

## **DELIBERA N. 113/07/CONS**

Ordinanza ingiunzione alla società wind telecomunicazioni s.p.a. per l'attivazione di servizi non richiesti in violazione dell'articolo 3, commi 2 e 3, dell'allegato a alla delibera n. 3/99/cir e dell'articolo 3, commi 1 e 2, della delibera 4/00/cir sulla utenza telefonica 08xxxx (ffff) di cui alla contestazione 37/06.

### **L'AUTORITÀ**

NELLA riunione del Consiglio del 7 marzo 2007;

VISTO l'articolo 1, comma 6, lettera c), n.14, della legge 31 luglio 1997, n. 249;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n.689;

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 recante "*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*";

VISTA la delibera n. 506/05/CONS del 21 dicembre 2005, recante "Modifiche ed integrazioni al regolamento di organizzazione e funzionamento", nonché la delibera n. 40/06/CONS recante "Integrazioni della delibera 506/05/CONS recante modifiche ed integrazioni al regolamento di organizzazione e funzionamento";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 3/CIR/99 del 7 dicembre 1999, recante "Regole per la fornitura della Carrier Selection Equal Access in modalità di preselezione(Carrier Preselection)";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 4/00/CIR del 9 maggio 2000, recante "Disposizioni sulle modalità relative alla prestazione di Carrier Preselection (CPS) e sui contenuti degli accordi di interconnessione";

VISTO il verbale di accertamento n. 37/06 del Direttore della Direzione tutela dei consumatori del 27 ottobre 2006, notificato alla predetta società in data 6 novembre 2006 con il quale è stata accertata a carico della società Wind Telecomunicazioni S.p.A., con sede legale in via C.G.Viola, 48- 00148 Roma, l'inosservanza degli obblighi imposti ai sensi del combinato disposto di cui all'articolo 3, commi 2 e 3, dell'allegato A alla delibera dell'Autorità n. 3/CIR/99 del 7 dicembre 1999, recante "Regole per la fornitura della *Carrier Selection Equal Access* in modalità di preselezione (*Carrier Preselection*)", e all'articolo 3, commi 1 e 2, della delibera 4/00/ CIR, recante "Disposizioni sulle modalità relative alla prestazione di *Carrier Preselection* (CPS) e sui contenuti degli accordi di interconnessione" per aver attivato il servizio non richiesto di *Carrier Preselection* in assenza di una manifestazione di volontà inequivoca su utenza 08XXXX intestata al sig FFFF;

VISTO l'atto di contestazione della Direzione tutela dei consumatori n. 37/06/DIT notificato il 6 novembre 2006, con il quale è stata contestata alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A., la violazione accertata con il verbale n. 37/06 individuando nel funzionario Avv. Stefania Perlingieri, il responsabile del procedimento;

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la società interessata in data 12 dicembre 2006;

VISTA la memoria difensiva pervenuta in data 1 dicembre 2006, con la quale la società convenuta, dopo aver rappresentato brevemente i fatti, ha esposto le eccezioni in diritto respingendo gli addebiti concernenti l'attivazione non richiesta di CPS sull'utenza telefonica intestata a FFFF 08XXXX in assenza di una manifestazione di volontà inequivoca dell'utente esponendo quanto segue:

#### PREMESSA

1. la società resistente si avvale, al fine di promuovere la diffusione commerciale dei servizi di telefonia, di società e/o agenti con i quali ha stipulato singoli contratti ad hoc, per prospettare all'utenza i servizi offerti, raccogliere le adesioni e trasmetterle alla società Wind al fine di attivare il servizio concordato con la clientela; tali operazioni avvengono o tramite raccolta diretta da parte dell'agente, il quale acquisisce la sottoscrizione del cliente della proposta di contratto per i servizi telefonici (vendita porta a porta con telefonata di conferma - *recall* ) oppure mediante procedura curata interamente dalla società incaricata e/o agente, cd *teleseller*, che contatta direttamente per telefono il cliente, informandolo sui servizi offerti e sulle modalità di attivazione del servizio. Per il caso in contestazione l'attivazione del servizio di CPS è

avvenuto con procedura di vendita porta a porta con telefonata di conferma – *recall*: l'*advisor*, si è recato presso la casa del cliente per proporgli le offerte più confacenti alle sue esigenze; il potenziale cliente, interessato, firma il contratto inserendo tutti i suoi dati personali; l'*advisor* informa il cliente anche sul come avviene l'attivazione del servizio e gli consegna una copia del contratto; l'originale del contratto viene consegnato dall'agente al proprio *quality point* che provvede ad inserire tutti i dati nel sistema informatico POS interfacciato con il sistema Wind/Siebel dopo aver effettuato un controllo di conformità del contratto. Viceversa se questo ultimo dovesse risultare non conforme viene restituito all'*advisor* per il perfezionamento. Dopo tali fasi una società terza per conto di Wind effettua una telefonata di conferma al cliente al fine di sincerarsi ulteriormente sulla sua volontà di concludere il contratto.

#### DIRITTO

1. *Incoerenza ed inconferenza delle norme richiamate nei verbali Agcom-indeterminatezza degli addebiti contestati a Wind dall' Agcom – insussistenza delle violazioni richiamate*: con tale motivo parte resistente contesta la validità del verbale di accertamento e dell'atto di contestazione *de quo* nel merito in quanto affetti da vizi di natura formale e sostanziale. La normativa che si presume violata non coincide con quella rilevata dalla relazione del servizio ispettivo prot. ISP/397/06 del 22 settembre 2006: in tale relazione infatti sono stati evidenziati dei fatti posti in essere da Wind che avrebbero potuto configurare la violazione generica del disposto dell'articolo 3 della delibera 4/00/CIR, limitatamente alla fattispecie rilevata. Pertanto la società resistente evidenzia un contrasto tra quanto contestato con gli atti di avvio del procedimento e quanto è stato rilevato dagli ispettori con la relazione sopra indicata eccependo l'illegittimità dell'atto di avvio del procedimento *de quo* in quanto la violazione del disposto di cui all'articolo 3, commi 2 e 3, della delibera 3/CIR/99 non è stata verificata;
2. *Analisi dei dati storici dei clienti da cui emerge l'inesistenza dell'addebito imputato a Wind*: sull'utenza telefonica 08XXXX è stata attivato il servizio pronto minuto zero in CPS; i dati del cliente sono stati immessi dall'agenzia incaricata in data 16/07/05 con le modalità specificate in premessa inserendo nel sistema POS i dati di SSSS, moglie di FFFF, titolare dell'utenza sopra riportata su cui è stata attivata la CPS: l'attivazione del servizio avveniva a seguito dell'ottenimento del consenso di SSSS la quale ha anche sottoscritto il contratto in atti; inoltre, come da procedura, in data 28/07/05 un operatore di una società terza di cui parte resistente si avvale, provvedeva a contattare la cliente al fine di raccogliere una manifestazione di volontà inequivoca

all'attivazione del servizio di CPS; solo a seguito del recall sono stati inseriti i dati clienti nel sistema pos/siebel come provato da schermata Pos/siebel in atti (cd tripletta) a prova del consenso che avrebbe determinato l'attivazione del servizio. Inoltre società resistente evidenzia che il reclamo di disconoscimento della richiesta del servizio di CPS, del titolare dell'utenza FFFF è avvenuto solo in data 18/04/06 e non tempestivamente dopo la notifica delle fatture per canone abbonamento del 18/08/05, del 18/02/06 e del 18/04/06 e ciò a dimostrazione che i clienti erano acquiescenti alla potenziale attivazione di un servizio richiesto in base a regolare stipula contrattuale. Infine società resistente sottolinea che, *pro bono pacis*, senza voler riconoscere alcun addebito, ha disattivato il contratto ed ha stornato i conti telefonici contestati.

VISTO che dall'attività istruttoria, e dalla documentazione acquisita, risulta accertata l'inottemperanza della società Wind Telecomunicazioni S.p.A agli obblighi imposti ai sensi del combinato disposto di cui all'articolo 3, commi 2 e 3, dell'allegato A alla delibera dell'Autorità n. 3/CIR/99 del 7 dicembre 1999, recante "Regole per la fornitura della *Carrier Selection Equal Access* in modalità di preselezione (*Carrier Preselection*)", e all'articolo 3, commi 1 e 2, della delibera 4/00/ CIR, recante "Disposizioni sulle modalità relative alla prestazione di *Carrier Preselection* (CPS) e sui contenuti degli accordi di interconnessione" per aver attivato il servizio non richiesto di *Carrier Preselection*, in assenza di una manifestazione di volontà inequivoca, nei confronti dell'utente FFFF, titolare della linea telefonica 08XXXX;

RITENUTO che le argomentazioni addotte dalla società resistente nelle memorie difensive e nel corso dell'audizione non sono idonee a superare i rilievi posti alla base della contestazione con riferimento alle posizioni dell'utente sopra individuato con cui è stato dato avvio al procedimento per le seguenti motivazioni:

- a) sulla eccezione sollevata da parte resistente sulla presunta *incoerenza ed inconferenza delle norme richiamate nei verbali Agcom- indeterminatezza degli addebiti contestati a Wind dall'Agcom – insussistenza delle violazioni richiamate*: si evidenzia la legittimità degli atti di avvio del procedimento sanzionatorio in quanto: 1) per l'attivazione del servizio di CPS si applica sia la normativa prevista dalla delibera 3/CIR/99 sia quella prevista dalla delibera 4/00/CIR in quanto discipline integrative e complementari. Inoltre la delibera 4/00/CIR non abroga il contenuto della delibera 3/99/CIR. Pertanto l'accertamento svolto, qualificato dal responsabile del procedimento ai sensi dell'art. 5, comma 2, del regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera 136/06/CONS, come testualmente recita il disposto, "effettuate le necessarie verifiche e gli accertamenti che il caso richiede e qualificata la fattispecie nei suoi

*pertinenti termini giuridici, formula al direttore...omissis...*” e contestato a Wind Telecomunicazioni SpA è coerente con il quadro normativo applicabile. E’opportuno evidenziare che la fase del procedimento, che culmina nella relazione del servizio ispettivo, attiene il momento della segnalazione di fatti qualificati (cd. fase di impulso al procedimento) che possono dare avvio al procedimento sanzionatorio, ai sensi dell’articolo 4 della delibera 136/06/CONS, mentre la fase dell’accertamento della violazione e, quindi, dell’eventuale avvio del procedimento sanzionatorio, ai sensi dell’articolo 5 della medesima delibera, spetta alla direzione dell’Autorità competente per materia che, nei casi di specie, è la Direzione tutela dei consumatori;

- b) sulla eccezione sollevata da parte resistente sulla presunta *inesistenza dell’addebito imputato a Wind in base all’analisi dei dati storici della situazione cliente* si evidenzia che: in base agli elementi di fatto sopra evidenziati è possibile sostenere che Wind è responsabile sia oggettivamente che soggettivamente per gli addebiti contestati in quanto:1) avrebbe dovuto raccogliere la firma del titolare dell’utenza telefonica FFFF e non della moglie SSSS come prescrive l’articolo 3, comma 2, della delibera 3/CIR/99 o quanto meno avrebbe dovuto produrre delega del titolare della linea che autorizzava la moglie delegata a firmare il contratto di prestazione di CPS, atto a legittimare il suo operato. Pertanto il contratto in atti non può essere considerato valido al fine di configurare la legittimità del comportamento posto in essere da Wind; 2) la procedura di controllo e di attivazione posta in essere per il caso rilevato non è risultata idonea ad evitare attivazioni di servizi non richiesti; 3) non ha vigilato sull’operato dei propri “outsourcers” in quanto avrebbe dovuto controllare l’operato degli agenti - che spesso sono multioperatore - di cui si è avvalsa prima di attivare i servizi di comunicazione elettronica; 4) infine si evidenzia che anche le schermate del sistema wind/siebel, che di per sé non sono atte a dimostrare la manifestazione di volontà in equivoca del cliente a ricevere la prestazione di CPS, ancor più nel caso di specie non assurgono ad alcun onere di valida prova in quanto su di esse compare il nome di SSSS, persona non autorizzata, e non del titolare della linea telefonica. Pertanto affinché si voglia far assurgere anche un supporto informatico come prova di valida formazione di tecnica di contratto a distanza, l’operatore deve dimostrare in maniera inequivoca ed oggettiva la sicurezza e certezza della procedura tale da garantire che realmente la stessa sia stata posta in essere dal titolare della linea o quanto meno da qualcuno autorizzato appartenente alla sua sfera giuridica;

CONSIDERATO che risulta inutilmente trascorso il prescritto termine di sessanta giorni per il pagamento in misura ridotta con effetto liberatorio, previsto a pena di decadenza

RITENUTA la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 13, del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche" da determinarsi tra un minimo di € 17.000,00 ed un massimo di € 250.0000,00;

RITENUTO di dover determinare la sanzione pecuniaria per la violazione contestata nella misura del minimo edittale, pari a € 17.000,00 in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge n. 689/81:

- In merito al criterio della gravità della violazione, va rilevato che il comportamento della società ha leso il diritto dell'utenza 08XXXX intestata a FFFF attivando nei suoi confronti il servizio di *carrier preselection*, attivazione non richiesta venuta ad evidenza esclusivamente a seguito della segnalazione dell'utente che ha dato avvio alla istruttoria;
- In relazione all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, anche con riferimento alle argomentazioni addotte in atti, si deve dare atto che l'operatore ha posto in essere tutta l'attività necessaria per eliminare la situazione di illegittimità non pretendendo alcuna prestazione corrispettiva, provvedendo a ripristinare le condizioni contrattuali preesistenti all'attivazione del servizio non richiesto, facendosi carico degli oneri derivanti dall'attivazione e/o disattivazione della prestazione non richiesta;
- Riguardo alla personalità dell'agente, rileva la buona fede della società in quanto la stessa era convinta di aver posto in essere tutte le modalità tecniche e specifiche della formazione a distanza del contratto tali da aver presunto di aver raccolto la volontà inequivoca dell'utente con la sottoscrizione del contratto da parte di persona non autorizzata dal titolare della linea;
- In ordine alle condizioni economiche della società in questione, si evidenzia che la situazione patrimoniale sia tale da affrontare la sostenibilità della sanzione nel minimo edittale che si va ad irrogare;

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

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

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

## ORDINA

alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. con sede in Roma, Via C.G. Viola, 48- 00148 Roma di pagare la sanzione amministrativa di € 17.000,00 per la violazione consumata nei confronti dell'utente FFFF utenza 08XXXX.

## DIFFIDA

la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione degli obblighi imposti ai sensi del combinato disposto dell'articolo 3, commi 2 e 3, dell'Allegato A alla delibera dell'Autorità n. 3/CIR/99 e dell'articolo 3, commi 1 e 2, della delibera 4/00/CIR ;

## INGIUNGE

alla citata società di versare la somma di € 17.000,00 (€ diciassettemila/00) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma sul c/c 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 13, del decreto legislativo del 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 "113/07/CONS".

Ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 259/2003, 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.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: [www.agcom.it](http://www.agcom.it).

Napoli, 7 marzo 2007

IL COMMISSARIO RELATORE  
Gianluigi Magri

IL PRESIDENTE  
Corrado Calabrò

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