

DELIBERA N. 208/10/CONS

Ordinanza -ingiunzione alla società Vodafone Omnitel N.V. per violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 in combinato disposto con l'articolo 3, comma 1, allegato a) della delibera 664/06/CONS

L'AUTORITA',

NELLA riunione del Consiglio del 6 maggio 2010;

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", in particolare l'articolo 70;

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

VISTO il regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modificazioni, 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, 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, comma 1, allegato A);

VISTO l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 72/09/DIT del 16 dicembre 2010, con il quale è stata contestata alla società Vodafone Omnitel NV con sede legale in Amsterdam, e sede amministrativa e gestionale in Via Jervis, n. 13, 10015, Ivrea (TO) per ciascuna delle quattro utenze indicate nel predetto verbale d'accertamento, la violazione dell'art. 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in combinato disposto con l'articolo 3, comma 1, dell'allegato A alla Delibera n. 664/06/CONS per aver fornito servizi di comunicazione elettronica in mancanza della previa ordinazione da parte dei titolari della linea, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

VISTA la memoria difensiva presentata dalla società Vodafone Omnitel NV in data 18 gennaio 2010, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 3235 del 20 gennaio 2010;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

La società Vodafone Omnitel NV nelle memorie difensive ha rappresentato quanto segue.

1. *In primis* l'operatore ha eccepito l'incompetenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni a sanzionare singole fattispecie di attivazione di servizi non richiesti (in assenza di ordinativo dell'utente) in quanto, a dire di parte, la disciplina legislativa speciale delle comunicazioni elettroniche non contiene norme specifiche volte a sanzionare direttamente il fenomeno delle attivazioni non richieste dei servizi di comunicazione elettronica, che invece trova una sua disciplina nell'ambito del codice del consumo (d.lgs. 206/2005)

L'Autorità non sarebbe, dunque, legittimata a sanzionare i singoli episodi di fornitura non richiesta in quanto l'articolo 57 del Codice del consumo attribuisce alle Camere di Commercio la competenza ad applicare le sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione delle disposizioni relative ai contratti stipulati al di fuori dei locali commerciali. La disciplina prevista dagli articoli 57 e 62 del codice di consumo in materia di sanzioni amministrative per forniture non richieste andrebbe considerata di natura speciale (ai sensi dell'articolo 9 della legge 689/81) rispetto alla disciplina generale dell'articolo 27 del medesimo Codice (che attribuisce all'AGCM la competenza a sanzionare condotte costituenti pratiche commerciali scorrette ai sensi degli articoli 21 e ss del codice del consumo). Da tale costruzione giuridica ne discenderebbe che competente a sanzionare singoli episodi di forniture non richieste per tutte le tipologie di beni e servizi non richiesti, venduti fuori dei locali commerciali, sarebbe la Camera di commercio (con l'applicazione della sanzione da € 516,00 ad € 5165,00 per ogni illecito amministrativo formato dal singolo episodio di fornitura non richiesta, con cumulo materiale delle sanzioni amministrative da applicare). Tale interpretazione delle norme sarebbe conforme al testo letterale dell'articolo 57 che, per l'appunto, richiamando una nozione generale di "fornitura non richiesta", non distingue fra tipologie di beni e di servizi non richiesti (comprendendo pertanto in essa anche la fornitura non richiesta di servizio di comunicazione elettronica). Ciò comporterebbe l'applicazione della disciplina del citato articolo 57 (per competenza ed entità di sanzione) anche in caso di attivazione non voluta da parte dell'utente del servizio di comunicazione elettronica.

Dall'asserzione dell'esistenza di un rapporto di specialità tra i gli articoli 57 e 62 (norma speciale) e articolo 27 (norma di carattere generale) del Codice del consumo discenderebbe anche che la competenza solo residuale dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni a sanzionare per attivazioni di servizi non richiesti di comunicazione elettronica. Essa, infatti, sussisterebbe esclusivamente dinanzi alle violazioni non occasionali del divieto di fornitura non richiesta (ossia per le attivazioni di servizi non richiesti realizzate nell'ambito delle c.d. pratiche "scorrette", cioè a comportamenti imprenditoriali che assumono carattere di ripetitività, si da poter essere qualificati come abituali ed essere pertanto definiti come "pratica" nell'ambito dell'attività aziendale). Di conseguenza, per un'interpretazione sistematica della disciplina, anche l'articolo 3 del Regolamento di cui alla delibera 664/06/CONS, che non specifica se il potere sanzionatorio dell'Agcom sussista in caso di singola attivazione di fornitura non richiesta ovvero solo in presenza di fenomeni di una certa entità, qualificabili come pratiche commerciali scorrette, andrebbe interpretato in tale ultimo senso. La diversa soluzione interpretativa prospettata (che condurrebbe alla previsione di un potere sanzionatorio in capo all'Agcom per ogni singolo servizio non richiesto) porrebbe *in primis* l'articolo 3 in contrasto con la norma generale di fonte primaria (art 57 e 62) e si consentirebbe di attribuire ad una norma speciale e fonte secondaria di derogare agli articoli di legge sopra citati, in contrasto con il principio della gerarchia delle fonti giuridiche.

