggi tale intesa è ancora vigente) ad osservare le disposizioni contenute in essa.

Le speranze riposte da AGCom nella collaborazione tra imprese e Autorità di settore, avevano effettivamente dato vita ad una “regolazione mista” e con essa alla possibilità di una sua crescita vigorosa nel futuro.

⁸⁷ Lo stesso Accordo quadro li riporta all'articolo 3 comma 2.

⁸⁸ Wind, Telecom Italia, Vodafone, H3G, Coop Italia, PosteMobile, Fastweb, CIM, BT Italia, Daily Telecom Mobile, Total ERG, Tiscali Italia, Noverca Italia, Lycamobile, Digi Italy, Telogic Italy, BT Enia, Arabia Mobile, Green ICN, NetValue, Digitel Italia, Optima, BIP mobile, Limecom S.r.l.

9. Considerazioni conclusive

Il tema della *Mobile Number Portability*, benché di importanza fondamentale all'interno di un mercato libero e sempre più "affollato" come quello della telefonia, non ha ancora raggiunto la rilevanza ottenuta da altri argomenti, sebbene goda di considerazione maggiore rispetto agli anni precedenti.

A sostegno di tale affermazione intervengono sia la disciplina approntata gradualmente da AGCom, che dal 2013, anno dell'ultimo intervento in materia, non ha registrato aggiornamenti a riguardo, sia l'ancora scarsa dottrina ad oggi presente.

Molto si è fatto per arginare le problematiche che soprattutto nei primi anni tendevano ad ostacolare una corretta fornitura della prestazione: ci si riferisce in particolar modo alla ripetute violazioni delle previsioni di annullamento, scarto e rifiuto delle richieste di MNP inoltrate e alle pratiche di *retention* perpetrate dalle Società che, per porre un freno a tale *modus operandi*, altrimenti sanzionato, avevano redatto linee guida con il fine di espletare la propria attività nel rispetto delle regole e del buon senso verso i rispettivi concorrenti.

Molto altro però deve ancora farsi.

Si tratta sicuramente di un argomento più complesso rispetto ad altri, bisognoso di conoscenze non solo giuridiche ma anche tecniche; proprio per questo occorrerebbe un maggiore risalto e una diffusione più capillare del tema non solo tra gli operatori del settore, ma anche e soprattutto tra i consumatori, coloro i quali danno *input* alla prestazione di MNP.

La consapevolezza effettiva da parte degli utenti, dei diritti e dei doveri che nascono al momento della richiesta di portabilità del proprio numero, consentirebbe infatti una più agevole gestione del processo di migrazione da entrambe le parti del contratto e permetterebbe di diminuire il "dislivello informativo" che solitamente in questo genere di operazioni provoca sempre alcune perplessità in capo ai clienti.

In parte tale dislivello informativo si è ridimensionato con il passare del tempo e i progressi tecnologici nonché le modalità di comunicazione che sono stati gradualmente adottati per il

servizio di *Mobile Number Portability* si sono concretizzati in un accrescimento sia del numero originario degli operatori che dei clienti, sfociando anche in una sollecitazione della competitività nel mercato.

Per apprezzare la portata del fenomeno è utile riportare alcuni dati pubblicati all'interno dell'ultima Relazione Annuale dell'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni⁸⁹: da un lato le operazioni complessive di MNP ammontano oggi a 101,8 milioni di unità, superando di circa 12 milioni di unità l'anno precedente, dall'altro l'indice di mobilità⁹⁰ del servizio, ossia la propensione degli utenti a cambiare operatore, è passato dal 27,1 per cento del 2015 al 29,2 per cento del 2016.

Un ulteriore spunto di riflessione viene offerto altresì dal dato relativo alla *customer base*, ossia il numero totale di SIM attive, passato da 88,8 milioni del 2015 a 86,8 milioni del 2016: osservando tale flessione e l'incremento delle richieste di MNP alla luce della regolamentazione approntata dall'Autorità nel corso degli anni, si può ipotizzare che gli utenti preferiscano mantenere il proprio numero sfruttando il servizio di portabilità piuttosto che procedere all'attivazione di una SIM *ex novo*. Un simile risultato è anche il frutto delle molteplici e semplificate possibilità che, rispetto al passato, vengono offerte all'utente per cambiare gestore telefonico senza dover abbandonare la propria numerazione; infatti le modalità con le quali oggi è possibile richiedere il servizio di portabilità sono notevolmente cambiate rispetto agli anni scorsi. Inizialmente l'unica *chance* era quella di recarsi in un negozio fisico muniti sia di un documento d'identità valido o di una delega per conto della persona (fisica o giuridica) che richiedeva il passaggio ad altro operatore, sia naturalmente della SIM da cui estrapolare il seriale necessario alla richiesta di *porting*.

⁸⁹ Relazione Annuale AGCom per l'anno 2017, 90 ss. Per i dati relativi all'anno 2017-2018 sarà necessario attendere la pubblicazione della nuova Relazione Annuale.

⁹⁰ Nella Relazione Annuale sopra citata tale valore è dato dal rapporto tra il complesso delle linee donate/acquisite attraverso il ricorso al servizio di *Mobile Number Portability* nell'anno e la corrispondente *customer base* media complessiva (al netto delle linee M2M).

Da qualche tempo invece alcuni operatori consentono ai futuri clienti di scegliere se effettuare la portabilità in maniera tradizionale o *online*: in quest'ultimo caso sarà compito degli interessati compilare correttamente le informazioni relative alla propria anagrafica e inserire il numero seriale della SIM per la quale si richieda la procedura di MNP, unitamente ad un documento d'identità in corso di validità del richiedente; successivamente all'ordine, la nuova SIM verrà spedita all'indirizzo indicato dal cliente in fase di registrazione e sulla stessa, entro i tempi previsti dalle delibere AGCom precedentemente esaminate, avverrà il passaggio all'operatore prescelto.

L'ultima innovativa opportunità di fruire del servizio di MNP è stata inoltre introdotta dal nuovo operatore italiano, Iliad, tramite le *Simbox*: si tratta di *totem* collocati in gallerie commerciali o stazioni ferroviarie, tramite cui è possibile richiedere o l'attivazione di una nuova SIM o la portabilità del proprio numero; ai fini dell'autenticazione dell'utente verrà chiesta la scansione del proprio documento d'identità e la pronuncia del proprio nome e cognome, unitamente all'esplicita volontà di scegliere l'operatore *recipient*. Nel momento in cui la SIM viene rilasciata all'utente, essa è da subito attiva⁹¹, mentre per ottenere la portabilità del numero sarà necessario attendere le tempistiche prestabilite.

Un ultimo spunto di riflessione infine viene offerto dall'odierna evoluzione del quadro europeo in materia di comunicazioni elettroniche; le politiche attuate dall'Unione Europea per

⁹¹ Recentemente sono stati sollevati dubbi sulle modalità di identificazione e di firma digitale delle *Simbox*, poiché si ritiene che esse non rispondano agli *standard* di sicurezza richiesti dalla legge n. 155 del 2005 (c.d. legge Pisanu) e confluiti poi nell'art 55 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche in materia di lotta al terrorismo internazionale. Al momento gli esposti presentati dai soggetti legittimati a farlo sono al vaglio delle Autorità competenti.

far sì che gradualmente si possa parlare di un reale *digital single market*, hanno già portato all'abbattimento delle frontiere del *roaming*⁹², dei servizi di contenuti *online*⁹³ e dei dati⁹⁴.

Alla luce di queste normative dunque, non è poi così utopico auspicare anche una futura portabilità delle numerazioni telefoniche dei cittadini europei; se l'abolizione delle tariffe previste per il *roaming* nei Paesi dell'Unione Europea ha consentito agli utenti di poter fruire della propria offerta *nazionale* all'interno dell'area comunitaria⁹⁵, la possibilità per il consumatore di stipulare un'offerta con un operatore non necessariamente del proprio Paese di provenienza contribuirebbe ancor più all'obiettivo di giungere progressivamente ad un mercato unico e alla libera circolazione di persone, beni e servizi; a queste condizioni, i benefici sarebbero duplici: una competizione non più nazionale bensì sovranazionale e la possibilità per gli utenti di beneficiare di un numero tutt'altro che limitato di offerte.

⁹² Regolamento 2015/2120 del Parlamento Europeo e del Consiglio *che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione.*

⁹³ Regolamento 2017/1128 del Parlamento Europeo e del Consiglio *relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno.*

⁹⁴ Regolamento 2016/679 *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).*

⁹⁵ Purché si tratti di un "utilizzo corretto": il regolamento (UE) 2015/2120 del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione, stabilisce all'articolo 6 *ter* che « I fornitori di roaming possono applicare [...] una «politica di utilizzo corretto» al consumo di servizi di roaming al dettaglio regolamentati forniti al livello di prezzo al dettaglio nazionale applicabile, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo o anomalo [...] da parte dei clienti in roaming, come l'utilizzo [...] di tali servizi in uno Stato membro diverso da quello del loro fornitore nazionale per scopi diversi dal viaggio occasionale ».

Dunque, la disciplina interviene solo qualora l'utilizzo della propria tariffa nazionale venga fruita momentaneamente in un altro Paese dell'Unione Europea; un uso contrario è considerato illegittimo e come tale passibile dell'applicazione di un sovrapprezzo da parte dell'operatore nazionale.