

DELIBERA N. 35/14/CONS

ordinanza ingiunzione alla società vodafone omnitel n.v. (ora “vodafone omnitel b.v.”) per la violazione dell’art. 4, commi 1 e 2, allegato a, delibera n. 179/03/csp in combinato disposto con l’art. 71 del d.l.vo n. 259/2003 nonché per la violazione dell’art. 70, del medesimo d.l.vo n. 259/2003 (proc. n. 22/13/dit)

L’AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 30 gennaio 2014;

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*”, pubblicata nel Supplemento ordinario n. 154/L alla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 31 luglio 1997, n. 177, e s.m.i.;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”, pubblicata nel Supplemento ordinario n. 136 alla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 18 novembre 1995, n. 270, e s.m.i.;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, pubblicato nel Supplemento ordinario n. 150 alla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 15 settembre 2003, n. 214, e s.m.i.;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “*Modifiche al sistema penale*” pubblicata nel Supplemento ordinario alla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 30 novembre 1981, n. 329, e s.m.i.;

VISTO il Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 223/12/CONS del 27 aprile 2012;

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 s.m.i.;

VISTA la delibera n. 179/03/CSP, del 24 luglio 2003, recante “*Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell’art. 1, comma 6, lettera b), numero 2, della Legge 31 luglio 1997, n. 249*”, ed in particolare l’art. 4, commi 1 e 2, Allegato A;

VISTO l’atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 22/13/DIT, del 20 settembre 2013, e il relativo verbale di accertamento, notificato alla parte in data

24 settembre 2013, con il quale è stata contestata alla società Vodafone Omnitel N.V. la violazione dell'art. 4, commi 1 e 2, dell'allegato A, alla delibera n. 179/03/CSP in combinato disposto con l'art. 71 del d.l.vo n. 259/2003 (per quanto concerne la trasparenza nella diffusione delle informazioni commerciali) nonché la violazione dell'art. 70, comma 1, del medesimo d.l.vo n. 259/2003 (per quanto riguarda la chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali);

PRESO ATTO che la società Vodafone Omnitel B.V. non ha presentato memorie difensive;

UDITA la società Vodafone Omnitel N.V. nel corso dell'audizione tenutasi, in data 3 dicembre 2013, presso la sede dell'Autorità;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata

La società Vodafone Omnitel N.V. (di seguito anche "Società") tiene, innanzitutto, a precisare che i vincoli introdotti in relazione alle offerte presentate come "*unlimited*" non costituiscono affatto un limite quantitativo all'uso dei servizi.

Si tratta, difatti, secondo quanto affermato dalla Società, non già di vincoli quantitativi finalizzati a limitare l'utilizzo del servizio da parte degli utenti, quanto piuttosto di parametri prudenziali volti, da un canto, a far fronte ad eventuali casi di abuso o frode nell'uso dei servizi (nei casi, ad esempio, di utilizzo delle cosiddette *sim box*), dall'altro, a preservare l'integrità della rete evitando la saturazione e il suo conseguente congestionamento; a tal proposito, la Società riferisce che in uno dei casi che ha dato origine al procedimento *de quo* (ossia quello relativo al titolare dell'utenza n. 366.3140xxx), si è verificata un'ipotesi di sovraccarico della rete a causa di un utilizzo abusivo, da parte dell'utente, della promozione denominata "*Free Sunday*".

La Società tiene, quindi, a precisare come risulti indispensabile, al fine di garantire il corretto funzionamento della rete, introdurre specifiche limitazioni all'uso dei servizi; inoltre, evidenzia la Società, la salvaguardia della funzionalità della rete costituisce un interesse pubblico primario e, pertanto, l'ulteriore interesse alla tutela del consumatore deve essere temperato e adeguatamente "ponderato" con il primo.

Con riferimento a quanto contestato circa la mancanza di trasparenza nella presentazione delle offerte commerciali, la Società afferma di avere dato ampia e completa informazione circa la sussistenza di questi parametri dal momento che essi sono puntualmente indicati nelle Condizioni Generali di Contratto; inoltre, sul sito *web* dell'operatore, nella sezione dedicata alle offerte "*Illimitate*", nella parte "*Dettaglio offerte/Informazioni Utili*", viene chiaramente specificato che l'uso del servizio "*è soggetto alle condizioni di uso personale indicate nelle Condizioni generali di contratto*".

Per quanto riguarda, poi, il profilo concernente la mancanza di chiarezza e comprensibilità nella predisposizione delle clausole contrattuali, la Società, pur

riconoscendo l'elevato "tecnicismo" della clausola contrattuale in questione – in quanto basata su percentuali e rapporto tra traffico entrante e uscente – afferma che tale costruzione risulta necessaria al fine di individuare le ipotesi in cui si sia fatto un uso abusivo del servizio.

La Società riferisce, quindi, di avere legittimamente individuato, e poi indicato nel contratto, i casi in cui un certo uso del servizio da parte dell'utente debba ritenersi abusivo. Del resto, afferma la Società, clausole contrattuali di cautela formulate in termini generici sarebbero vessatorie ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. m) del Codice del Consumo.

Vodafone Omnitel N.V., inoltre, tiene a precisare che l'applicazione delle cautele previste dal contratto non avviene in modo automatico, al semplice superamento cioè dei parametri prestabiliti, ma fa attivare dal dipartimento Frodi le necessarie verifiche volte ad accertare se ci si trovi di fronte a un evento meramente accidentale o ad un vero e proprio abuso. Soltanto dopo un'attenta verifica, quindi, anche attraverso una interlocuzione con l'utente, vengono attuati i rimedi contrattuali previsti (ossia la sospensione del servizio e la modifica tariffaria).

La Società, inoltre, evidenzia che dal giorno del lancio sul mercato del piano di tipo "Unlimited" denominato "Relax" (settembre 2012), a fronte di complessive 706.395 attivazioni, sono stati individuati soltanto 31 casi di superamento dei "parametri" e non già soltanto di quelli previsti in relazione ai piani "Illimitati", ma anche di quelli previsti genericamente per tutte le offerte (i cosiddetti parametri antifrode); allo stesso modo, in relazione alle opzioni illimitate "Free Sunday" e "Relax 48h", a fronte di complessive 2.900.000 attivazioni, Vodafone dichiara di non essere mai intervenuta solo ed esclusivamente sulla base dei parametri in parola, ma utilizzando, invece, i parametri antifrode.

La Società, quindi, afferma che, tenuto conto della pressoché totale assenza di segnalazioni e contestazioni da parte degli utenti, così come anche del numero bassissimo di reclami presentati a Vodafone, non vi sia alcun pericolo per il consumatore riconducibile alla sussistenza dei parametri in questione.

II. Valutazioni dell'Autorità

Il presente procedimento è stato avviato a seguito dell'avvenuta trasmissione, in data 1° agosto 2013, da parte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), delle segnalazioni di alcuni utenti che lamentavano la presentazione, da parte della società Vodafone Omnitel N.V., di offerte commerciali come "illimitate" e sottoposte, invece, a precisi limiti nell'uso del servizio.

Sulla base degli atti trasmessi dall'Agcm, la Direzione tutela dei consumatori ha svolto gli approfondimenti istruttori di propria competenza al fine di accertare la sussistenza di una violazione della normativa di settore.

Dalle risultanze della suddetta attività - ed in particolare dalla consultazione del sito *web* della società e dalla disamina delle Condizioni generali di contratto - è emerso che la società Vodafone Omnitel N.V. stabilisce effettivamente dei limiti quantitativi in

relazione ai piani, opzioni e/o promozioni definiti, invece, come “*illimitati*” quanto al traffico voce e sms effettuabile.

In particolare, nelle Condizioni generali di contratto (versione C/2013), alla nota 2, è stabilito che per tutti i piani, opzioni e/o promozioni che prevedono un “*traffico incluso illimitato voce e sms verso tutti*” (senza soglie di minuti e/o di sms), l’uso si considera “personale” soltanto se vengono rispettati entrambi i seguenti parametri: *i*) il traffico giornaliero uscente complessivo verso altri operatori non deve superare il 60% del traffico totale uscente; *ii*) il rapporto tra il traffico giornaliero voce o sms uscente verso altri operatori e il traffico voce o sms entrante da altri operatori non deve essere superiore a 3 (tre).

La società Vodafone Omnitel N.V., dunque, a fronte della offerta in sottoscrizione di piani e o profili tariffari presentati come “*illimitati*” quanto al traffico voce e sms effettuabile, stabilisce, invece, dei precisi vincoli per quanto riguarda la tipologia di traffico che può ritenersi inclusa in quelle offerte, collegati alla quantità di traffico proveniente ed effettuato verso altri operatori.

Deve rilevarsi, al riguardo, che i limiti in questione, introdotti in relazione alle offerte definite come “*illimitate*”, si configurano, invero, come delle vere e proprie limitazioni all’uso dei servizi, il cui mancato rispetto determina, difatti, come del resto specificamente indicato nelle Condizioni generali di contratto, la sospensione del servizio e la modifica unilaterale del piano sottoscritto (art. 8). Ebbene, tali condizioni di uso, limitando di fatto la fruibilità della tariffa in questione, si pongono chiaramente in contrasto con il termine “*illimitato*” che, invece, evoca la possibilità di utilizzare “senza limiti” l’offerta, inducendo l’utente a credere che sia possibile utilizzare i servizi *illimitatamente*; il ricorso alle espressioni “*traffico illimitato*” e “*verso tutti*”, difatti, fa sì che i predetti limiti all’uso dei servizi non risultino immediatamente percepibili dagli utenti.

Oggetto di censura nel procedimento, difatti, non è l’avvenuta introduzione, da parte della Società, dei suddetti limiti, quanto, piuttosto, l’assenza di un’adeguata informativa su tale profilo e la conseguente violazione, quindi, dell’obbligo di trasparenza nella presentazione delle offerte commerciali di cui all’art. 4, Allegato A, delibera n. 179/03/CSP e 71 del d.l.vo n. 259/2003, obbligo che deve ritenersi “rafforzato” in presenza di una precisa scelta commerciale della Società di presentare le offerte come “*illimitate*”.

In relazione, quindi, a tutto quanto dedotto dalla Società circa la necessità di introdurre i suddetti limiti al fine di far fronte ad eventuali casi di uso “abusivo” del servizio ovvero di preservare l’integrità della rete, deve rilevarsi che, pur essendo pienamente legittima l’adozione di misure di autotutela da parte degli operatori in relazione ad eventuali casi di abuso o frode ovvero di misure atte a evitare fenomeni di saturazione e congestione della rete, tuttavia, della presenza di tali limitazioni debba essere necessariamente fornita chiara ed adeguata evidenza nella presentazione dell’offerta, in conformità a quanto previsto dall’art. 4, Allegato A, della delibera n. 179/03/CSP in combinato con l’art. 71 del d.l.vo n. 259/2003.

Di contro, nel caso di specie, la Società non ha fornito un’adeguata informativa in relazione alle offerte presentate come “*illimitate*”, non risultando sufficiente, per quanto detto sopra circa la possibile confusione ingenerata nell’utente dal termine “*illimitato*” e

al conseguente obbligo rafforzato configurabile in capo all'operatore, il riferimento ai suddetti vincoli nelle sole Condizioni generali di contratto (ovvero un mero rinvio ad esse), ritenendosi necessaria, piuttosto, una esplicita e inequivoca indicazione, della presenza dei suddetti limiti, all'atto della presentazione dell'offerta stessa.

Occorre, difatti, evidenziare che trattasi di piani e/o promozioni concepiti per un traffico voce e sms asseritamente "senza limiti" e rivolti, quindi, a tutti quei soggetti interessati ad usare in misura non moderata i relativi servizi. Per tali utenti risulta, quindi, essenziale conoscere gli eventuali vincoli da rispettare nell'utilizzo al momento stesso in cui scelgono di aderire ad una determinata offerta, circostanza, questa, che può essere assicurata soltanto attraverso la esplicita e chiara indicazione dei suddetti limiti già nei piani e/o nelle promozioni "*illimitati*".

Con riferimento al secondo aspetto oggetto di censura nel presente procedimento, ossia la mancanza di chiarezza e comprensibilità nella predisposizione del contenuto minimo del contratto di cui all'art. 70 del d.l.vo n. 259/2003, deve evidenziarsi che le limitazioni all'uso dei servizi, introdotte dalla Società in relazione alle offerte "*illimitate*", così come sono state concepite – ossia sulla base di percentuali e su un rapporto tra traffico in entrata e in uscita – non risultano sufficientemente chiare e comprensibili per gli utenti, anche alla luce delle altre clausole contrattuali – contenute nella medesima nota 2 delle Condizioni generali di contratto – che stabiliscono ulteriori e diversi parametri per individuare quando l'uso del servizio possa considerarsi "personale".

Al riguardo, pur non risultando, di principio, illegittimo l'inserimento nel contratto di parametri meramente presuntivi di un eventuale uso abusivo del servizio – che, tra l'altro, si precisa, vanno ad aggiungersi a quelli già esistenti (i parametri antifrode) predisposti dalla Società – deve rilevarsi come i limiti in questione, in conformità a quanto previsto dall'art. 70, comma 1, del d.l.vo n. 259/2003, debbano essere necessariamente formulati "*in modo chiaro, dettagliato e facilmente comprensibile*" e ciò al fine di assicurare che gli utenti siano pienamente informati dei diritti e degli obblighi nascenti dai contratti che, nella maggior parte dei casi, sono predisposti unilateralmente dal professionista. *A fortiori*, va evidenziato che la particolarità dei limiti introdotti - basati su un calcolo del rapporto tra traffico in entrata e in uscita - fa sì che, in concreto, sia anche sia difficilmente verificabile per gli utenti il loro rispetto nel corso del rapporto contrattuale.

Deve ritenersi, quindi, che le limitazioni introdotte dalla Società all'utilizzo del servizio, per come concepite – ossia sulla base di percentuali e un rapporto tra traffico entrante e uscente – violino l'art. 70, comma 1, del d.l.vo n. 259/2003.

Da ultimo, in relazione a quanto dedotto dalla Società circa la pressoché totale assenza di reclami o contestazioni, si evidenzia che tale circostanza non assume alcuna rilevanza ai fini della qualificazione della fattispecie in esame, potendosi configurare la condotta accertata come "illecito di pericolo".

RITENUTO, pertanto, di confermare quanto rilevato in sede di accertamento in ordine alla violazione, da parte della società Vodafone Omnitel N.V., dell'art. 4, commi 1 e 2, dell'allegato A, alla delibera n. 179/03/CSP in combinato disposto con l'art. 71 del d.l.vo n. 259/2003 (per quanto concerne la trasparenza nella diffusione delle informazioni commerciali) e dell'art. 70, comma 1, del medesimo d.l.vo n. 259/2003

(per quanto riguarda la chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali) e, per l'effetto, di procedere ad irrogare la sanzione prevista dall'art. 98, comma 16, del d.l.vo n. 259/2003, da determinarsi tra un minimo di euro 58.000,00 ad euro 580.000,00;

RITENUTO, in particolare, di dover determinare la sanzione per i fatti contestati, riconducibili ad un'unica condotta, nella misura pari al doppio del minimo edittale, pari ad euro 116.000,00 al netto di ogni altro onere accessorio, eventualmente dovuto, in relazione ai criteri di cui all'art. 11 della legge 689/81, in quanto:

- con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che la condotta della Società risulta potenzialmente idonea a incidere su una vasta platea di utenti, potendo eventualmente anche indurli ad assumere una decisione commerciale che, qualora correttamente informati, non avrebbero altrimenti preso;
- relativamente all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, non risulta che la Società abbia assunto alcuna iniziativa idonea ad eliminare i profili contestati;
- riguardo alla personalità dell'agente, deve rilevarsi che la Società è stata di recente sanzionata, con il provvedimento n. 460/13/CONS, per la violazione degli obblighi in materia di trasparenza nella diffusione delle informazioni commerciali;
- con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, deve evidenziarsi che l'importo della sanzione, come sopra determinata, ha un adeguato effetto deterrente in relazione alle capacità economiche del soggetto sottoposto a procedimento sanzionatorio.

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria, per la violazione accertata, nella misura del doppio del minimo edittale, pari ad euro 116.000,00, in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario Antonio Martusciello, relatore ai sensi dell'art. 31 del Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità ;

ORDINA

alla società Vodafone Omnitel N.V., con sede legale in via Jervis n. 13, 10015, Ivrea (TO), di pagare la somma di euro 116.000,00 (centosedicimila/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'art. 98, comma 16 del d.lvo n. 259/2003;

DIFFIDA

la predetta società ad adottare tutte le misure atte a garantire la puntuale ottemperanza agli obblighi in materia di trasparenza nella presentazione delle offerte commerciali nonché a quelli prescritti in materia di chiarezza e comprensibilità nella predisposizione del clausole contrattuali;

INGIUNGE

alla medesima 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 irrogata dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Delibera n. 35/14/CONS”, entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell’art. 27 della citata legge 24 novembre 1981, n. 689.

Entro il termine di giorni dieci dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest’Autorità quietanza dell’avvenuto versamento, indicando come riferimento “Delibera n. 35/14/CONS”.

Ai sensi dell’art. 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell’art. 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata all’operatore interessato e pubblicata sul sito *web* dell’Autorità.

Napoli, 30 gennaio 2014

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Martusciello

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Francesco Sclafani