

DELIBERA N. 130/10/CONS

Ordinanza - ingiunzione alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. per la violazione dell'articolo 17, comma 7, della delibera n. 4/06/CONS, come modificato dalla delibera n. 274/07/CONS, in combinato disposto con l'articolo 5, comma 3, allegato A, della delibera n. 664/06/CONS

L'AUTORITA',

NELLA riunione del Consiglio del 16 aprile 2010;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "*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*";

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

VISTO il regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modificazioni;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 4/06/CONS del 12 gennaio 2006 recante "Mercato dell'accesso disaggregato all'ingrosso (ivi compreso l'accesso condiviso) alle reti e sottoreti metalliche, ai fini della fornitura di servizi a banda larga e vocali (mercato n. 11 fra quelli identificati dalla raccomandazione della commissione europea n. 2003/311/CE): identificazione ed analisi del mercato, valutazione di sussistenza di imprese con significativo potere di mercato ed individuazione degli obblighi regolamentari ", ed in particolare l'articolo 17 comma 7, come modificato dalla delibera n. 274/07/CONS recante "Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 664/06/CONS recante "Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza", ed in particolare l'articolo 5, comma 3, allegato A;

VISTO l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 61/09/DIT, ed il relativo verbale di accertamento del 30 novembre 2009, notificato in data 1 dicembre 2009 alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. con sede legale in Via Cesare Giulio Viola, 48 - 00148 Roma, con il quale è stata contestata alla predetta società la violazione dell'articolo 17, comma 7, della delibera n. 664/06/CONS, come modificato dalla delibera n. 274/07/CONS, in combinato disposto con l'articolo 5, comma 3, allegato A, della delibera n. 664/06/CONS, con riferimento all'utente sig.ra XXX (n. xxxx) per non aver fornito adeguata motivazione in ordine alla mancata gestione dell'istanza di recesso formulata dalla segnalante nelle modalità e nei tempi previsti dalle vigenti disposizioni legislative e regolamentari;

VISTI gli atti del procedimento ed in particolare la memoria difensiva e relativi allegati della società Wind Telecomunicazioni S.p.A. pervenuta il 29 dicembre 2009 (prot. n. 94891);

UDITA la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. nell'audizione del 4 febbraio 2010, come da verbale in atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società Wind Telecomunicazioni S.p.A.

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A. (di seguito, Wind) con nota del 29 dicembre 2009 (prot. n. 94891) ha prodotto memoria in merito ai fatti oggetto di contestazione specificando ulteriormente le eccezioni difensive nel corso dell'audizione del 4 febbraio 2010.

In merito ai fatti oggetto di contestazione la società chiarisce che la segnalante sig.ra XXX, in data 5 dicembre 2008, formulava istanza di recesso dal contratto sottoscritto con la società Wind mediante *verbal ordering* rilasciato il 2 dicembre 2008. A causa di un errore tecnico l'ordine di cessazione, preso in gestione correttamente solo il successivo 20 febbraio 2009, non veniva recepito dal sistema informativo. Per un ulteriore disservizio tecnico la richiesta di recesso veniva inoltrata alla società Telecom Italia S.p.A. il 4 giugno 2009 la quale notificava un KO con la seguente causale "*rifiuto rientro da parte del cliente*". Tale rifiuto è motivato dal fatto che la segnalante, contestualmente alla richiesta di cessazione del servizio attivo con Wind non aveva specificato la volontà di non rientrare in Telecom Italia S.p.A. In data 18 giugno 2009 la procedura di cessazione veniva nuovamente gestita dalla Wind; la stessa si concludeva positivamente in data 20 giugno 2009.

Premesse le vicende di fatto la Wind Telecomunicazioni S.p.A. ha sottoposto al vaglio dell'Autorità le seguenti eccezioni di diritto:

a) La società Wind non ha provveduto alla tempestiva gestione della richiesta di recesso formulata dalla sig.ra XXX a causa di meri errori materiali imputabili esclusivamente ai sistemi informatici. I disservizi evidenziati dalla segnalante discendono da una serie di "invii" e "fermi" di sistema che dimostrano la buona fede

dell'operatore. Il disagio sofferto dalla cliente è conseguenza di errori imprevedibili che si verificano in un numero irrilevanti di casi, tale da rappresentare una percentuale fisiologica, e non patologica, nella corretta gestione dei clienti da parte della società.

La vicenda che ha interessato la sig.ra XXX, determinata da un mero errore materiale di sistema, evidenzia come la stessa non sia associabile ad una condotta volontaria della Wind. In particolare la società non ha intenzionalmente ritardato la gestione della richiesta di recesso avendo provveduto, nel pieno rispetto dei tempi regolamentari, nel momento in cui ha accertato la normalizzazione del disservizio di rete.

La mancata precisazione della cliente di non voler rientrare in Telecom Italia non ha favorito la tempestiva conclusione della procedura *de qua*.

La Wind nelle more della vicenda, in ottemperanza alla vigente disciplina regolamentare, non ha addebitato alcun costo al cliente. A tal proposito, in osservanza a quanto stabilito dall'articolo 5, comma 9, della delibera n. 664/06/CONS, la società ha provveduto a stornare l'unico importo fatturato nei confronti della sig.ra XXX, pari ad euro 46,07.

b) Con riguardo alla norma sanzionatoria richiamata nel verbale di accertamento e nell'atto di contestazione n. 61/09/DIT, la società precisa che l'articolo 5, comma 10, della delibera n. 664/06/CONS prevede che *“(...) la violazione delle disposizioni di cui al comma 9 determina l'applicazione, nei confronti dell'operatore della sanzione amministrativa pecuniaria nella misura edittale prevista ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del Codice”*. Il comma 9 dello stesso articolo stabilisce che *“l'operatore che in caso di recesso non disattivi tempestivamente il servizio oggetto di recesso non può addebitare all'utente alcun importo per le prestazioni eventualmente da questo fruite a decorrere dalla data di efficacia del recesso stesso(...)”*. A tal proposito la società evidenzia che la stessa non ha posto in essere alcuna violazione dell'articolo 5, comma 9, della delibera n. 664/06/CONS, non avendo addebitato alcun costo alla sig.ra XXX fino alla completa gestione della richiesta di recesso. Pertanto la norma sanzionatoria di cui al comma 10 è erroneamente richiamata, non trovando applicazione nel caso di specie. Ne consegue l'insussistenza dei presupposti logico – giuridici per l'eventuale applicazione dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259/2003.

II. Valutazioni dell'Autorità

Per le motivazioni che di seguito saranno esposte le eccezioni sollevate da Wind non possono trovare accoglimento. In particolare:

a) diversamente da quanto sostenuto dalla Wind Telecomunicazioni S.p.A. sussiste, in relazione alla fattispecie segnalata, un nesso di causalità tra il ritardo nella lavorazione della richiesta di recesso ed il disagio patito dalla sig.ra XXX che non esclude profili di illiceità della condotta e, dunque, la conseguente responsabilità dell'operatore. Come si evince dall'analisi delle schermate *Siebel* prodotta in atti, dopo aver acquisito l'istanza di recesso, pervenuta presso la società il 6 dicembre 2008, è stato inserito a sistema, il successivo 9 dicembre, l'ordine di immediata disattivazione del servizio con rientro della linea in Telecom Italia S.p.A. Pur tuttavia, Wind ha avviato il *provisioning* per la disattivazione solo il 20 febbraio 2009, nonostante il precedente 9 dicembre 2008, in

pendenza della richiesta di recesso, la società avesse impostato un *out-order* alla procedura di attivazione che, in ogni caso, ha avuto seguito. Secondo la ricostruzione fornita dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. è in questa fase che si è verificato l'ulteriore blocco del sistema dal quale è scaturito il disservizio: dalla copia della schermata di OLQ si evince, infatti, che l'ordine di cessazione è stato gestito ed inserito nel sistema il 20 febbraio 2009, al termine della procedura di attivazione. Pur tuttavia tale ordinativo è rimasto in *stand by* sino alla data del 4 giugno 2009. La giacenza dell'ordinativo ed il relativo ritardo nella conclusione della procedura di disattivazione è imputato dalla società esclusivamente ad un impedimento tecnico relativo al sistema, non riconducibile ad una condotta omissiva dell'operatore. In realtà, pur volendo ritenere che il disservizio non sia imputabile direttamente ad un comportamento della Wind, ma ad un errore del sistema, ciò non esclude la responsabilità della stessa per il ritardo nella gestione dell'istanza di recesso che ha, di fatto, determinato l'impossibilità per cliente di usufruire del servizio telefonico con altro operatore. Dall'istanza di disdetta all'effettiva disattivazione del servizio intercorrono circa sei mesi di ritardo, in relazione al quale non vengono forniti sufficienti elementi di prova idonei ad escludere una condotta colposa della società, quanto meno nell'ottica di una tempestiva risoluzione della problematica tecnica e l'eliminazione del disservizio perpetrato. Seppur risulti giustificabile il primo impedimento, che ha determinato l'acquisizione dell'ordine di cessazione solo in data 20 febbraio 2009, non può essere ulteriormente scusata l'immotivata giacenza nel sistema dell'ulteriore ordine di cessazione, sollecitato dallo stesso cliente con reclamo in data 18 maggio 2009, come si evince dalle schermate *Siebel* allegate in atti.

b) l'ulteriore eccezione sollevata dall'operatore riguarda la mancanza dei presupposti per l'applicazione della sanzione prevista dall'articolo 98 comma 11 (come contestato con atto di avvio del procedimento) in quanto, come asserito dalla società, in ossequio dell'articolo 5, comma 9, della delibera n. 664/06/CONS, la stessa non ha addebitato alcun costo alla sig.ra XXX fino alla completa gestione della richiesta di recesso. Pertanto, non sussisterebbero i presupposti logico-giuridici per l'applicazione dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259/2003 in quanto la norma sanzionatoria di cui all'articolo 5, comma 10, erroneamente richiamata, non troverebbe applicazione nel caso esaminato. L'eccezione evidenziata dalla società ha indotto l'ufficio competente ad espletare un supplemento istruttorio le cui conclusioni, di seguito rappresentate, indurrebbero all'applicazione, per il caso contestato, del regime sanzionatorio previsto dall'articolo 98 comma 16 in luogo del comma 11. E' possibile rilevare, infatti, che la disposizione violata ha una valenza fondamentalmente ricognitiva e di dettaglio rispetto alla normativa dettata dall'articolo 70, comma 1 del codice delle comunicazioni elettroniche in tema di tutela del diritto di scelta e libertà negoziale dell'utente. Infatti, da una più attenta ricognizione degli elementi di fatto è possibile affermare che il notevole ritardo perpetrato dall'operatore Wind nell'interrompere le procedure di attivazione del servizio in presenza dell'esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente (cd. ripensamento) nei tempi e con le modalità previste dalla normativa contrattuale e di settore dell'Autorità, ha inevitabilmente inciso

sulla libertà negoziale ed il diritto di scelta dell'utente - contraente. Ne consegue, dunque, la coerente applicazione, per la fattispecie accertata, del presidio sanzionatorio previsto dall'articolo 98, comma 16, del codice delle comunicazioni elettroniche. A riprova di ciò è sufficiente osservare che il combinato disposto delle norme violate (articolo 17, comma 7 delibera 4/06/CONS, come modificata dalla delibera 274/07/CONS, e l'articolo 5, comma 3 delibera 664/06) costituiscono delle ordinarie norme di dettaglio, in attuazione della fonte primaria in tema di libera formazione della volontà negoziale nella scelta del contraente di cui all'articolo 70, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche. Le stesse infatti si limitano a "specificare" una serie di obblighi (riproponendoli in maniera organica, tra cui anche quello previsto dal citato articolo 17, comma 7) rispetto ai quali gli operatori ne devono garantire una puntuale e tempestiva attuazione.

Alla luce delle predette argomentazioni, che hanno indotto all'applicazione del regime sanzionatorio previsto dall'articolo 98, comma 16, l'eccezione sollevata dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. può considerarsi superata.

RITENUTO, sulla base delle considerazioni sopra esposte, che la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. abbia violato l'articolo 17, comma 7, della delibera n. 4/06/CONS, come modificata dalla delibera n. 274/07/CONS, in combinato disposto con l'articolo 5, comma 3, della delibera n. 664/06/CONS;

RITENUTA, per quanto sopra esposto, di dover determinare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, in luogo di quella del comma 11 del medesimo articolo;

CONSIDERATO quanto segue ai fini della irrogazione della sanzione e della sua quantificazione:

a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che la società, con la propria condotta, ha leso il diritto dell'utente di poter fruire del servizio telefonico con altro operatore a seguito di esercizio del diritto di recesso (*cd ripensamento*), a mezzo raccomandata A/R, entro 10 giorni dalla stipula del contratto con Wind Telecomunicazioni S.p.A., nel rispetto delle modalità e dei tempi prescritti dalle condizioni generali di contratto e dalla normativa di settore in materia di contratti a distanza;

b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione degli effetti conseguenti alla violazione commessa, va tenuto conto che la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. ha provveduto alla gestione amministrativa e contabile della cliente mediante il rimborso della fattura emessa;

c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire la corretta attivazione delle offerte e dei servizi di comunicazione elettronica;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria come sopra determinata.

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria, per la violazione contestata, nella misura del minimo edittale, corrispondente ad € 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;

VISTA la proposta formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

UDITE le relazioni dei Commissari Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, relatori 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, di pagare la somma di € 58.000,00 (cinquantottomila/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per la violazione dell'articolo 17, comma 7, della delibera n. 4/06/CONS, in combinato disposto con l'articolo 5, comma 3, della delibera n. 664/06/CONS ;

DIFFIDA

la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione dell'articolo 17, comma 7, della delibera n. 4/06/CONS, in combinato disposto con l'articolo 5, comma 3, della delibera n. 664/06/CONS;

INGIUNGE

alla medesima società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma sul c/c n. 871012 ovvero tramite versamento sul c/c bancario intestato alla predetta Sezione di Tesoreria e corrispondente al codice IBAN IT5400100003245348010237900, con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Delibera n. 130/10/CONS", 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. 130/10/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 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.

Ai sensi dell'articolo 9, del decreto legislativo n. 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.

Roma, 16 aprile 2010

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI
Gianluigi Magri
Sebastiano Sortino

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