



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA n. 156/16/CONS

ARCHIVIAZIONE DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO n. 21/15/DTC AVVIATO NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A. PER LA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 71 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1 AGOSTO 2003, n. 259, IN COMBINATO DISPOSTO CON GLI ARTICOLI 3 E 4 DELLA DELIBERA n. 96/07/CONS

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 5 maggio 2016;

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*”;

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

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*”;

VISTO il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, recante “*Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*”;

VISTA la delibera n. 410/14/CONS, del 29 luglio 2014, ed il relativo Allegato A, recante “*Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni e consultazione pubblica sul documento recante «Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni»*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 581/15/CONS;

VISTA la delibera n. 265/15/CONS, del 28 aprile 2015, recante “*Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 88/16/CONS;

VISTA la delibera n. 401/10/CONS, del 22 luglio 2010, recante “*Disciplina dei tempi dei procedimenti*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 118/14/CONS;



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

VISTA la delibera n. 96/07/CONS, del 22 febbraio 2007, recante “*Modalità attuative delle disposizioni di cui all’art. 1, comma 2, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7*”;

VISTO l’atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 21/15/DTC del 27 ottobre 2015;

VISTA la nota del 27 novembre 2015 con cui la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. ha trasmesso la propria memoria difensiva ed ha chiesto di essere sentita in audizione;

SENTITA la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. nel corso dell’audizione tenutasi in data 16 dicembre 2015;

CONSIDERATO che il Consiglio, nella seduta dell’11 marzo 2016 ha disposto, ai sensi dell’articolo 11 della delibera n. 410/14/CONS, un approfondimento istruttorio con conseguente proroga dei termini del procedimento;

VISTA la nota del 18 marzo 2016 con cui è stata comunicata alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. la proroga dei termini procedurali;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Il fatto e la contestazione

In data 6 febbraio 2015 la Società H3G S.p.A. ha segnalato la condotta dei propri concorrenti tesa a comunicare offerte commerciali specifiche e non pubbliche ad *ex* clienti, comunicando nel contempo di aver avviato di recente analoghe pratiche commerciali. In data 11 febbraio 2015 l’Associazione “Consumatori associati” ha denunciato la medesima condotta tenuta dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. in violazione dei diritti degli utenti. In particolare, sarebbero state condotte campagne pubblicitarie di contatto (mediante SMS e/o *teleselling*) aventi ad oggetto specifiche offerte commerciali, non pubblicizzate tramite gli ordinari canali di comunicazione, e volte alla riacquisizione del cliente.

L’Autorità, pertanto, ha svolto un’accurata attività pre-istruttoria al fine di comprendere le modalità di pubblicazione delle offerte commerciali riservate ad *ex* clienti passati ad altro operatore in forza di regolari procedure di MNP.

A tale proposito, si è ritenuto opportuno acquisire ulteriori informazioni e documenti utili ad avere maggior contezza del fenomeno, al fine di valutarne la conformità alla normativa vigente, richiedendo, in data 11 marzo 2015, i seguenti dati:



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

- i. denominazione commerciale della tariffa e sua catalogazione;
- ii. dettaglio di tutti i servizi offerti e relativi costi;
- iii. copia delle condizioni contrattuali, con particolare riferimento ad eventuali vincoli temporali e relativi costi di recesso anticipato previsti;
- iv. data a partire della quale la tariffa è stata commercializzata;
- v. eventuale data di conclusione della commercializzazione;
- vi. numero di utenti oggetto della campagna pubblicitaria, in assoluto (numero di utenti contattati) e come percentuale sulla *customer base* 2013-2014;
- vii. numero di utenti che, a seguito della proposta commerciale ricevuta, ha aderito al contratto;
- viii. modalità di acquisizione e selezione delle numerazioni oggetto delle campagne in questione, nonché modalità e/o canali informativi utilizzati ai fini della pubblicità delle offerte.

La Società, in data 25 marzo 2015, ha fornito puntuale riscontro, rappresentando che le offerte in esame non appartengono all'insieme di offerte destinate alla generalità degli utenti (c.d. offerte *mass market*) (soggette ai previsti obblighi di trasparenza e pubblicità) ed elencando le offerte di *win-back* proposte nel corso dell'anno 2015. Al riguardo, si è appurato che tali offerte non hanno formato oggetto di alcuna comunicazione preventiva all'Autorità né tantomeno sono state pubblicate sul sito aziendale della Società.

Tanto premesso, con atto n. 21/15/DTC, è stato avviato un procedimento sanzionatorio per la violazione dell'articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in combinato disposto con gli articoli 3 e 4 della delibera n. 96/07/CONS.

2. Deduzioni della società

La Società, nella propria memoria difensiva, ha premesso che il processo di attivazione delle c.d. offerte di *win-back* riguarda *ex* clienti che sono passati ad altro operatore mediante regolare procedura di MNP (*Mobile Number Portability*) in un certo periodo temporale. Tali tipologie di offerte vengono proposte solo ad alcuni degli *ex* clienti, che avevano in precedenza rilasciato il consenso a ricevere informazioni commerciali e che, dunque, vengono contattati mediante SMS o chiamata effettuata da un *teleseller* per tornare in Wind e beneficiare di un'offerta promozionale a loro dedicata.

In relazione all'atto di contestazione, la Società ha osservato che la ricostruzione dei fatti operata dall'Autorità non corrisponde alla realtà, in quanto dette offerte si caratterizzano per due elementi specifici: a) non sono destinate alla categoria degli *ex* clienti, ma solo ad alcuni di essi, selezionati secondo criteri di profilazione eseguiti dal CRM (*Customer Relationship Management*) che, sebbene oggettivi, sono variabili. A tal proposito, non è rilevante la numerosità più o meno alta dei medesimi, ma il fatto che non sussiste una corrispondenza univoca tra offerta di *win-back* e clienti passati ad altro operatore; b) si tratta di offerte non stabili nel tempo, che quindi mutano continuamente, a volte di giorno in giorno o settimanalmente, sulla base dell'andamento del mercato.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

In ordine al mancato rispetto degli obblighi di trasparenza e pubblicazione previsti dalla delibera n. 96/07/CONS, la Società ha ribadito che essi si riferiscono esclusivamente alle offerte vigenti, ossia alle offerte commerciali disponibili sul mercato e vevoli per la totalità dei consumatori. La *ratio* della norma, come d'altronde richiamata nei "RITENUTO" preliminari alla predetta delibera, è quella, conformemente all'articolo 1, comma 2, del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, di consentire ai singoli consumatori un adeguato confronto tra le offerte presenti sul mercato. Nel caso delle offerte di *win-back*, proprio perché rivolte solo ad alcuni clienti tra i c.d. ex clienti, non vi sarebbe possibile alcuna confrontabilità da parte dei consumatori inclusa la categoria degli *ex* clienti. D'altra parte, ove si interpretasse la norma in modo differente, si rischierebbe che anche tutte le operazioni di "*caring*" dovrebbero essere comunicate all'Autorità e pubblicate, svilendo così l'attività del CRM e la libertà di offrire bonus e promozioni a particolari categorie di clientela che si trovano in una determinata condizione a seguito dell'attività di profilazione.

La Società ha poi osservato che la citata delibera, pubblicata nel mese di febbraio 2007, è ormai vigente da molti anni e gli operatori nel tempo hanno maturato un legittimo affidamento in merito alla sua interpretazione, applicazione e correttezza delle misure adoperate per l'adeguamento agli obblighi ivi previsti. Per tale profilo, l'Autorità non ha mai evidenziato alcuna criticità, limitandosi ad avviare una consultazione pubblica per rendere ancora più trasparenti le informative dovute al consumatore secondo l'ambito applicativo sinora ritenuto valido.

Sotto diverso aspetto, la Società si è, inoltre, soffermata su alcune conseguenze negative che si determinerebbero laddove l'Autorità prescrivesse l'obbligo di pubblicazione anche per le offerte in esame. In particolare, la Società ha osservato che il consumatore non comprenderebbe il motivo per cui, magari, l'offerta da lui sottoscritta non ha le stesse caratteristiche vantaggiose di quella *win-back* e, in tal modo, si potrebbero verificare comportamenti opportunistici da parte di coloro che tenterebbero di avvantaggiarsi di tali offerte predisposte dai vari operatori. Va poi considerato che i rivenditori multi-brand non hanno attualmente conoscenza delle specifiche offerte di *win-back* predisposte dagli operatori, in quanto dai sistemi informatici visualizzano soltanto se un certo numero telefonico intestato ad un determinato cliente è destinatario o meno dell'offerta descritta nell'SMS di invito, ma non hanno accesso alle specifiche leve competitive che, di volta in volta, vengono decise dall'operatore. Ebbene, se venissero pubblicate anche tali offerte sui siti istituzionali degli operatori, si determinerebbe un altissimo rischio di strumentalizzazioni di tali informative anche da parte della forza vendita che, incentivata dalle differenti remunerazioni percepite dai vari operatori, potrebbe indurre la clientela a migrare verso un operatore piuttosto che un altro, tentando di renderla destinataria di tali offerte anche in funzione del "gettone" versato a suo favore dal relativo operatore.

Altro elemento per cui sarebbe difficilmente immaginabile la pubblicazione e comunicazione delle offerte in questione attiene ad un'altra caratteristica delle medesime, ossia il fatto che esse presentano, di norma, un elemento promozionale che le differenzia dalle offerte vigenti e presenti sul mercato (*omissis*). Tale elemento di promozionalità



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

rende le offerte in esame non ricadenti nell'ambito applicativo della delibera n. 96/07/CONS: anche se l'articolo 3, comma 3, prevede che gli operatori di telefonia pubblichino sul proprio sito web "l'elenco delle offerte vigenti, specificando se sono ancora sottoscrivibili o meno", il requisito della sottoscrivibilità va inteso non solo come vigenza attuale, ma anche come sottoscrivibilità o meno da parte di un consumatore indistinto. In questo senso, l'elemento della promozionalità, peculiare per queste offerte, è differente dal concetto di promozione cui fa riferimento la citata delibera visto che non sono sottoscrivibili da qualsiasi consumatore. La stessa delibera, d'altronde, definisce la "promozione" come "*una condizione accessoria ad una determinata offerta, di durata predefinita, che prevede per il consumatore condizioni migliorative limitatamente ad alcune modalità di fruizione del servizio*", intendendosi tali le promozioni cui può aderire qualsiasi utente, usufruendo, appunto, di condizioni migliorative rispetto alla medesima offerta "*standard*".

Da ultimo, la Società ha rilevato che, nel proporre all'*ex* cliente una leva competitiva che possa convincerlo a tornare suo cliente, può solo intuitivamente prospettare un'offerta che sia per lui appetibile, non avendo in alcun modo certezza che essa sia migliore rispetto all'offerta che egli ha in consistenza con l'altro operatore. Ciò è, quindi, legato al corretto gioco della concorrenza per cui, se l'Autorità imponesse agli operatori di pubblicare le offerte di *win-back*, gli stessi dovrebbero rendere pubblici i criteri che muovono la propria strategia commerciale, con conseguente lesione della libertà di iniziativa economica tutelata a livello costituzionale.

Tanto premesso, la Società ha chiesto l'archiviazione del procedimento per insussistenza della violazione contestata.

3. Valutazioni dell'Autorità

In via preliminare, appare opportuno procedere al corretto inquadramento giuridico delle "offerte riservate agli ex clienti" con particolare riferimento alla loro riconducibilità nell'ambito dell'istituto della c.d. "offerta al pubblico" ai sensi dell'articolo 1336 c.c..

Al riguardo si osserva che l'offerta al pubblico può essere definita come un'offerta di contratto rivolta ad una generalità di destinatari. La caratteristica principale dell'offerta al pubblico è costantemente individuata nell'essere la stessa destinata ad una collettività indeterminata di soggetti anche se destinataria di tale tipologia di offerta ben può essere una collettività più delimitata di persone facilmente individuabili, purché la stessa conservi il carattere dell'indeterminatezza. Seguendo tale ricostruzione, la natura in *incertam personam* ed il carattere dell'indeterminatezza dell'offerta potrebbero essere intesi non nell'esclusivo significato di un'offerta rivolta alla totalità indistinta dei consociati, bensì anche in quello di un'offerta generalizzata rivolta ad una categoria – qualificata – di soggetti individualmente indeterminati *a priori*, quali, nella fattispecie in esame, gli *ex* clienti.

Deve, tuttavia, osservarsi che, dall'esame delle peculiari caratteristiche delle offerte di *win-back* oggetto del procedimento sanzionatorio *de quo*, con specifico riferimento al mezzo di comunicazione utilizzato ed all'estrema variabilità e temporaneità delle stesse,



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

è emerso che la loro struttura si differenzia dalle altre offerte c.d. a listino e sarebbe, in ogni caso, inconciliabile con gli oneri di trasparenza e pubblicità imposti dalla normativa vigente, fatti salvi ulteriori interventi e valutazioni da parte di questa Autorità.

Tanto premesso, si ritiene che il procedimento sanzionatorio sia archiviabile per insussistenza della violazione.

RITENUTA, pertanto, l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa da euro 58.000,00 ad euro 580.000,00 ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

UDITA la relazione del Commissario Francesco Posteraro, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

L'archiviazione del procedimento sanzionatorio n. 21/15/DTC avviato nei confronti della società Wind Telecomunicazioni S.p.A. – codice fiscale: 05410741002, con sede legale in Via Cesare Giulio Viola, 48 - 00148 Roma (RM), per la violazione dell'articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in combinato disposto con gli articoli 3 e 4 della delibera n. 96/07/CONS, per non aver preventivamente comunicato all'Autorità e pubblicato sul proprio sito aziendale le offerte di *win-back* proposte nel corso degli anni 2014 e 2015.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alla parte ed è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 5 maggio 2016

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Francesco Posteraro



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Riccardo Capecchi