2. in linea subordinata e consequenziale all'eccezione sopra esposta Vodafone oppone anche la violazione dell'articolo 8, comma 1 della legge 689/81 (relativa all'istituto del cd. cumulo giuridico per la determinazione della sanzione). Con l'atto di avvio del procedimento, infatti, è stata contestata la violazione della normativa di settore in relazione a quattro distinte fattispecie con l'applicazione del principio del cumulo materiale, in caso di conferma degli addebiti, di tante sanzioni amministrative pecuniarie quanti sono gli episodi di attivazioni non richieste. L'operatore eccepisce che i singoli fatti contestati sono dello stesso tipo (attivazioni non richieste di servizi Vodafone Casa), costituenti manifestazioni di un comportamento aziendale comune per la realizzazione di un'unica strategia commerciale e cioè promuovere l'offerta di servizi Vodafone Casa alla clientela.

3. nel merito, poi, dei casi contestati: *i*) in relazione all'utenza xxxx, intestata a XXX, l'operatore evidenzia che l'attivazione del servizio "Vodafone Casa Internet e Telefono Free" è avvenuto a seguito di ordinativo elettronico trasmesso via web dall'utente. A prova dell'avvenuta conclusione del contratto l'operatore ha trasmesso il modulo PDA elettronico generato in modo automatico dai sistemi Vodafone; *ii*) per l'utenza yyyy, intestata a YYY, l'operatore ha acquisito il consenso vocale previamente espresso dalla cliente in data 30 aprile 2009, come provato da registrazione del *verbal ordering* in atti; *iii*) per l'utenza zzz intestata a ZZZ l'operatore afferma che la cliente ha manifestato il proprio consenso all'attivazione del servizio Vodafone Casa però non è in grado di provarlo in quanto la sua registrazione è andata perduta per cause fortuite; *iv*) per l'utenza www, intestata a WWW, il disservizio è stato generato da un errore materiale al momento del caricamento sui sistemi dei dati relativi alla richiesta di

attivazione del servizio di altro cliente, sig KKK. In tale fase è stata erroneamente digitata la numerazione fissa www del Sig. WWW in luogo della corretta numerazione del cliente KKK. A prova di quanto dichiarato l'operatore ha prodotto la richiesta di passaggio della linea (*cd. tracciato record*), nella quale si da evidenza che il codice dell'ordine inviato a Telecom è associato alla richiesta di attivazione del sig. KKK, mentre il numero www caricato a sistema è intestato al Sig. WWW.

II. Valutazioni dell'Autorità in ordine al caso di specie.

Con riferimento a quanto eccepito dall'operatore si evidenzia quanto segue:

1) L'eccezione relativa all'incompetenza dell'Autorità a sanzionare singole fattispecie di attivazione di servizi non richiesti va rigettata sulla scorta di varie argomentazioni. In via preliminare è opportuno evidenziare che l'inquadramento giuridico e sistematico sostenuto dall'operatore (che riporta nell'alveo di applicazione dell'articolo 57 e 62 del codice del consumo l'intera materia dell'attivazioni non richieste partendo dal presupposto che il disposto dell'articolo 52 richiama una nozione "omnicomprensiva" di fornitura non richiesta includente anche l'attivazione non richiesta di un servizio di comunicazione elettronica) è asserzione che non può essere condivisa, in quanto il fondamento giuridico della violazione è da ritrovarsi nell'articolo 70 del codice delle comunicazioni elettroniche (specificatamente richiamato nell'atto di avvio del procedimento in combinato disposto con l'articolo 3 del Regolamento). Inoltre su tale argomento l'Autorità si è già più volte pronunciata sostenendo la propria competenza in tema di attivazione di servizi non richiesti (cf. delibera 37/09/CONS; 62/09/CONS; 580/09/CONS) con applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 98 in regime di cumulo materiale.

Premesso quanto sopra, in via generale va rilevato che la normativa contestata, il disposto dell'articolo 3 del Regolamento adottato con delibera 664/06/CONS, rappresenta una norma applicativa di dettaglio dei principi contenuti nell'articolo 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche riguardo ai contratti dei servizi di comunicazione elettronica. La normativa primaria, di cui al citato articolo 70, insieme con la normativa di secondo grado di cui ai regolamenti dell'Autorità, si configura, pertanto, come normativa speciale *rationae materiae* rispetto alla normativa generale prevista dalla Sezione II denominata " Contratti a distanza" di cui agli articoli 50 e ss del codice del Consumo, e dunque applicabile in base al noto principio *lex specialis derogat generali*. In altri termini il rapporto di specialità sussiste tra norme di rango primario (articolo 70 d.lgs. 259/03 e articolo 57 d.lgs. 206/2005) con applicazione nel settore delle comunicazioni elettroniche della normativa prevista dal citato articolo 70 in quanto articolo inserito in una legge che disciplina "*ratione materiae*" l'intero settore. Alla luce di quanto sopra esposto, e affermato più volte da quest'Autorità, non può che confermarsi l'applicazione al procedimento *de quo* della sanzione prevista dall'articolo 98, comma 16 per violazione dell'articolo 70 in combinato disposto con l'articolo 3 del regolamento adottato con delibera 664/06/CONS; conseguentemente l'eccezione sollevata circa la sussistenza in capo all'Autorità a sanzionare per

attivazioni di servizi non richiesti di comunicazione elettronica solo in presenza di fenomeni di una certa entità, qualificabili come pratiche commerciali scorrette ai sensi del codice del consumo, può considerarsi superata ;

2) Anche l'eccezione riguardante la violazione dell'articolo 8, comma 1 della legge 689/81 è da rigettare sulla base della lettura della medesima disposizione normativa, che prevede l'applicazione del criterio del cumulo giuridico della sanzione (con applicazione della sanzione prevista per la violazione più grave aumentata fino al triplo) quando il soggetto commette l'illecito con una sola azione o omissione. Per quanto accertato nel caso di specie, invece, l'operatore ha comunque realizzato degli illeciti posti in essere con condotte distinte (ancorché simili) in violazione della medesima disposizione normativa che non possono essere considerati quali parte di un solo ed unico abuso, ma devono essere trattati (quali in effetti sono) come pluralità di condotte che integrano una pluralità di violazioni (concorso materiale di illeciti amministrativi) il quale, a sua volta, sotto il profilo sanzionatorio soggiace alla regola del cosiddetto cumulo materiale- e non giuridico delle sanzioni.

In concreto, per come si sono configurati i fatti contestati (le attivazione non richieste del servizio denominato "Vodafone casa" in relazione a quattro utenze), gli stessi non possono essere considerati espressione di una unica azione (definita dall'operatore "comportamento aziendale unico"), sia perché i servizi non richiesti si sono attivati in distinti e distanziati momenti temporali, sia perché gli accertati effetti negativi contestati si sono prodotti nei confronti di quattro distinte utenze, ubicate in luoghi diversi e pertanto appartenenti ad autonomi centri di imputazione giuridica.

3) Infine passando ad esaminare gli elementi probatori e istruttori posti a difesa per i singoli addebiti contestati si rappresenta quanto segue: *i)* in relazione all'utenza xxxx, intestata a XXX la prova fornita (il modulo PDA elettronico) a sostegno che l'ordinativo elettronico inviato via web sia imputabile allo stesso Sig XXX, non può essere ritenuto quale prova attestante la sua volontà inequivoca all'attivazione del servizio con Vodafone, sia perché, come ammesso dalla stessa Società nei propri scritti difensivi, tale modulistica si auto genera da sistema, sia perché Vodafone non ha esibito tracciabilità dell'inoltro via web dell'ordine per l'attivazione del servizio "Vodafone Casa Internet e Telefono Free" (*cd. tracciato record*); *ii)* per l'utenza yyyy, intestata a YYY, dall'ascolto del *verbal ordering* del 30 aprile 2009 si evince che non è stata acquisita la registrazione di tutte le informazioni ai sensi dell'articolo 2, comma 4 e 5 della delibera 664 affinché il consenso informato reso con la tecnica della comunicazione telefonica possa attestare la sua volontà inequivoca a concludere il contratto per l'attivazione del servizio "Vodafone casa internet e telefono flat". Inoltre, da quanto si evince dal tenore letterale della segnalazione, è lo stesso utente che afferma di aver acconsentito alla registrazione del consenso per il trattamento dei dati personali al solo fine di ricevere a casa l'invio del contratto. Inoltre l'utente ha dichiarato di aver ricevuto rassicurazioni da parte dell'addetto al *call center* che le condizioni contrattuali che sarebbero pervenute al suo domicilio sarebbero divenute impegnative per l'attivazione del servizio, solo in caso di sottoscrizione da parte dello stesso utente; *iii)* per l'utenza zzzz intestata a ZZZ è lo stesso operatore che afferma di

non essere in grado di provare il consenso reso dal titolare dell'utenza, addebitando lo smarrimento della registrazione del consenso ad una generica causa dovuta a caso fortuito, peraltro non documentata; iv) per l'utenza www, intestata a WWW, da Vodafone è stato eccepito l'errore materiale al momento del caricamento sui sistemi dei dati relativi alla richiesta di attivazione del servizio di altro cliente. Tale fatto non rileva in quanto l'operatore è responsabile per "culpa in vigilando" sull'operato delle persone di cui si avvale per l'attivazione del servizio. In particolare, da quanto segnalato dall'utente, si evince chiaramente che egli ha avuto conoscenza della disattivazione del servizio con l'operatore d'accesso al momento della ricezione dell'ultima fattura Telecom con la quale la predetta società comunicava al cliente la risoluzione contrattuale del contratto in essere con l'operatore d'accesso, mai richiesta dal Sig WWW. Da ciò si desume che Vodafone non ha vigilato sull'operato del personale addetto all'attività di commercializzazione di servizi in quanto avrebbe dovuto effettuare, in maniera più puntuale, le opportune verifiche prima di emettere ordine di acquisto di servizi non desiderati e, più in generale, porre in essere procedure idonee a scongiurare la possibilità che un semplice errore di digitazione possa portare all'attivazione di un servizio non richiesto.

RITENUTO, per le considerazioni sopra esposte, che la società Vodafone Omnitel NV abbia violato l'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in combinato disposto con l'art. 3, commi 1, dell'allegato A alla Delibera n. 664/06/CONS per le quattro fattispecie individuate nel verbale d'accertamento n.72/09/DIT;

RITENUTA, per quanto sopra esposto, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 16 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria, per le violazioni contestate, nella misura pari al minimo edittale, corrispondente ad euro 58.000,00 (cinquantottomila /00), per ciascuna delle quattro fattispecie accertate, per un totale di euro 232.000,00 (duecentotrentaduemila/00), in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n.689:

a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che i comportamenti della società hanno leso il diritto degli utenti a ricevere l'erogazione del servizio dall'operatore prescelto in quanto la società Vodafone Omnitel NV ha, in costanza di validi contratti, disattivato il servizio di comunicazione elettronica per attivarlo su propria rete senza aver acquisito valida ed inequivoca ordinazione da parte dei titolari della linee;

b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che la società Vodafone Omnitel NV. ha dato avvio ai processi di disattivazione del servizio solo

successivamente ai reclami da parte degli utenti, attivandosi per il rientro delle linee con l'operatore prescelto;

c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società Vodafone Omnitel NV è dotata di un'organizzazione interna idonea a garantire la corretta gestione dell'utenza in relazione all'attivazione dei servizi in conformità alla volontà espressa dai clienti e in ottemperanza alle disposizioni vigenti;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da poter sostenere la sanzione nella misura così determinata.

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;

ORDINA

alla società Vodafone Omnite NV con sede legale in Amsterdam, e sede amministrativa e gestionale in Via Jervis, n. 13, 10015, Ivrea (TO) di pagare la somma di euro 232.000,00 (duecentotrentaduemila/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in combinato disposto con l'art. 3, commi 1, dell'allegato A alla Delibera n. 664/06/CONS;

DIFFIDA

la società Vodafone Omnitel NV a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in combinato disposto con l'art. 3, commi 1, dell'allegato A alla Delibera n. 664/06/CONS;

INGIUNGE

alla citata società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma sul c/c n. 871012 ovvero tramite versamento sul c/c bancario intestato alla predetta Sezione di Tesoreria e corrispondente al codice IBAN IT5400100003245348010237900, con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa articolo 98, comma 16 del decreto legislativo n. 259 del 1 agosto 2003, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n. 208/10/CONS", entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell'articolo 27 della citata legge 24 novembre 1981 n. 689.

Quietanza di pagamento dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità entro il termine di giorni dieci dall'avvenuto versamento, indicando come riferimento "DEL. N. 208 /10/CONS".

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

Ai sensi dell'articolo 9, del decreto legislativo n.259/2003, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo del Lazio.

Ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive modificazioni ed integrazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Roma , 6 maggio 2010

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola