

Publicato il 21/03/2024

N. 05623/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01430/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1430 del 2020, proposto da Vodafone Italia Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Orlandi, Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli e Paolo Giugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

Iliad Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Pacciani, Vito Auricchio e Valerio Mosca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 12.11.2019 n. 27996, adottato a conclusione del procedimento PS11381 e notificato in data 6 dicembre 2019, con il quale l'Autorità ha sanzionato Vodafone Italia S.p.A. per asserite violazioni degli artt. 22 e 65 del Codice del Consumo ed ha irrogato due distinte sanzioni amministrative per un importo complessivo pari ad euro 6.000.000,00; nonché, per quanto occorrer possa, di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi il provvedimento di avvio del procedimento istruttorio PS11381 del 20.2.2019 notificato in data 26.2.2019 e la comunicazione del termine di conclusione dell'istruttoria e di precisazione delle contestazioni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e di Iliad Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2024 il dott. Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.La società ricorrente ha impugnato il provvedimento specificato in epigrafe, con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha accertato la realizzazione di due pratiche scorrette in violazione degli articoli 22 e 65 del Codice del Consumo.

In particolare, all'esito del procedimento, il cui articolato sviluppo è descritto negli atti difensivi delle parti, l'Autorità ha sanzionato l'esponente per due distinte condotte illecite, e cioè:

- a) nella fase di promozione di offerte "personalizzate" di *winback* per i servizi di telefonia mobile, effettuate nei confronti di target prestabiliti e di ex clienti Vodafone, contattati tramite SMS, la società forniva informazioni

carenti, indicando unicamente le condizioni principali dell'offerta, in termini di volumi di traffico e di prezzo, omettendo la presenza di ulteriori costi applicati al piano tariffario proposto o di vincoli alla fruizione dell'offerta;

- b) nella fase di adesione dei consumatori a tutte le offerte di telefonia mobile, Vodafone attivava alcuni servizi/opzioni secondarie rispetto all'offerta principale, senza il preventivo espresso consenso del consumatore, con l'eventuale addebito dei relativi costi di utilizzo non ricompresi nell'offerta economica principale.

L'Autorità ha contestualmente vietato la diffusione e continuazione delle due dette condotte, comminando, a carico dell'esponente, una sanzione pari ad euro 2.900.000 per la prima pratica scorretta e una sanzione di euro 3.100.000 per la seconda pratica, per un quantum complessivo pari a euro 6 milioni.

L'istante ha contestato la legittimità del provvedimento, deducendo:

- l'asserita liceità della prima condotta contestata, conforme alla regolazione di settore;
- la violazione del legittimo affidamento e il tardivo avvio del procedimento istruttorio con riferimento alla seconda pratica;
- la dedotta liceità di tale seconda condotta, in ragione della pretesa acquisizione di un consenso preventivo da parte dei clienti;
- sul quantum, l'irragionevole determinazione della sanzione.

Si è costituita in giudizio l'Autorità garante della concorrenza del mercato, diffusamente argomentando e chiedendo la reiezione del gravame.

È intervenuta *ad opponendum* la società Iliad Italia spa.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 10 gennaio 2024.

2. Il ricorso è infondato.

Con riferimento alla prima pratica contestata ed al primo motivo di diritto, il Collegio osserva che, con giudizio logico ed immune da travisamenti

(che resiste al sindacato estrinseco del TAR), l'Autorità ha ritenuto l'ingannevolezza della condotta posta in essere dall'operatore telefonico, laddove egli è venuto meno all'obbligo di predisporre messaggi pubblicitari chiari e completi ed ha omesso di fornire, sin dal primo contatto negoziale, gli elementi essenziali per comprendere la proposta offerta (segnatamente, sotto il profilo dei costi e dei vincoli ulteriori rispetto a quelli indicati).

La società, al fine di "agganciare" il consumatore (ex cliente) ha infatti illustrato solo parzialmente il contenuto dell'offerta, proprio all'evidente fine precipuo di rifidelizzare il consumatore, non informandolo compiutamente però e rinviando poi solo a successivi adempimenti (a carico del consumatore) gli ulteriori dettagli sulle reali condizioni dell'offerta.

È noto l'orientamento giurisprudenziale, il quale predica l'obbligo, a carico del professionista, di offrire, sin da subito, un messaggio promozionale completo e chiaro, la cui esaustività deve essere immediatamente percepita dai potenziali clienti, e non già rimessa solo ad un momento successivo e quando l'effetto promozionale ha già prodotto il suo effetto.

È scorretta, infatti, la pratica di somministrare, con il *claim* principale, solo alcune delle informazioni essenziali, costringendo il consumatore a consultare, solo successivamente, altri documenti per reperire tutte le informazioni utili a chiarire i reali contorni del servizio.

Nel caso di specie, Vodafone non solo non faceva alcun riferimento, negli SMS inviati, ai reali costi di tutti i servizi offerti, ma, addirittura, enfatizzava solo l'unica voce di costo mediante la locuzione "*offerta a soli...Euro*", che, attirando l'attenzione del cliente potenziale, dissimulava l'esistenza di ulteriori esborsi per gli altri servizi ricompresi nell'offerta.

In sostanza, la proposta inviata per "recuperare" gli ex clienti Vodafone non rispettava il principio di autosufficienza informativa (correttamente richiamato dalla difesa erariale), posto che dal messaggio pubblicitario, in

sé e per sé considerato, era impossibile risalire agli effettivi costi dell'intero pacchetto di servizi che l'offerta ricomprendeva.

Né può rilevare che la regolazione settoriale consenta di poter integrare solo successivamente l'informazione pubblicitaria per mezzo di ulteriori indicazioni sulle condizioni giuridiche ed economiche della prestazione proposta; giacché tale possibilità non elide la configurabilità di una pratica scorretta ai sensi del Codice del consumo, la cui disciplina resta sullo sfondo e pone specifici obblighi di diligenza gravanti sul professionista, ai sensi della più ampia cornice regolatoria posta dalla normativa di protezione.

Detto altrimenti, il grado di diligenza professionale richiesto al professionista non può essere parametrato solo alla luce degli obblighi imposti dall'autorità di regolazione competente per il settore di riferimento, in quanto le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali scorrette richiedono ai professionisti l'adozione di modelli di comportamento che, in parte, sono desumibili dalla disciplina posta dall'autorità di regolazione (laddove esistenti), in parte (e più in generale) sono imposti dalla più ampia normativa di protezione posta dal Codice del Consumo.

Al riguardo, il provvedimento impugnato fornisce una adeguata motivazione e spiega che il parere reso dall'Agcom si è riferito solo agli ambiti di competenza, fermi restando i profili di aggressività e ingannevolezza, nonché quello di cui all'articolo 65 del Codice del Consumo.

Per altro, la ridetta Autorità di settore si è limitata a valutare l'attitudine dello specifico mezzo di comunicazione, utilizzato per diffondere la pratica commerciale, a incidere e amplificare l'eventuale ingannevolezza o scorrettezza della pratica medesima, lasciando impregiudicata ogni valutazione sulla liceità della pratica.

Neppure può essere positivamente apprezzata l'argomentazione difensiva, proposta dalla ricorrente, secondo cui un'informazione completa non era ipotizzabile, considerati i limiti di spazio connessi alla natura del mezzo di comunicazione utilizzato (e cioè gli SMS).

La deduzione, a ben vedere, lungi dall'atteggiarsi a scusante, conferma l'inadeguatezza informativa che era legata ad una sorta di "inettitudine originaria" (per usare una terminologia mutuata dal diritto delle obbligazioni) della parte obbligata, in ragione di una limitatezza "genetica" del mezzo di comunicazione, inidoneo a rendere completamente informato il cliente circa l'oggetto della proposta commerciale.

In conclusione, la valutazione dell'Autorità sulla prima pratica scorretta contestata è perfettamente coerente ed in linea con gli standard che caratterizzano il settore specifico delle telecomunicazioni, nell'ambito del quale è imposto agli operatori economici un onere di diligenza e di correttezza particolarmente rigoroso, in ragione dell'asimmetria informativa che, ontologicamente, connota il settore della telefonia.

3. Sono infondati anche i motivi di ricorso articolati dall'esponente con riferimento alla seconda pratica contestata.

A tal riguardo, Vodafone lamenta la violazione dell'affidamento e la tardività dell'avvio del procedimento da parte dell'Autorità, che avrebbe avuto a disposizione le informazioni sufficienti ad avviare l'istruttoria già nel mese di maggio 2017 (cioè circa due anni prima dell'avvio effettivo), così mancando di rispettare il termine perentorio di cui all'articolo 14 della legge 689 del 1981.

Assume infatti la deducente che, già nel 2017, essa istante, in riscontro ad una richiesta di informazioni proveniente dall'Antitrust, già aveva trasmesso tutti gli elementi essenziali in relazione ad una precedente offerta, che coincideva esattamente con quella oggetto dell'odierna contestazione. Orbene, il Collegio osserva che, in ordine alla *vexata quaestio* inerente all'applicabilità ai procedimenti Antitrust dell'articolo 14

legge 689/1981, la Sezione, come noto, ha disposto un rinvio pregiudiziale alla CGUE (v. ordinanza n.12962/2023).

La pendenza della pregiudiziale europea non rileva, tuttavia, nel caso di specie (e dunque non impone la sospensione impropria del giudizio), posto che, in ciò condividendosi gli assunti difensivi posti dalla difesa erariale, non vi è medesimezza tra la condotta tenuta da Vodafone nel 2017 (oggetto di chiarimenti e per la quale l'Autorità non ha proceduto) e la pratica oggi sanzionata (rispetto alla quale il procedimento è stato, in modo incontestato, tempestivamente avviato).

Le due offerte mostrano significative diversità, posto che: - sono diverse le offerte relative ai piani tariffari base; - è diversa la natura dei servizi (i primi meramente accessori, i secondi parte integrante dell'offerta cd. *bundle*); - risultano diverse le caratteristiche e le modalità di attivazione dei servizi medesimi.

Nel 2017, l'attività istruttoria svolta dall'Antitrust si era limitata ai servizi indicati nella tabella predisposta ed inviata in risposta alla richiesta di chiarimenti; per converso, nel 2019, a fronte di denunce e segnalazioni concernenti un'offerta ontologicamente differente, l'Autorità ha invece ritenuto di attivare il procedimento esitato nell'atto gravato.

La differenza esistente tra le due fattispecie, se consente di prescindere dal tema della decadenza dal potere sanzionatorio, permette altresì di disattendere l'argomentazione difensiva incentrata sulla dedotta lesione dell'affidamento, che l'operatore avrebbe riposto nel riscontro positivo fornito dall'Autorità ai citati chiarimenti sui servizi del 2017.

Ed invero la violazione del legittimo affidamento può profilarsi solo laddove l'operatore possa confidare in rassicurazioni precise e incondizionate, provenienti dall'Autorità, circa una pratica specifica, che, tuttavia, nel caso di specie, era, per quanto detto, diversa da quella effettivamente sanzionata.

Tanto premesso sul secondo motivo di ricorso, si osserva poi che, anche con riguardo alla seconda pratica scorretta, la valutazione dell'Antitrust, che ha ritenuto la violazione dell'articolo 65 del Codice del Consumo, è frutto di un corretto esercizio del potere tecnico-discrezionale intestato all'amministrazione.

Vodafone lamenta l'erronea valutazione delle opzioni/servizi denominati: "Segreteria telefonica", "Ricevuta di ritorno SMS", "Rete sicura", "1 GB di riserva", "Smart Passport" e "Chiamami/Recall", tutte funzionalità che erano parte integrante dell'offerta e note al cliente.

Deve osservarsi che, invece, l'Autorità ha accertato che i detti servizi/opzioni presentavano le seguenti caratteristiche:

- *in primis*, erano a pagamento e implicavano un costo ulteriore rispetto a quello richiesto per l'obbligazione principale sottoscritta dal consumatore;
- in secondo luogo, venivano attivati automaticamente dall'operatore, all'atto della sottoscrizione del contratto, senza alcun esplicito consenso da parte del consumatore;
- infine potevano essere solo rifiutati o disattivati dal consumatore dopo la sottoscrizione del contratto e dopo l'attivazione della SIM (fatta eccezione per il servizio "Chiamami/Recall" che potevano essere disattivato in fase di sottoscrizione).

Orbene, si rileva che, con ragionamento del tutto coerente e esente da errori in fatto, l'Autorità ha ritratto dalle dette evidenze istruttorie che le citate funzionalità non costituivano affatto prestazioni principali dell'offerta (e quindi parte integrante dell'offerta cd. *bundle* inscindibile), bensì si atteggiavano, in concreto, quali elementi di fatto opzionali, con costi specifici non inclusi nel prodotto principale pubblicizzato (o comunque dissimulati dal *claim* principale) e, per di più, disattivabili solo dopo la sottoscrizione del contratto.

Il Collegio reputa corretta l'inferenza logica rinvenibile ai paragrafi 94 e 95 del provvedimento gravato, laddove l'amministrazione ha precisato che se

tutte le offerte Vodafone fossero state *bundle* (inscindibili), come dedotto dalla società, esse sarebbero state proposte come “pacchetto unico” e a prezzo unico.

Mentre, per converso, nel caso di specie, ognuna di esse aveva un proprio specifico costo ulteriore e separato da quello complessivo.

Inoltre, l’Autorità ha correttamente opinato che, laddove si fosse trattato di un’offerta unica ed indivisibile, sarebbe stato poi impossibile scindere i singoli servizi opzionali ed eliminarli successivamente all’adesione al contratto (mediante una disattivazione postuma finalizzata ad evitare il costo ulteriore).

Detto altrimenti, vi era una evidente contraddizione tra la dedotta natura inscindibile dell’offerta e la possibilità riconosciuta al consumatore di ritenere (solo successivamente) taluni servizi non essenziali e, così, eliminarli (*ex post*).

Per altro, l’Autorità ha precisato che l’articolo 65 è applicabile anche nei casi in cui sia consentita la disattivazione prima della sottoscrizione del contratto e non dopo l’adesione (ciò, con riferimento al servizio “*Chiamami/Recall*”), posto che la finalità della norma è quella di contrastare ogni forma di pre-attivazione, che imponga al consumatore di rifiutare servizi non scelti, disattivandoli prima o dopo l’adesione all’offerta, per evitare addebiti di costo.

In entrambi in casi, vi è infatti una coartazione della volontà negoziale del consumatore, al quale deve essere sempre garantito, in via preventiva, il libero diritto di esprimere un consenso espresso su di una offerta nota in tutte le sue componenti.

La stessa giurisprudenza della Sezione si è espressa nel senso del divieto di prevedere opzioni “pre-flaggate” nei contratti di forniture, costringendo il consumatore a rifiutarle e a deselezionarle (*opt out*), quale inammissibile surrogato di un consapevole consenso espresso e preventivo (*opt in*).

Ugualmente corretta è la valutazione effettuata dall'Autorità sul servizio di "Ricevuta di ritorno SMS", che, secondo l'istante, non integrerebbe gli estremi della pratica contestata, nella misura in cui si tratterebbe di un servizio che implicherebbe un'attivazione da parte del consumatore sul proprio dispositivo.

Si osserva come l'argomentazione non convince e, proprio laddove si impone un intervento del cliente, che deve compiere precisi adempimenti per attivare il servizio, si rientra proprio nel raggio di azione del predetto articolo 65 del Codice, il quale imporrebbe, per converso, un consenso espresso del consumatore (che certo non può essere sostituito da una sua azione, pur consapevole, successiva).

Si aggiunga che il predetto intervento del consumatore potrebbe anche non avvenire mai, in quanto la funzionalità di cui si verte era preimpostata sul telefono al momento stesso dell'acquisto.

Del tutto irrilevanti sono poi le informazioni che pervenivano solo successivamente all'adesione, tramite SMS, siccome inidonee a rendere edotto il cliente circa le componenti essenziali del piano tariffario e circa la reale natura dell'offerta.

In conclusione, anche sotto tale profilo, il giudizio tecnico-discrezionale posto in essere dall'autorità è del tutto esente da censure di irragionevolezza o travisamento dei fatti.

4. Da ultimo, deve essere respinta la doglianza con cui l'esponente società ha contestato la determinazione del *quantum* sanzionatorio.

Si rileva che, nella spendita del proprio potere discrezionale, l'amministrazione si è attenuta ai criteri individuati dall'articolo 11 della legge 689 del 1981, richiamato dall'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo, valorizzando le dimensioni dell'operatore, la gravità della violazione, le condizioni economiche dell'impresa e la pervasività della condotta.

Segnatamente, sotto il primo profilo, si è tenuto conto del fatturato al 31 marzo 2019 (pari a 6 miliardi e 444 milioni di Euro).

In secondo luogo, l'Autorità ha evidentemente tenuto conto della diffusività delle due pratiche e del numero di sottoscrizioni dei contratti nel periodo di riferimento.

Anche la durata delle condotte è stata valutata, posto che entrambe le pratiche esistevano almeno sin dal giugno 2018.

Si aggiunga che la società ricorrente era recidiva, essendo già stata sanzionata sempre per violazioni del Codice del Consumo e che il professionista ha iniziato a collaborare (adottando talune misure di mitigazione del danno) solo in corso di procedimento e dopo la contestazione formale dell'illecito. Né può dirsi che vi sia stata una abusiva variazione della contestazione iniziale, con riferimento alla condotta sub b), posto che l'Autorità ha, più semplicemente, concentrato la contestazione sulla violazione dell'articolo 65 del Codice del Consumo, recependo, per converso, le giustificazioni offerte da Vodafone con riferimento all'iniziale prospettata violazione dell'articolo 26, comma 1, lett. f) del Codice del Consumo (facoltà questa perfettamente legittima, posto che, in tal caso, non occorre una archiviazione formale, non essendo l'amministrazione vincolata alle conclusioni istruttorie e ben potendo sanzionare solo una parte degli inizialmente ipotizzati comportamenti scorretti).

La sanzione complessiva è dunque frutto di un prudente temperamento di tutti i fattori di incidenza (positiva e negativa) sul quantum, che l'Autorità ha determinato in maniera ragionevole.

Si aggiunga il livello minimo di deterrenza che sempre le sanzioni Antitrust devono contenere per assicurare la finalità di prevenzione speciale e generale.

Del resto, anche con riferimento alla determinazione della sanzione, l'Autorità gode di un ampio potere discrezionale sia in sede di

determinazione dei criteri in base ai quali stabilire gli importi delle sanzioni che con riferimento alla quantificazione specifica della somma.

5. Alla luce delle sopra esposte considerazioni, tutti i motivi di ricorso sono infondati e la domanda annullatoria deve essere, per l'effetto, respinta.

Le spese seguono la soccombenza nei riguardi dell'Antitrust, come da liquidazione in dispositivo. Possono essere compensate tra le altre parti in giudizio, in presenza delle condizioni di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente a rifondere le spese di lite in favore dell'Autorità intimata, che si liquidano in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00) oltre accessori se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Francesca Petrucciani, Consigliere

Filippo Maria Tropiano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Filippo Maria Tropiano

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO