

DELIBERA N. 234/10/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 20 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. 80/09/DIT del 24 dicembre 2009, 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) in relazione alla utenza n. xxxx intestata a XXX, l'attivazione non richiesta del servizio di comunicazione elettronica denominato "*Vodafone casa*" in mancanza di previa ordinazione da parte del titolare dell'utenza, 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 28 gennaio 2010, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 7153 dell'8 febbraio 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'operatore sostiene che l'Autorità non è legittimata a sanzionare i singoli episodi di fornitura non richiesta in quanto l'art. 57 del codice del consumo (che fa salvo espressamente l'art. 62) 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 dall'articolo 57 e 62 del Codice di consumo in materia di sanzioni amministrative per forniture non richieste è 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 dai locali commerciali è, a dire di parte, della 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 di Vodafone circa l'esistenza di un rapporto di specialità tra i gli articoli 57 e 62 (norma speciale) e articolo 27 (norma generale) del Codice del consumo,

discenderebbe anche la competenza solo residuale dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni a sanzionare per attivazioni di servizi non richiesti di comunicazione elettronica. Essa 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, sì 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 consentirebbe di attribuire ad una norma speciale e fonte secondaria la possibilità di derogare agli articoli di legge sopra citati, in contrasto con il principio della gerarchia delle fonti giuridiche.

2. nel merito della fattispecie contestata, Vodafone evidenzia che il disservizio è stato generato da un errore materiale da parte dell'agente al momento del caricamento sui sistemi dei dati relativi alla richiesta di attivazione del servizio di altro cliente, sig. Stefano Mazza. In particolare è stata erroneamente digitata la numerazione fissa 035.801377, che non era associato evidentemente al cliente Vodafone -utente Mazza-, bensì alla Sig.ra XXX. A prova di quanto dichiarato l'operatore ha prodotto copia della proposta di abbonamento nella quale risulta indicata il numero di utenza della Sig.ra XXX come utenza in uso al Sig. YYY.

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 della competenza 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) sotto altro profilo Vodafone ha eccepito la mancanza dell'elemento soggettivo in quanto i fatti contestati sono stati causati da un errore materiale al momento del caricamento sui sistemi dei dati relativi alla richiesta di attivazione del servizio di altro cliente da parte di un agente di commercio. Tale fatto non può ritenersi rilevante ai fini della esclusione della responsabilità dell'operatore, in quanto esso 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.ra XXX. 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 potesse portare all'attivazione di un servizio non richiesto.

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 la violazione contestata, nella misura pari al minimo edittale corrispondente ad euro 58.000,00 (cinquantottomila /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 dell'utente ad avere l'erogazione del servizio dall'operatore prescelto in quanto la società Vodafone Omnitel NV ha, in costanza di valido contratto, disattivato il servizio di comunicazione elettronica per attivarlo su propria rete senza aver acquisito valida ed inequivoca ordinazione da parte del titolare della linea;

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 al processo di disattivazione del servizio a seguito del reclami da parte del titolare della linea, 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 dei Commissari Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società Vodafone Omnitel 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 58.000,00 (cinquantottomila/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. 234/10/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.234/10/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.

Napoli, 20 maggio 2010

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARI RELATORE

Gianluigi Magri

Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola