

DELIBERA n. 371/13/CONS

**DIFFIDA ALL'OPERATORE VODAFONE OMNITEL N.V. A NON
APPLICARE CONDIZIONI ECONOMICHE PIU' ONEROSE RISPETTO A
QUELLE MASSIME FISSATE A LIVELLO COMUNITARIO PER L'INVIO DI
SMS IN ROAMING, IN COERENZA CON QUANTO DISPOSTO
DALL'ARTICOLO 1, COMMA 3, DELLA DELIBERA n. 326/10/CONS**

L'AUTORITA'

NELLA riunione di Consiglio del 4 giugno 2013;

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*", ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lett. c), punto 14, e comma 31;

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

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*", ed in particolare l'articolo 2, comma 20, lett. d);

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, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 15 giugno 2012, n. 138, e s.m.i.;

VISTA la delibera n. 326/10/CONS ed, in particolare, l'articolo 1, comma 1 e 3, in forza dei quali, rispettivamente, "*Gli operatori mobili, in conformità con le disposizioni regolamentari dell'Autorità in materia di trasparenza delle condizioni economiche dei servizi offerti alla clientela ed in linea con le migliori pratiche a livello comunitario, assicurano agli utenti finali condizioni di piena trasparenza sui nuovi piani tariffari di base per i servizi voce e SMS, nel rispetto degli impegni di cui alle note citate in premessa*", e "*L'Autorità vigila sull'attuazione di quanto previsto nel presente provvedimento affinché, anche per il futuro, siano assicurate condizioni economiche coerenti con le migliori pratiche a livello comunitario e garantite condizioni di maggior trasparenza nell'erogazione di servizi di telefonia e di dati in mobilità*";

VISTO l'atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 41/12/DIT del 14 dicembre 2012, notificato alla parte in data 19 dicembre 2012, con il quale è stata contestata alla società Vodafone Omnitel N.V. (di seguito, Vodafone) la violazione dell'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, dell'articolo 10, comma 2, della delibera n. 331/09/CONS in combinato disposto con l'articolo 71 del medesimo decreto legislativo n. 259 e dell'articolo 1 della delibera n. 326/10/CONS. In

particolare, in relazione alla violazione dell'articolo 1 della delibera n. 326/10/CONS è stato accertato che per i profili tariffari lanciati sul mercato il 7 e l'11 febbraio 2010 ed il 30 settembre 2010, denominati “*Vodafone senza scatto*”, “*Free You&Friends*”, “*Free You&Me*” e “*Zero Limits Smart*”, a seguito della variazione delle condizioni economiche, efficace dal 5 novembre 2012, la società Vodafone ha previsto un prezzo per ogni SMS pari a 13,90 eurocent (Iva inclusa), diversamente da quanto comunicato all'Autorità con nota del 2 dicembre 2009;

VISTA la nota del 18 gennaio 2013 (prot. 3074), con la quale la Società ha presentato memorie difensive e, contestualmente, ha formulato una richiesta di audizione;

UDITA la Società nel corso dell'audizione del 1 febbraio 2013;

VISTA la delibera n. 270/13/CONS, con la quale è stata disposta la conclusione del procedimento sanzionatorio n. 41/12/DIT in relazione alle violazioni dell'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo n. 259/2003 e dell'articolo 10, comma 2, della delibera n. 331/09/CONS in combinato disposto con l'articolo 71 del citato decreto legislativo;

PRESO ATTO della proroga dei termini per la conclusione del procedimento disposta dal Consiglio nella riunione dell'11 aprile 2013, al fine di effettuare degli approfondimenti istruttori in relazione alla violazione dell'articolo 1 della delibera n. 326/10/CONS;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società Vodafone Omnitel N.V.

La Società, nelle proprie memorie difensive, ha sostanzialmente eccepito che: *a)* l'articolo 1, comma 3, della delibera n. 326/10/CONS non fissa alcun prezzo massimo per l'invio di SMS in ambito nazionale; *b)* l'Autorità, in base alle prescrizioni *ex lege* n. 249/97, non detiene il potere di determinare le tariffe per i servizi di comunicazione; *c)* il mercato dei servizi SMS offerti alla clientela finale non rientra nell'elenco di quelli suscettibili di regolazione *ex ante* di cui alla raccomandazione CE del 17 dicembre 2007; *d)* l'Autorità non ha individuato tale mercato avvalendosi del potere discrezionale di cui all'articolo 18 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, né ha attivato le relative procedure di consultazione pubblica e di comunicazione alla Commissione Europea.

In particolare, secondo la ricostruzione fornita dalla Società, l'articolo 1 della delibera n. 326/10/CONS contiene delle disposizioni puntuali e precise solo in relazione agli obblighi di trasparenza limitandosi, per il resto, a prevedere che gli operatori dovranno “*rispettare gli impegni*” già presi con l'Autorità (di cui si parla nel preambolo della delibera), agire “*in linea con le migliori pratiche a livello comunitario*” e che l'Autorità vigilerà “*affinché, anche per il futuro, siano assicurate condizioni economiche coerenti con le migliori pratiche a livello comunitario*”.

La società Vodafone Omnitel N.V., inoltre, nel ribadire che la delibera in questione ha introdotto, per gli SMS, un regime di prezzi “sorvegliati”, il quale comporta che *«l'atto di sorveglianza pubblica si sostanzia in un'attività di vigilanza sulla dinamica dei prezzi, cui è subordinata, in ragione dell'esito di tale vigilanza, l'adozione di determinazioni autoritative in materia. L'intervento pubblicistico consiste, pertanto, in una verifica ex post, da parte della pubblica amministrazione, delle condizioni di mercato che hanno determinato la modificazione dei prezzi di alcune categorie beni, «al fine di constatare la corrispondenza dei fatti a modelli di comportamento prefissato»*, ha sostenuto che l'Autorità, titolare del potere di vigilanza, può chiedere informazioni e chiarimenti sulle ragioni che hanno indotto le imprese a rimodulare i prezzi, per poi intervenire con ulteriori provvedimenti, qualora ritenga che le modifiche non siano sorrette da valide ragioni aziendali, ma non può certo agire nei loro confronti come se queste fossero state assoggettate ad un regime di prezzi “amministrati”.

Secondo l'operatore, gli “impegni” richiamati dall'articolo 1 della delibera n. 326/10/CONS non hanno natura e consistenza tali da poter dar luogo a veri e propri obblighi giuridici in capo alla Società. Malgrado il termine utilizzato dalla citata disposizione, infatti, gli stessi non possano inquadrarsi nella fattispecie disciplinata dall'articolo 14-*bis*, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con legge 4 agosto 2006, n. 248 e recepito dalla delibera n. 131/08/CONS, poiché, nella vicenda in esame, è mancata una procedura formale di proposta e approvazione. A maggior ragione deve essere esclusa la riconducibilità della fattispecie all'accordo sostitutivo di provvedimento *ex* articolo 11, della legge n. 7 agosto 1990, n. 241, mancandone gli elementi fondamentali, né la stessa può essere qualificata come una “promessa al pubblico” *ex* articolo 1989 c.c., perché non sussiste una dichiarazione espressamente indirizzata al pubblico.

In ogni caso, la Società ha dichiarato di aver rispettato e garantito “gli impegni” applicando, per i piani tariffari ancora sottoscrivibili, un prezzo massimo di 13 centesimi per SMS: i piani “Vodafone 12” e “Vodafone al Secondo New”, infatti, sono completamente in linea con tale prezzo e tutti i clienti interessati dalla rimodulazione possono aderirvi gratuitamente. Tali “impegni”, in ogni caso, non comportano un vincolo di non modificabilità del prezzo, né l'obbligo per il gestore di sottoporre le eventuali modifiche dei prezzi ad una preventiva autorizzazione dell'Autorità (che assumerebbe, quindi, il carattere di un'autorizzazione atipica).

Ad avviso della Società, infine, tutte le considerazioni esposte non sono scalfite dalla recente sentenza del 7 dicembre 2012, n. 10264, con la quale il Tar Lazio ha rigettato il ricorso proposto da Telecom Italia S.p.A. avverso la delibera dell'Autorità che ha diffidato l'operatore ad *“adottare tutte le misure necessarie per impedire che agli utenti (...) vengano applicate condizioni economiche più onerose rispetto a quelle massime fissate a livello comunitario”* con il Regolamento 544/09. Nel caso Telecom, infatti, l'Autorità ha imposto al gestore di contenere i costi dei messaggi entro i parametri europei fissati per gli SMS in *roaming*. Nel caso di Vodafone, invece, l'Autorità intenderebbe adottare una sanzione *ex* articolo 98, comma 16, del decreto legislativo n.259/2003, per la presunta inosservanza dei limiti tariffari di cui all'articolo 1 della delibera n. 326/10/CONS. La sentenza, inoltre, si muove entro il perimetro della ricerca

del c.d. *price cap*, non indicato nella delibera n. 326/10/CONS, ma individuato nel Regolamento n. 544/09.

II. Valutazioni dell’Autorità.

Nell’affrontare la problematica afferente l’applicazione di una tariffa massima nazionale per ciascun SMS, l’Autorità, con la delibera n. 251/12/CONS, ha già diffidato un altro operatore ad adeguare il prezzo, previsto in sede di rimodulazione, agli standard fissati in sede europea per l’invio degli SMS in *roaming*.

La predetta interpretazione, peraltro, ha trovato un positivo riscontro in sede giurisdizionale, a seguito dell’impugnazione della citata diffida.

In particolare, con la sentenza n. 10264/2012 il TAR Lazio ha confermato che la delibera n. 326/10/CONS non fissa un *price cap* per l’invio dell’SMS nel territorio nazionale e che il Regolamento CE n. 544/09 attiene al prezzo da applicare per il *roaming* internazionale. Tuttavia, nell’avvalorare la sussistenza di un potere di vigilanza dell’Autorità, il giudice amministrativo ha rilevato la necessità di garantire agli utenti condizioni economiche (per l’invio di SMS in ambito nazionale) non discriminatorie rispetto a quelle applicate in sede comunitaria. Secondo il Tribunale, infatti, tale esigenza costituisce una sorta di “*rinvio mobile*” alle soglie fissate in sede europea che, per l’appunto, rappresentano un limite rispetto alle tariffe applicate agli SMS nazionali. Per tali motivazioni, il TAR adito ha confermato la corretta applicazione, da parte dell’Autorità, della soglia prevista dal Regolamento CE e della connessa richiesta all’operatore di adeguarsi, per l’invio degli SMS in sede nazionale, a dette tariffe.

Con la successiva sentenza n. 2224/2013, il Consiglio di Stato, nel condividere le argomentazioni del giudice di primo grado, ha ritenuto che il principio enunciato nel Regolamento CE n. 544/09 ben può “*ritenersi sussunto nell’ordinamento italiano e, nello specifico, nella deliberazione n. 326 che in effetti già contiene un richiamo in tal senso, sì di carattere generale ma anche pregnante e recettivo. Il riferimento al predetto Regolamento non può quindi che vincolare, sul piano formale e sostanziale, le determinazioni concernenti l’utenza nazionale. (...) D’altra parte l’impegno assunto dagli operatori (...) non può ritenersi quale una mera indicazione di buone intenzioni, bensì l’intendimento e la volontà comunque di allinearsi alle tariffe massime fissate in sede comunitaria, con il potere di vigilanza rimesso per l’appunto all’Autorità*”;

RITENUTO, per quanto finora esposto, che la tutela offerta dalle predette disposizioni debba essere riconosciuta anche agli utenti che utilizzano piani tariffari non più sottoscrivibili;

PRESO ATTO che il Regolamento UE 531/12, nei limiti di cui all’articolo 21 e degli allegati 1 e 2, ha abrogato e sostituito i regolamenti CE n. 717/07 e n. 544/09;

RITENUTO, pertanto, che il prezzo di 13,90 eurocent (Iva inclusa), applicato dall’operatore Vodafone Omnitel agli SMS per i piani tariffari non più sottoscrivibili denominati “*Vodafone senza scatto*”, “*Free You&Friends*”, “*Free You&Me*” e “*Zero Limits Smart*”, non è coerente con la *best practice* comunitaria che, a partire dal 1°

luglio 2012, impone una tariffa massima per ogni messaggio inviato in *roaming* non superiore a 0,09 euro (al netto dell'IVA), ai sensi dell'articolo 10, comma 2, del Regolamento UE 531/12;

RITENUTO, quindi, di dover diffidare la Società a non perpetrare una simile condotta;

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario Francesco Posteraro, relatore ai sensi dell'articolo 31 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità;

DIFFIDA

La società Vodafone N.V., con sede legale in Amsterdam e sede amministrativa e gestionale in Ivrea (TO) alla Via Jervis, 13, 10015, ad adottare tutte le misure necessarie per impedire che agli utenti che fruiscono dei piani tariffari denominati "*Vodafone senza scatto*", "*Free You&Friends*", "*Free You&Me*" e "*Zero Limits Smart*", non più sottoscrivibili ed oggetto di successiva rimodulazione, vengano applicate condizioni economiche più onerose rispetto a quelle massime vigenti attualmente a livello comunitario per l'invio di SMS in *roaming*, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 1, comma 3, della delibera n. 326/10/CONS.

La presente diffida è impartita ai sensi del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 e l'eventuale inottemperanza è punita ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del medesimo decreto.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 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'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata all'operatore interessato e pubblicata sul sito web dell'Autorità www.agcom.it.

Napoli, 4 giugno 2013

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Francesco Posteraro

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