

DELIBERA N. 160/08/CONS

Archiviazione per insussistenza del fatto nell'ambito del procedimento sanzionatorio n. 60/07/DIT avviato nei confronti della società Vodafone Omnitel N.V. per la violazione dell'articolo 3 dell'allegato a) alla delibera n.664/06/CONS in relazione all'attivazione non richiesta della promozione "summer card sms/mms" sull'utenza telefonica: XY intestata al sig. Patane'

L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 9 aprile 2008;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n.249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera c) n.14;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche" ed in particolare l'articolo 98, comma 9;

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

VISTA la delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006, ed il relativo Allegato A, recante "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie", e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n.664/06/CONS del 23 novembre 2006, recante "Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza" ed in particolare l'articolo 3 dell'allegato A;

VISTO l'atto del direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 60/07/DIT del 19 dicembre 2007, con il quale veniva contestata alla società Vodafone Omnitel N.V., con sede legale in Roma, alla via della Grande Muraglia n.75, la violazione dell'articolo 3 dell'allegato A alla delibera n.664/06/CONS, per avere attivato, in assenza di previa ordinazione, la promozione non richiesta "Summer Card sms/mms" sull'utenza telefonica n. XY intestata al Sig. Patanè;

VISTA la memoria prodotta dalla società Vodafone Omnitel N.V. acquisita al protocollo n. 3973 di questa Autorità in data 28 gennaio 2008;

UDITA la Società interessata in data 20 febbraio 2008;

VISTI gli atti del procedimento;

I) Deduzioni della società Vodafone Omnitel N.V..

La società Vodafone Omnitel N.V., a seguito della notifica dell'atto di contestazione n.60/07/DIT avvenuta in data 24 dicembre 2007 e nei termini previsti dall'articolo 18 della legge n. 689/81, ha rappresentato la propria posizione in ordine alla gestione del caso Patanè, deducendo, in sede di audizione, quanto segue:

- 1) in via preliminare, l'articolo 3 dell'allegato A alla delibera n.664/06/CONS garantisce il diritto dei consumatori di non vedersi attivati servizi senza che vi sia stata una specifica richiesta, a fronte dello spiacevole fenomeno posto in essere da parte degli operatori di attivare servizi non desiderati. Invero, l'attivazione di un servizio in assenza di una specifica richiesta del cliente costituisce condotta sanzionabile, ai sensi delle norme richiamate dall'Autorità, solo se realizzata intenzionalmente dall'operatore, in attuazione di una preordinata strategia commerciale, ovvero se sia il risultato di una colpevole omissione di controlli presso la forza vendite; non invece nel caso - corrispondente alla fattispecie occorsa - in cui l'attivazione sia dipesa da un mero errore materiale di tipo tecnico, al quale peraltro è stato posto pronto rimedio;
- 2) nello specifico, la società ha evidenziato che l'attivazione non richiesta della promozione Summer Card sull'utenza intestata al sig. Patanè, oggetto di contestazione, è avvenuta per un isolato errore tecnico, di seguito dimostrato, che, in quanto tale, esclude la sussistenza sia di un comportamento intenzionale attuativo di una strategia aziendale che di una colpevole negligenza nell'adozione di misure di controllo. Parimenti, l'attivazione della predetta promozione è avvenuta gratuitamente, in quanto non ha comportato alcun costo a carico del cliente, il quale, dunque, non ha subito alcun pregiudizio economico a seguito dell'attivazione stessa;
- 3) in particolare, la società ha ricostruito l'intera vicenda legata alla posizione del Sig. Patanè, puntualizzando che l'attivazione della promozione non richiesta della Summer Card è avvenuta in data 30 giugno 2007, in coincidenza con la lavorazione della richiesta di rinnovo implicito gratuito di un'altra promozione cd. Infinity MMS, già attiva a far data dal 31 ottobre 2006 sull'utenza di rete mobile XY intestata al sig. Patanè. Sul punto, la società ha specificato che l'originaria promozione Infinity MMS,

prevedendo, sotto il profilo contenutistico, l'invio di 50 MMS al giorno verso numeri Vodafone di cui il primo a pagamento e i restanti 49 a titolo gratuito, è in sostanza compresa nella promozione Summer Card, in quanto quest'ultima premette di inviare gratuitamente 100 SMS e 100 MMS per il primo mese di attivazione, nonché, in caso di rinnovo della promozione al costo di Euro 6,00, la gratuità giornaliera di 99 SMS a fronte del pagamento del solo primo SMS della giornata. Pertanto, stante l'equivalenza contenutistica, la società ha sottolineato l'incompatibilità delle predette promozioni, nel senso che l'attivazione della Summer Card, migliorativa rispetto alla precedente Infinity MMS, implica necessariamente la disattivazione automatica di quest'ultima, che in sostanza è contenuta nella prima. Nel caso di specie, solo al termine del primo mese di gratuità della Summer Card Messaggi, il Sig. Patanè ha avuto contezza dell'attivazione di una promozione diversa, e precisamente dell'attivazione della Infinity SMS al costo di Euro 6,00 ed a seguito della segnalazione, intervenuta prima dell'intervento dell'Autorità, ha ottenuto il rimborso di euro 6,00, oltre un bonus di euro 12,00 per l'utilizzo gratuito della promozione per altri due mesi;

- 4) in ordine alla presenza di un errore tecnico/informativo, la società ha evidenziato che in data 30 giugno 2007 la richiesta di rinnovo gratuito automatico della promozione Infinity MMS, a causa del sovraccarico delle richieste presenti nel sistema BESFO di gestione delle richieste di attivazione delle promozioni, è stata "congelata" ed memorizzata in un database, in cui tutti gli ordini di lavorazione perdono la loro qualificazione ed alcune informazioni sulla destinazione da seguire, cosicché le relative richieste possono essere eseguite in quanto manualmente recuperate e riqualficate. Orbene, nel caso di specie, la richiesta di rinnovo della promozione Infinity MMS è stata lavorata erroneamente con modalità manuale, come richiesta di attivazione della promozione Summer Card SMS, in luogo della Infinity MMS.

Per quanto sopra esposto, la società Vodafone Omnitel N.V. ha chiesto l'archiviazione del procedimento, sollevando le censure di seguito riportate:

- i) l'attivazione è avvenuta per un isolato errore tecnico;
- ii) le misure di trasparenza in ordine alle attivazioni dei servizi alla clientela adottate da Vodafone hanno permesso di rilevare l'errore e di porvi prontamente rimedio;
- iii) dal fatto non è comunque derivato alcun pregiudizio per l'utente.

RITENUTO, sulla base di quanto emerso dall'istruttoria, di poter accogliere i rilievi della società Vodafone Omnitel N.V. in ordine all'insussistenza della violazione, per le seguenti motivazioni:

- a) in via preliminare, la condotta della società Vodafone N.V. non si è tradotta nella mera attivazione di un servizio *ex novo* in assenza di previa ordinazione dell'utente, quanto nell'attivazione di una promozione diversa da quella richiesta dal sig. Patanè, verificatasi a causa di un errore tecnico – materiale che ha interessato la fase di lavorazione manuale della richiesta di rinnovo automatico dell'originaria promozione;
- b) la società Vodafone Omnitel N.V. ha fornito adeguato supporto probatorio in ordine alla sopravvenienza dell'errore tecnico – materiale conseguente alla congestione funzionale del sistema di provisioning BESFO, esibendo copia dei reports di gestione del sig. Patanè, nonché copia dell'estratto della lista di diverse utenze, tra le quali è compresa quella intestata al Sig. Patanè, per le quali le relative richieste di attivazione delle promozioni sono state sospese alla data del 30 giugno 2006 a causa della disfunzione del sistema informativo e poi successivamente lavorate in modalità manuale mediante procedura di cd. “bonifica”. Al riguardo, si evidenzia che i reports, attestanti la procedura di gestione, quali elementi sia pure indiziari, integrano gli estremi dell'esimente dell'errore scusabile, idonei ad escludere l'intenzionalità della condotta;
- c) con riferimento al caso di specie, si rileva che l'intenzionalità nell'attivazione della promozione “Summer Card” da parte della società Vodafone Omnitel N.V. è esclusa in presenza di comprovato errore scusabile, in quanto *“l'inevitabilità dello stesso, determinata da cause oggettive estranee all'agente finisce per escludere la colpevolezza, intesa quale forma di qualificazione dell'azione soggettiva nelle fattispecie di responsabilità”* (cfr. Cass. Civ. III sentenza n.2424 del 9/02/2004);
- d) da ultimo, si deve evidenziare l'assenza di qualsivoglia pregiudizio economico per l'utente, in quanto la società Vodafone Omnitel N.V., a seguito della segnalazione e della conseguente rilevazione dell'errore, ha provveduto alla corretta gestione del cliente, predisponendo il rimborso dell'importo di euro 6,00 inerente al costo di attivazione automatica della promozione Infinity SMS, conseguente al mese di gratuità della promozione “Summer Card”, nonché l'accredito di un bonus di euro 12,00 per l'utilizzo gratuito della promozione per altri due mesi.

RITENUTO, per quanto sopra esposto, di non doversi dare ulteriore corso al procedimento in epigrafe;

VISTA la relazione del responsabile del procedimento, avv. Alessandra de Nicolais, e le risultanze istruttorie;

VISTA la proposta formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Sebastiano Sortino, relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

L'archiviazione del procedimento sanzionatorio n. 60/07/DIT relativo al caso Patanè avviato nei confronti della società Vodafone Omnitel N.V. con sede in Roma, alla via della Grande Muraglia, 75, ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n.259.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Napoli, 9 aprile 2008

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola