

DELIBERA N. 383/07/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' H3G S.P.A. PER
L'INOSSERVANZA DEGLI OBBLIGHI IMPOSTI DALL'ARTICOLO 3,
COMMI 1, 2 e 4 DELLA DELIBERA 9/06/CIR AVENTE AD OGGETTO
"DISPOSIZIONI REGOLAMENTARI IN TEMA DI BLOCCO DEI TERMINALI
MOBILI (SIM LOCK)"**

L'AUTORITÀ

NELLA sua riunione del Consiglio del 18 luglio 2007;

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, lettera c), n. 14;

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

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, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 31 marzo 2006, n. 76, 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/COONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni,

VISTA la delibera dell'Autorità n. 9/06/CIR, recante "Disposizioni regolamentari in tema di blocco dei terminali mobili (sim lock) " del 21 febbraio 2006, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 64 del 17 marzo 2006;

VISTO il verbale di accertamento n. 9/07 ed il conseguente atto di contestazione della Direzione tutela dei consumatori n. 9/07/DIT del 2 febbraio 2007, notificato in data 8 febbraio 2007, con il quale è stata contestata alla società H3G S.p.A., con sede legale in Roma, Via Alessandro Severo n. 246, l'inosservanza degli obblighi imposti dall'articolo 3, comma 1, 2 e 4 della delibera dell'Autorità n. 9/06/CIR, in quanto:

1. non sono state inserite specificatamente nel Regolamento Broad Cast Lock le informazioni relative al prezzo del terminale senza blocco e quelle relative al sussidio applicato;
2. le menzionate informazioni non sono riportate specificatamente con modifica nella carta servizi e con modifiche alle condizioni generali di contratto ma con un semplice rinvio a quanto previsto al regolamento di servizio Broad Cast Lock in materia di Sim Lock anche se l'articolo 3, comma 1 prevede che tali informazioni devono essere indicate specificatamente in ognuno dei citati documenti;
3. per quanto concerne la pubblicità effettuata è emerso che le informazioni di cui all'articolo 3, commi 1 e 2 non sono riportate per intero su tutte le forme di pubblicità utilizzate dal fornitore di servizi di comunicazioni elettroniche (es quotidiani) per la pubblicità relativa alle offerte che includono la vendita di terminali mobili , così come prescrive testualmente l'articolo 3, comma 4;

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la società interessata in data 23 febbraio 2007;

VISTA le memorie difensive pervenute in Autorità in data 9 febbraio 2007 e 23 febbraio 2007, con le quali la società interessata ha rappresentato quanto segue:

1. il regolamento di servizio predisposto dalla società contiene tutte le informazioni relative al prezzo del terminale e quelle relative al sussidio applicato anche se l'inserimento è stato attuato con la tecnica del rinvio, prassi consolidata in tema di formazione del contratto; in particolare è stata attuata la tecnica del rinvio per l'informazione relativa al prezzo del terminale e al valore del sussidio in quanto elementi dinamici e soggetti a repentine variazioni; l'informazione viene realizzata attraverso uno specifico listino disponibile presso i punti vendita, sui siti internet, sugli espositori porta prezzo come previsto dagli articoli 2 e 5.1 del Regolamento di Servizio *Broadcast Lock*, *Operator lock* e *USIM lock*; tali elementi sono stati anche riportati sulla singola confezione del terminale acquistato; inoltre, per tali addebiti, la società non ha ricevuto alcuna segnalazione e/o reclamo da alcun cliente;
2. le informazioni di cui all'articolo 3 comma 1 sono specificatamente inserite sia nella carta servizi sia nelle condizioni generali di contratto con la tecnica del rinvio al Regolamento di Servizio *Broadcast Lock*, *Operator lock* e *USIM lock*: per le condizioni generali di contratto il rinvio è stato disposto con l'aggiunta all'articolo 7, dei commi 7.1bis e 7 1ter il cui contenuto è riportato con documenti in atti; per la carta servizi con la modifica dell'articolo 1, con l'introduzione del paragrafo "Servizi", come da documenti in atti;
3. di aver provveduto ad inserire la pubblicità delle informazioni previste relativamente al valore del sussidio e al prezzo del terminale senza sussidio su diversi quotidiani, in quanto questo è stato il mezzo utilizzato per attuare la

pubblicità delle informazioni, a partire dalla campagna di agosto 2006, mentre l'indagine ispettiva è partita dall'esame della pubblicità realizzata su due quotidiani, Corriere della sera del 12 giugno 2006 e Gazzetta dello sport del 20 giugno 2006, antecedenti alla data del 20 agosto, data in cui si è dato avvio all'attuazione della pubblicità prevista dalla norma in contestazione;

4. ai sensi dell'articolo 2 della delibera 9/06/CIR le prescrizioni in essa contenute, e quindi anche il disposto di cui all'articolo 3, comma 4, concernono l'offerta di terminali mobili in "vendita", mentre la pubblicità a campione rilevata in sede ispettiva ha riguardato la pubblicità di terminali offerti al consumatore in comodato d'uso, dal che deriva l'insussistenza della violazione contestata.

CONSIDERATO che il Consiglio dell'Autorità nella riunione del 14 giugno 2007 ha ritenuto opportuno richiedere ulteriori approfondimenti, determinando in tal modo, ai sensi dell'articolo 10, comma 3, del sopra citato regolamento di cui alla delibera n.136/06/CONS, la proroga di sessanta giorni del termine per la conclusione del procedimento in questione, di cui è stata data comunicazione alla predetta società con nota del 25 giugno 2007;

VISTA la nota del 11 luglio 2007 con la quale il Servizio Giuridico di questa Autorità ha espresso il proprio orientamento interpretativo in risposta ai chiarimenti richiesti dal Consiglio, fornendone idonea motivazione sotto riportata;

RITENUTO, sulla base di quanto emerso dall'istruttoria, di non poter accogliere le difese della società interessata per i seguenti motivi :

- come premessa di carattere generale per quanto concerne l'inosservanza degli obblighi imposti dall'articolo 3, comma 1, della citata delibera, l'utilizzo della tecnica del rinvio è da ritenere argomento non idoneo al fine di valutare il comportamento posto in essere da H3G come conforme alla normativa, in quanto nel caso di specie non versiamo in un problema di validità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto dove è applicabile la regola della determinabilità *per relationem* dell'oggetto del contratto, quanto piuttosto risultano applicabili al caso di specie le regole vigenti in materia di contratti dei consumatori, ed in particolare il disposto dell'art. 1469-bis e *quinquies* del codice civile (ora trasfusi rispettivamente agli artt. 33 e 36 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il "*Codice del consumo*"), i quali, come confermato dal diritto vivente (Trib. Roma 21-01-2000; Trib Venezia 24 05 2004 e 11 07 2002; App. Bari 27 04 2005) sanciscono la vessatorietà e la nullità di protezione (in favore, cioè, del solo consumatore) delle clausole che, quantunque oggetto di trattativa individuale, abbiano per oggetto o per effetto "*di prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della*

conclusione del contratto". Nel caso di specie, il richiamo generico operato dagli articoli 2, 5.1 e 5.3 del regolamento di Servizio *Broadcast Lock, Operator lock* e *USIM lock* non rende accessibile al consumatore l'effettiva conoscenza del valore del sussidio, del prezzo del terminale con il blocco. Infatti sia il contenuto dell'articolo 2 (che recita che "il sussidio: è la differenza tra il prezzo di vendita del terminale libero da blocchi e il prezzo di vendita del terminale bloccato, dove i prezzi sono quelli del listino di 3") sia il contenuto dell'articolo 5.1 e 5.3 (che recitano:5.1 "La presenza delle funzionalità *Broadcast Lock, Operator Lock* e *Usim Lock* sui terminali o tivufonini, il valore del sussidio applicato e il prezzo del terminale o tivufonino senza blocchi sono riportati sulle confezioni dei terminali o tivufonini e sono resi noti al cliente all'atto della sottoscrizione contrattuale"; 5.3: "il cliente contatta il customer care di 3 per verificare , previo controllo del diritto allo sblocco, il costo della rimozione del blocco comunque noto al cliente al momento dell'acquisto del terminale") evidenziano l'impossibilità per il consumatore di conoscere, prima della conclusione del contratto, il valore del sussidio ed il prezzo del terminale mobile e le modalità di rimozione del blocco. Per quanto concerne le modalità di utilizzo e di rimozione *Operator Lock* e *Usim Lock* il rinvio operato dalle condizioni generali di contratto, ai sensi dell'articolo 7.1.bis e 7.1.ter a quanto riportato nell'articolo 5 del regolamento di Servizio *Broadcast Lock, Operator lock* e *USIM lock* e a quanto riportato sulla confezione del terminale con sim lock in offerta, non è conforme a quanto previsto dall'articolo 3, comma 1 della delibera 9/06CIR in quanto tali informazioni devono essere riportate specificatamente nelle condizioni generali di contratto: la tecnica del rinvio operato da tali articoli per far conoscere al consumatore le descritte informazioni non sono conformi al disposto che si assume violato. Per quanto sopra esposto è possibile affermare che tali clausole sono in contrasto con il disposto del articolo 33, comma 2, lettera l), e quindi potrebbero essere ritenute nulle ai sensi dell'articolo 36 comma 2 lettera c) del codice del consumo nei confronti del consumatore in quanto non sono di contenuto sufficiente tali da garantire che il consumatore abbia avuto conoscenza di fatto di tali elementi contrattuali prima della conclusione del contratto. Inoltre dall'istruttoria non è emerso alcun elemento tale da provare che il consumatore ne ha avuto effettiva conoscenza. Nella vendita del prodotto può infatti accadere, se non sono introdotti idonei strumenti contrattuali a difesa del consumatore, che il venditore non richiami l'attenzione dell'utente su tali aspetti contrattuali pur di concludere il contratto. Pertanto la tecnica di formazione del contratto emersa dai fatti in causa non è conforme al disposto dell'articolo sopra richiamato;

- per quanto concerne la violazione dell'articolo 3, comma 4, della delibera 9/06/CIR, contestata con riferimento alla realizzazione di una pubblicità per l'offerta dei terminali in *sim lock* senza le dovute informazioni, va rilevato che le eccezioni sollevate da parte resistente a sostegno della tesi dell'inapplicabilità di tale disposto ai fatti oggetto di contestazione, in quanto afferenti la pubblicità di terminali offerti in comodato d'uso, non è condivisibile per le argomentazioni di seguito riportate.

Il disposto dell'articolo 3, comma 1 e 2, per quanto richiamato dall'articolo 3, comma 4, va letto con riferimento a quanto prescritto nell'articolo 2, commi 1 e 2 della delibera 9/06/CIR. Da una lettura sistematica e correlata delle norme richiamate, infatti, discende che la norma non può che essere interpretata nel senso di assoggettare tutta la pubblicità, non solo quella relativa a terminali in vendita, ma anche quella inerente ai terminali in comodato d'uso, all'obbligo di un'informazione completa, nei termini sanciti dalla norma letta nella sua interezza e alla luce di quanto precisato nei "considerando" 41, 61 e 64 della delibera 9/06/CIR. La norma riconosce un diritto non del solo cliente, ma dell'utente in generale, disponendo che gli obblighi informativi, poi specificati nell'articolo 3, non sono limitati alla fase della stipula del contratto, ma si estendono alla precedente fase promozionale, a vantaggio di tutte le categorie di consumatori. In conclusione per quanto riportato nel paragrafo 41 l'imposizione degli obblighi informativi relativi alle condizioni più rilevanti non pare soggetta a restrizioni di sorta, estendendosi a tutte le informazioni: contrattuali, pubblicitarie e quelle *lato sensu* promozionali. A loro volta, dai successivi paragrafi 61 e 64 si evince che l'orientamento del regolatore è nel senso di non diversificare la regola a seconda della tipologia di contratto, a meno che una differenziazione non s'imponga in ragione della specificità della norma che sia applicabile solo ad un determinato tipo contrattuale. Come emerge particolarmente dal "considerando" 64 può ritenersi che, se è ovvio che alcune delle disposizioni della delibera risultano oggettivamente inapplicabili nel caso di terminale in comodato d'uso, in quanto il terminale resta nella proprietà dell'operatore, è, tuttavia, altrettanto evidente che tutte le altre disposizioni trovano generalizzata applicazione; tra tali disposizioni vanno sicuramente annoverate quelle inerenti agli obblighi d'informazione contrattuale e pubblicitaria previste dall'articolo 3.

RITENUTA, pertanto, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo n.259 del 1 agosto 2003, così come modificato dalla legge 24 novembre 2006, n. 286,

nei confronti della società H3G S.p.A. per inosservanza al combinato disposto di cui all'articolo 3, comma 1, 2, 4 della delibera 9/06/CIR;

RITENUTO di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura pari al minimo edittale, pari 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 il comportamento della società ha leso il diritto degli utenti a ricevere informazioni complete chiare e trasparenti, con particolare riferimento al valore del sussidio, prezzo del terminale senza sussidio e vincoli all'uso del terminale in presenza di SIM lock nelle varie fasi di offerta del servizio, dalla fase promozionale-pubblicitaria alla fase contrattuale, nell'offerta di terminali con il blocco qualsiasi sia lo strumento contrattuale utilizzato;
- b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che la H3G S.p.A. ha ritenuto in buona fede di aver posto in essere tutta l'attività necessaria e conforme al dettato normativo che si assume violato al fine di rendere conoscibile all'utente tutte le informazioni contestate concernenti l'offerta di terminali mobili con SIM lock (Blocco) inserendo le informazioni di cui alla citata normativa con le modalità evidenziate in corso d'istruttoria nelle varie fasi del procedimento;
- c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società H3G S.p.A. è dotata di una organizzazione interna ed esterna tale da garantire la conoscibilità a favore del consumatore di tutte le informazioni previste ai sensi dell'articolo 3, commi 1,2 e 4 della delibera 9/06/CIR sia nella fase di commercializzazione (promozione e pubblicità) che nella fase dell'offerta del terminale con il blocco qualunque sia lo strumento contrattuale utilizzato per concludere il perfezionamento dell'offerta;
- d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria come sopra determinata.

VISTA la relazione del responsabile del procedimento, avv. Stefania Perlingieri, e le risultanze istruttorie;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

SENTITA la relazione del Commissario relatore Gianluigi Magri ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società H3G S.p.A. con sede in Roma, alla via Alessandro Severo n. 246, di pagare quale sanzione amministrativa la somma di Euro 58.000,00 (cinquantottomila/00) per l'inosservanza del combinato disposto di cui all' articolo 2, commi 1 e 2 e articolo 3, comma 1, 2 e 4 della delibera 9/06/CIR, sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo n.259 del 1 agosto 2003 così come modificato dalla legge 24 novembre 2006, n. 286,.

INGIUNGE

alla citata società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma, utilizzando il bollettino c/c n. 871012 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. ", 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.

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 383/07/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 1 agosto 2003, n. 259, 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, 18 luglio 2007

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Gianluigi Magri

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