

DELIBERA N. 582/08/CONS

ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' VODAFONE N.V. PER IL MANCATO RISPETTO DELLA DISPOSIZIONE DI CUI ALL'ARTICOLO 4, COMMA 9, DELLA DELIBERA N. 19/01/CIR

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 7 ottobre 2008;

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*”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, ed in particolare l’articolo 98, comma 11;

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*”;

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

VISTO il decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262 convertito in legge 24 novembre 2006, n. 286, recante “*Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*”, ed in particolare l’articolo 136;

VISTA la delibera dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 136/06/CONS, ed il relativo Allegato A, recante “*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*”, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera n. 130/08/CONS, recante “*Riforma della delibera n. 54/08/CONS, a sua volta recante “Modifiche ed integrazioni al regolamento in materia di procedure sanzionatorie in attuazione dell’art. 14 bis del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e del regolamento in materia di impegni di cui alla delibera n. 645/06/CONS*”;

VISTA la delibera n. 131/08/CONS, recante “*Modifiche al regolamento in materia di impegni di cui alla delibera n. 645/06/CONS*”;

VISTO il regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità, approvato con delibera n. 316/02/CONS, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell’Autorità n. 19/01/CIR recante “*Modalità operative per la portabilità del numero tra operatori di reti per i servizi di comunicazioni mobili e personali (Mobile Number Portability)*”, ed, in particolare, l’articolo 4, comma 9, secondo cui “*I dati relativi ai clienti che richiedono l’attivazione della prestazione di*

MNP sono trattati dall'operatore Donating con la massima riservatezza ed utilizzati esclusivamente ai fini dell'attivazione della prestazione”;

VISTO il verbale di accertamento n. 7/08/DIR del Direttore della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica del 12 giugno 2008, con il quale è stato accertato che la società Vodafone N.V., con sede in Amsterdam (Olanda), e sede amministrativa in Ivrea, via Jervis, n. 13, ha violato il comma 9 dell'articolo 4, della delibera n. 19/01/CIR, in quanto con riferimento alle procedure adottate dalla società a seguito della ricezione di una richiesta di portabilità di un proprio cliente inoltrata tramite un operatore *Recipient*, ha utilizzato a fini commerciali e promozionali i dati relativi al cliente medesimo;

VISTO l'atto di contestazione della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica n. 7/08/DIR, notificato in data 13 giugno 2008, con il quale è stata contestata alla società Vodafone N.V., la violazione accertata con il verbale n. 7/08/DIR e si individua nel dirigente Dott.ssa Sabrina Agresta il responsabile del procedimento;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la memoria difensiva pervenuta in data 11 luglio 2008 (prot. AGCOM n. 43538 del 16 luglio 2008);

UDITA la società interessata in data 25 luglio 2008;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata

1. Vodafone sostiene che il procedimento sanzionatorio istaurato a suo carico deriverebbe da un errore interpretativo dell'Autorità, consistente nel ricavare, *a contrario*, da una disposizione espressa (il citato articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR) una “norma opposta e implicita”, secondo la quale sarebbe vietato all'operatore *Donating* di rappresentare al cliente – che abbia all'uopo manifestato un previo ed esplicito consenso all'uso dei propri dati – l'esistenza di offerte alternative.

2. Assegnare al cliente il diritto potestativo di recedere e di portare il numero, negandogli al contempo il diritto di “ripensamento” (attraverso la revoca del mandato) ed il diritto di aderire ad offerte migliorative, determina, secondo Vodafone, una neutralizzazione delle dinamiche di promozione della concorrenza insite nella disciplina. Alla luce di ciò, l'attività di “*retention*” della società sarebbe dunque pienamente legittima. Gli articoli 9, comma 10, lett. h della delibera n.19/01/CONS e 14 del contratto quadro interoperatore vanno incontro a questo generale principio e assegnano al *Donating* un vero e proprio obbligo di “annullamento” della precedente richiesta di MNP in ragione della dichiarazione di revoca del cliente.

3. Vodafone sostiene che l'uso di dati per finalità riguardanti la prestazione di portabilità è una modalità dell'obbligo di "riservatezza" che la delibera n. 19/01/CIR estende anche al *Donating*. La società opera, al riguardo, una distinzione tra i dati forniti dal *Recipient* in sede di portabilità (dati "esterni") e i dati a disposizione del *Donating* nel rapporto interno e diretto con il cliente (dati "interni"). Ciò che si verifica, nel caso di specie, è una congiunturale coincidenza di dati, che tuttavia non è idonea ad incidere sul trattamento dei dati interni: se, da un lato, i dati esterni non possono essere usati che per la prestazione di portabilità, d'altro lato i dati interni rifluiscono nella generale disciplina del trattamento (codice della privacy), sicché essi sono suscettibili di fruizione commerciale con il preventivo consenso del cliente. Le offerte promozionali formulate, trattando dati già presenti nelle banche degli operatori (e segnatamente del *Donating*) risultano perfettamente conformi alla disciplina primaria.

4. Dinanzi ad una norma attributiva della c.d. autonomia negoziale (*in primis*, l'articolo 1322, codice civile), eventuali successive disposizioni recanti cause di nullità rifluiscono necessariamente nella categoria delle norme eccezionali. Nel caso di specie risulta palesemente inammissibile ed illegittima qualsiasi lettura restrittiva dell'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR, la quale ricavi per implicito una sorta di divieto della consueta attività negoziale delle parti.

5. Vodafone sostiene che l'articolo 98, comma 11, del codice delle comunicazioni elettroniche trovi applicazione soltanto nel caso di violazione di ordini dell'Autorità, ossia di provvedimenti singoli e specifici a carico di un determinato organismo.

6. Vodafone conclude la propria memoria difensiva affermando che nel caso di specie esiste già un'analisi del mercato di riferimento (mercato 15, delibera n. 46/06/CONS), la quale accerta la perfetta competitività del mercato escludendo qualsiasi misura asimmetrica e qualsiasi ulteriore ed ipotetico obbligo. Se l'articolo 4, comma 9, fosse interpretato come preclusivo di atti leciti d'impresa, e segnatamente di offerte promozionali a determinate categorie di clienti, allora esso finirebbe per integrare una grave misura asimmetrica priva di qualsiasi obiettivo fondamento ed incompatibile con la disciplina degli articoli 19 e 45 del codice delle comunicazioni elettroniche, e sarebbe radicalmente nullo (in mancanza di apposita analisi di mercato e di AIR che attestino la sussistenza di condizioni di mercato tali da giustificare una simile misura).

II. Valutazioni dell' Autorità

In relazione a quanto sostenuto dalla società Vodafone N.V. nella suddetta memoria difensiva, nonché nel corso dell'audizione del 25 luglio 2008, si ritiene

di dover disattendere le giustificazioni addotte dalla società per i motivi che seguono.

1. Ai sensi dell'articolo 4, della delibera n. 19/01/CIR, recante “*Obblighi a carico dell'operatore Donating*”, l'operatore *Donating* procede all'espletamento di tutte le attività interne per la fornitura della *Mobile Number Portability* (MNP). Tra le attività considerate in capo all'operatore *Donating* dalla citata disposizione figura, al comma 9, quella di trattare i dati relativi ai clienti (comunicati dall'operatore *Recipient* all'operatore *Donating*) che richiedono l'attivazione della prestazione di MNP con la massima riservatezza e di utilizzare i dati stessi esclusivamente ai fini dell'attivazione della prestazione. In altri termini, la norma si pone l'obiettivo di assicurare l'effettivo compimento della procedura di MNP, prescrivendo, al riguardo, al *Donating*, determinati obblighi di fare, ovvero utilizzare i dati riguardanti i clienti richiedenti la prestazione di MNP solo ed esclusivamente ai fini della suddetta evasione della procedura di portabilità. Seguendo tale impostazione, la differente utilizzazione a fini commerciali da parte di Vodafone N.V., in qualità di *Donating*, dei dati relativi ai suddetti clienti nel corso del completamento della procedura di MNP, è idonea a pregiudicare il buon fine della procedura medesima. Resta impregiudicata e lecita, d'altro canto, la possibilità per Vodafone N.V., di formulare nuove offerte commerciali, allorquando però, nel corso della procedura di MNP, sia il cliente a richiederle. Diversamente interpretando, infatti, la norma posta dall'articolo 4, comma 9, citato, sarebbe privata della sua effettività, dal momento che l'acconsentimento all'utilizzo per fini commerciali e promozionali da parte del *Donating* dei dati relativi ai clienti suddetti nel corso della procedura di MNP, potrebbe pregiudicare, come spiegato, il completamento della suddetta procedura.

Peraltro, il comportamento tenuto da Vodafone, riguardo all'utilizzazione a fini commerciali di dati relativi al cliente provenienti dal *Recipient* necessari a completare la procedura di MNP, può comportare l'ulteriore conseguenza di assegnare alla società la possibilità di differenziare e calibrare il prezzo del servizio oggetto di contro offerta in corrispondenza di medesimi servizi offerti dalla società stessa alla platea dei suoi utenti che, in tal modo, ne risulterebbero discriminati.

2. Il diritto potestativo dei clienti di recedere e portare il numero, nonché il diritto di “ripensamento” attraverso revoca del mandato all'operatore *Recipient* è ad avviso dell'Autorità pienamente esercitabile e può essere manifestato in ogni momento e in qualsiasi sede. In altri termini, l'Autorità non pone in alcun dubbio la titolarità del diritto soggettivo in capo al cliente di recedere e di revocare il conferimento del mandato, con la conseguente libertà di scelta dell'offerta più vantaggiosa. Ciò che, tuttavia, rileva ai fini della contestazione in argomento non è tanto l'esercizio del legittimo diritto di recesso e di ripensamento in capo al cliente che, come detto, è sempre esercitabile, quanto la

violazione di determinati obblighi di fare imposti dalla delibera citata in capo al *Donating*, la cui inottemperanza (utilizzo dei dati provenienti dal *Recipient* anche ai fini commerciali), potrebbe pregiudicare il completamento della prestazione.

3. I dati forniti dal *Recipient* al *Donating* relativi al cliente che richiede la portabilità sono sicuramente configurabili come dati esterni al rapporto tra il cliente medesimo e il *Donating*. Diversamente, i dati forniti dal cliente al *Donating* nel rapporto contrattuale di utenza telefonica mobile si configurano come dati interni, e cioè inerenti il rapporto interno e diretto del *Donating* con il cliente. L'affermata congiunturale coincidenza di tali dati da parte della società Vodafone, tuttavia, non ne consente il medesimo utilizzo ai sensi della disciplina sulla protezione dei dati personali (decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196). Si vuole dire, in altri termini, che se i dati interni rifluiscono sicuramente nella generale disciplina del trattamento dei dati personali di talchè risultano suscettibili di fruizione commerciale una volta ottenuto il preventivo consenso del cliente; di contro, i dati esterni, e cioè quelli che provengono dal *Recipient* in qualità di soggetto esterno al rapporto contrattuale di utenza in essere, seppur coincidenti con i dati interni, non risultano accompagnati dal medesimo preventivo consenso del cliente a che Vodafone, in qualità di *Donating*, tratti i dati stessi ai fini promozionali e commerciali, ma unicamente ai fini dell'evasione della procedura di MNP. I dati relativi al cliente che richiede la portabilità del numero, difatti, secondo la lettera della norma, devono essere utilizzati da Vodafone, esclusivamente ai fini specifici dell'attivazione della prestazione di MNP.

4. Seguendo tale impostazione, l'Autorità ha rilevato un comportamento da parte di Vodafone consistente nell'utilizzazione dei dati dei clienti richiedenti la MNP ai fini della prospettazione di nuove offerte commerciali. Con ciò contravvenendo alla normativa di regolazione settoriale dettata dall'articolo 4, comma 9, della citata delibera n. 19/01/CIR. A tal riguardo, occorre precisare che la disciplina contenuta nella delibera n. 19/01/CIR non riguarda, come sostenuto da Vodafone, norme eccezionali, di cui si discute l'applicazione in senso analogico, né norme implicite, ricavate cioè per mezzo di argomentazioni *a contrario*. Al contrario, la norma sulla MNP di cui si contesta l'applicazione costituisce norma di settore posta dall'Autorità, così come investita dei suoi poteri dalle leggi 31 luglio 1997, n. 249 e 14 novembre 1995, n. 481, ai fini della promozione del mercato e dello sviluppo della concorrenza. E' dunque alla luce di tale legislazione, così come integrata successivamente dal decreto legislativo 1 agosto, 2003, n. 259 recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, che l'Autorità ha provveduto ad introdurre misure atte a garantire condizioni di effettiva concorrenza nel mercato delle comunicazioni mobili da parte di tutti gli operatori, tra cui quelle in materia di MNP.

5. Nel caso in esame la delibera n. 19/01/CIR si qualifica come ordine amministrativo ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del codice di comunicazioni elettroniche per le motivazioni che di seguito si illustrano. *In primis*, si sottolinea che il contenuto specifico del comma 9 dell'articolo 4, della delibera n. 19/01/CIR è qualificabile giuridicamente come un comando da cui scaturisce un obbligo di fare in capo all'operatore *Donating*: utilizzare i dati relativi al cliente di cui si viene a conoscenza dal *Recipient* esclusivamente per concludere il processo di MNP. *In secundis*, il mancato rispetto delle disposizioni di cui al comma sopra richiamato comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla normativa vigente ai sensi del successivo articolo 13, comma 3 della citata delibera. Inoltre, si rileva che la delibera è stata oggetto, oltre che di pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale*, anche di apposita notifica, essendo stati individuati gli operatori mobili quali destinatari dell'atto di regolazione suddetto.

6. Da ultimo, si rammenta che la *Number Portability* si configura come principio generale del diritto delle comunicazioni elettroniche, la cui disciplina si pone, ai sensi dell'articolo 80 del codice delle comunicazioni elettroniche, a tutela dei diritti degli utenti finali dei mercati della telefonia fissa e mobile e trova applicazione, indipendentemente dalla situazione e dall'analisi del mercato di riferimento, nei confronti della generalità degli operatori. Peraltro, la delibera n. 19/01/CIR, afferendo alla materia dell'accesso e dell'interconnessione, risulta pienamente in vigore, stante il disposto dell'articolo 44, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche, secondo cui "*Gli obblighi vigenti alla data di entrata in vigore del Codice in materia di accesso e di interconnessione, imposti agli operatori che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, restano in vigore fintantoché tali obblighi non siano stati riesaminati e non sia stata adottata una decisione ai sensi del comma 2. Fino a tale data conservano efficacia le deliberazioni adottate dall'Autorità, relativamente ai suddetti obblighi, sulla base della normativa previgente*".

CONSIDERATO che, ai sensi dell'articolo 98, comma 17-bis, del decreto legislativo n. 259/03, nel caso di specie non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge n. 689/81;

RITENUTA la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259/03 da determinarsi tra un minimo di € 120.000,00 ed un massimo di € 2.500.000,00;

RITENUTO di dover determinare la sanzione pecuniaria per la violazione contestata nella misura del doppio del minimo edittale, pari a € 240.000,00 (Euro duecentoquarantamila) in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge n. 689/81:

- a. *con riferimento alla gravità della violazione*, va rilevato che Vodafone N.V. ha violato la disposizione dell'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR, pregiudicando l'obiettivo insito nella norma, ossia assicurare l'effettivo compimento delle procedure di MNP;
- b. *con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione*, va rilevato che Vodafone N.V. non ha ancora intrapreso iniziative idonee in tal senso;
- c. *con riferimento alla personalità dell'agente*, la società Vodafone N.V. è dotata di un'organizzazione interna idonea a garantire il rispetto di quanto stabilito dall'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR;
- d. *con riferimento alle condizioni economiche dell'agente*, la situazione patrimoniale dell'esercente è tale da potere affrontare la sostenibilità della sanzione pecuniaria che si va ad irrogare per la violazione;

VISTA la relazione del responsabile del procedimento e le risultanze istruttorie;

SENTITE le relazioni dei Commissari Sebastiano Sortino e Gianluigi Magri, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società Vodafone N.V., con sede in Amsterdam (Olanda), e sede amministrativa in Ivrea, via Jervis, n. 13, di pagare la sanzione amministrativa pecuniaria di € 240.000,00 (Euro duecentoquarantamila) per la violazione, nei termini descritti in motivazione, delle disposizioni di cui all'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR, sanzione comminata ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

DIFFIDA

la società Vodafone N.V. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione dell'articolo 4, comma 9, della delibera n. 19/01/CIR.

INGIUNGE

alla citata società di versare la somma di € 240.000,00 (Euro duecentoquarantamila) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma, sul c/c n. n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni", 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 n. 582/08/CONS".

Ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo n. 259/03, 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 degli articoli 21 e 23-*bis* 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.

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

Roma, 7 ottobre 2008

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

IL COMMISSARIO RELATORE
Gianluigi Magri

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