



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA n. 159/16/CONS

**ARCHIVIAZIONE DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO n. 24/15/DTC
AVVIATO NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ VODAFONE ITALIA S.P.A.
PER LA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 71 DEL DECRETO LEGISLATIVO
1 AGOSTO 2003, n. 259, IN COMBINATO DISPOSTO CON GLI ARTICOLI 3 E
4 DELLA DELIBERA n. 96/07/CONS**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 5 maggio 2016;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

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

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*”;

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

VISTA la delibera n. 410/14/CONS, del 29 luglio 2014, ed il relativo Allegato A, recante «*Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni di consultazione pubblica sul documento recante “Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”*», come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 581/15/CONS;

VISTA la delibera n. 265/15/CONS, del 28 aprile 2015, recante “*Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 88/16/CONS;

VISTA la delibera n. 401/10/CONS, del 22 luglio 2010, recante “*Disciplina dei tempi dei procedimenti*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 118/14/CONS;



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

VISTA la delibera n. 96/07/CONS, del 22 febbraio 2007, recante “*Modalità attuative delle disposizioni di cui all’art. 1, comma 2, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7*”;

VISTO l’atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 24/15/DTC del 27 ottobre 2015;

VISTA la nota del 26 novembre 2015 con cui la società Vodafone Italia S.p.A. ha trasmesso la propria memoria difensiva ed ha chiesto di essere sentita in audizione;

SENTITA la società Vodafone Italia S.p.A. nel corso dell’audizione tenutasi in data 15 dicembre 2015;

CONSIDERATO che il Consiglio, nella seduta dell’11 marzo 2016, ha disposto, ai sensi dell’articolo 11 della delibera n. 410/14/CONS, un approfondimento istruttorio con conseguente proroga dei termini del procedimento;

VISTA la nota del 18 marzo 2016 con cui è stata comunicata alla società Vodafone Italia S.p.A. la proroga dei termini procedurali;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Il fatto e la contestazione

In data 6 febbraio 2015 la Società H3G S.p.A. ha segnalato la condotta dei propri concorrenti tesa a comunicare offerte commerciali specifiche e non pubbliche ad *ex* clienti, comunicando nel contempo di aver avviato di recente analoghe pratiche commerciali. In data 11 febbraio 2015 l’Associazione “Consumatori associati” ha denunciato la medesima condotta tenuta dalla società Vodafone Italia S.p.A. in violazione dei diritti degli utenti. In particolare, sarebbero state condotte campagne pubblicitarie di contatto (mediante SMS e/o *teleselling*) aventi ad oggetto specifiche offerte commerciali, non pubblicizzate tramite gli ordinari canali di comunicazione, e volte alla riacquisizione del cliente.

L’Autorità, pertanto, ha svolto un’accurata attività pre-istruttoria al fine di comprendere le modalità di pubblicazione delle offerte commerciali riservate ad *ex* clienti passati ad altro operatore in forza di regolari procedure di MNP.

A tale proposito, si è ritenuto opportuno acquisire ulteriori informazioni e documenti utili ad avere maggior contezza del fenomeno, al fine di valutarne la conformità alla normativa vigente, richiedendo, in data 11 marzo 2015, i seguenti dati:



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

- i. denominazione commerciale della tariffa e sua catalogazione;
- ii. dettaglio di tutti i servizi offerti e relativi costi;
- iii. copia delle condizioni contrattuali, con particolare riferimento ad eventuali vincoli temporali e relativi costi di recesso anticipato previsti;
- iv. data a partire della quale la tariffa è stata commercializzata;
- v. eventuale data di conclusione della commercializzazione;
- vi. numero di utenti oggetto della campagna pubblicitaria, in assoluto (numero di utenti contattati) e come percentuale sulla *customer base* 2013-2014;
- vii. numero di utenti che, a seguito della proposta commerciale ricevuta, ha aderito al contratto;
- viii. modalità di acquisizione e selezione delle numerazioni oggetto delle campagne in questione, nonché modalità e/o canali informativi utilizzati ai fini della pubblicità delle offerte.

La Società, in data 26 marzo 2015, ha fornito puntuale riscontro, rappresentando che le offerte in esame non appartengono all'insieme di offerte destinate alla generalità degli utenti (c.d. offerte *mass market*) (soggette ai previsti obblighi di trasparenza e pubblicità) e descrivendo l'offerta di *win-back* proposta a partire dal mese di novembre 2014. Al riguardo, si è appurato che tale offerta non ha formato oggetto di alcuna comunicazione preventiva all'Autorità né tantomeno è stata pubblicata sul sito aziendale della Società.

Tanto premesso, con atto n. 24/15/DTC, è stato avviato un procedimento sanzionatorio per la violazione dell'articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in combinato disposto con gli articoli 3 e 4 della delibera n. 96/07/CONS.

2. Deduzioni della società

In via preliminare, la Società ha eccepito che l'atto di contestazione muove da un equivoco in punto di fatto che è quello di aver supposto che le offerte di *win-back* siano rivolte ad una generalità indistinta di soggetti, rappresentati dagli *ex* clienti. In realtà, le offerte in esame sono destinate non già alla generalità degli *ex* clienti, ma solo ad alcuni di essi, preventivamente individuati e, invero, non tutti gli *ex* clienti possono accedervi, ma solo coloro ai quali la Società abbia comunicato (via SMS o via telefono), il relativo invito. È evidente, pertanto, che l'offerta di *win-back* è valida solo per determinati clienti, identificati *a priori* e destinatari dell'invito spedito individualmente, e non qualificabile come offerta al pubblico, quanto piuttosto come offerta chiusa caratterizzata dall'esclusività dei destinatari. Ne discende, quindi, che tale tipologia di offerta non può intendersi quale "*offerta sul mercato*" assoggettabile agli obblighi previsti dagli articoli 3 e 4 della delibera n. 96/07/CONS.

La Società ha, inoltre, precisato che l'eventuale pubblicazione delle offerte in questione rischierebbe di ingenerare confusione presso gli utenti, alimentando il falso convincimento che a tali offerte possano accedere tutti gli *ex* clienti.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Per completezza espositiva, la Società ha segnalato che un'interpretazione estensiva della delibera n. 96/07/CONS non sarebbe in linea con i principi posti dalla normativa primaria, comunitaria e nazionale, in materia di tutela e di promozione della concorrenza, ricavabili dagli articoli 101 e 102 del TFUE e dalla legge n. 287/1990, nonché dalla direttive comunitarie e dal Codice delle comunicazioni elettroniche per il settore delle telecomunicazioni. In particolare, la Società ha affermato che l'espressione "offerte sul mercato", utilizzata dalla citata delibera per individuare le offerte rispetto alle quali vige l'obbligo di pubblicazione, non può che riferirsi alle sole offerte c.d. "a listino", ossia rivolte indistintamente a tutti i clienti interessati a sottoscriverle. In tale prospettiva, l'obbligo di pubblicazione non può aver ad oggetto offerte o promozioni c.d. "below the line", cioè riservate ad una cerchia ristretta di soggetti, e ciò anche nell'ipotesi in cui tali soggetti non risultassero preventivamente individuati *ad personam*, ma fossero individuati *per relationem* attraverso l'applicazione di determinati criteri selettivi e la riconducibilità a determinati *cluster*.

Al riguardo, la Società ha aggiunto che queste offerte non a listino rappresentano il frutto di politiche commerciali proprie di ogni impresa, che non possono essere preventivamente pubblicate e rese riconoscibili ai *competitors* ed agli stessi utenti *target*, pena la frustrazione delle dinamiche proprie della concorrenza nel mercato.

Da ultimo, la Società ha sottolineato che un'eventuale censura della condotta di *win-back* finirebbe per violare il principio di legittimo affidamento, nonché i principi di proporzionalità dell'azione pubblica e di buon funzionamento dell'amministrazione.

L'Autorità, infatti, non è mai intervenuta in passato sulla materia, generando nelle imprese la convinzione che tali offerte non fossero soggette agli obblighi di cui alla delibera n. 96/07/CONS. In relazione al principio di proporzionalità, peraltro, la Società ha rammentato come esso, in linea con la consolidata giurisprudenza amministrativa nel settore delle comunicazioni elettroniche, costituisca "un limite insuperabile ai fini di imposizioni di oneri che siano idonei e necessari per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa vigente, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti". Nella fattispecie in esame, viceversa, un'interpretazione estensiva degli obblighi prefigurati dalla delibera n. 96/07/CONS, che comprendesse anche le offerte di *win-back* ovvero altre promozioni non a listino, si risolverebbe nell'imposizione di oneri estremamente invasivi, non necessari ed ingiustificati nei confronti delle imprese, oneri che, oltretutto, non solo sarebbero sproporzionati, ma addirittura controproducenti rispetto alle finalità di tutela che l'articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, e la stessa delibera n. 96/07/CONS, si prefiggono. D'altra parte, la Società ha sollevato anche un possibile contrasto con il principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione pubblica che richiede che l'azione amministrativa si svolga secondo criteri di economicità, efficacia, efficienza e miglior temperamento degli interessi pubblici.

Tanto premesso, la Società ha chiesto l'archiviazione del procedimento per insussistenza della violazione contestata.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

3. Valutazioni dell'Autorità

In via preliminare, appare opportuno procedere al corretto inquadramento giuridico delle “*offerte riservate agli ex clienti*” con particolare riferimento alla loro riconducibilità nell’ambito dell’istituto della c.d. “*offerta al pubblico*” ai sensi dell’articolo 1336 c.c.

Al riguardo si osserva che l’offerta al pubblico può essere definita come un’offerta di contratto rivolta ad una generalità di destinatari. La caratteristica principale dell’offerta al pubblico è costantemente individuata nell’essere la stessa destinata ad una collettività indeterminata di soggetti anche se destinataria di tale tipologia di offerta ben può essere una collettività più delimitata di persone facilmente individuabili, purché la stessa conservi il carattere dell’indeterminatezza. Seguendo tale ricostruzione, la natura in *incertam personam* ed il carattere dell’indeterminatezza dell’offerta potrebbero essere intesi non nell’esclusivo significato di un’offerta rivolta alla totalità indistinta dei consociati, bensì anche in quello di un’offerta generalizzata rivolta ad una categoria – qualificata – di soggetti individualmente indeterminati *a priori*, quali, nella fattispecie in esame, gli *ex clienti*.

Deve, tuttavia, osservarsi che, dall’esame delle peculiari caratteristiche delle offerte di *win-back* oggetto del procedimento sanzionatorio *de quo*, con specifico riferimento al mezzo di comunicazione utilizzato ed all’estrema variabilità e temporaneità delle stesse, è emerso che la loro struttura si differenzia dalle altre offerte c.d. a listino e sarebbe, in ogni caso, inconciliabile con gli oneri di trasparenza e pubblicità imposti dalla normativa vigente, fatti salvi ulteriori interventi e valutazioni da parte di questa Autorità.

Tanto premesso, si ritiene che il procedimento sanzionatorio sia archiviabile per insussistenza della violazione.

RITENUTA, pertanto, l’insussistenza dei presupposti per l’applicazione della sanzione amministrativa da euro 58.000,00 ad euro 580.000,00 ai sensi dell’articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

UDITA la relazione del Commissario Francesco Posteraro, relatore ai sensi dell’articolo 31 del *Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*;

DELIBERA

L’archiviazione del procedimento sanzionatorio n. 24/15/DTC avviato nei confronti della società Vodafone Italia S.p.A. – codice fiscale: 03026890017, con sede legale in Via Jervis, 13 - 10015 Ivrea (TO), per la violazione dell’articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in combinato disposto con gli articoli 3 e 4 della delibera



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

n. 96/07/CONS, per non aver preventivamente comunicato all'Autorità e pubblicato sul proprio sito aziendale le offerte di *win-back* proposte a partire dal mese di novembre 2014.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alla parte ed è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 5 maggio 2016

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Francesco Posteraro

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE
Riccardo Capecchi