

DELIBERA N. 252/09/CONS

Ordinanza - Ingiunzione alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. per la violazione degli articoli 5, comma 4 e 7, comma 5 della delibera n.179/03/CSP.

L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 5 maggio 2009;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n.249, "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera c) n.14;

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 delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modificazioni, nel testo coordinato allegato alla delibera n. 130/08/CONS, (di seguito, "*il regolamento in materia di procedure sanzionatorie*");

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.179/03/CSP, recante "*Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carta dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'art. 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249*" del 24 luglio 2003 e l'allegato A);

VISTO il verbale di accertamento n. 42/08/DIT ed il conseguente atto di contestazione della Direzione tutela dei consumatori n. 42/08/DIT del 29 dicembre 2008, notificato in data 7 gennaio 2009, con il quale è stata contestata alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A., con sede legale in Roma, via C.G. Viola n. 48, la violazione del combinato disposto degli articoli 5, comma 4 e 7, comma 5, della delibera 179/03/CSP per aver attivato l'offerta tariffaria non richiesta "Pieno Wind" in mancanza della previa ordinazione da parte dell'utente, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 1 comma 31 della legge 31 luglio 1997, n.249;

VISTA la memoria difensiva della Società depositata in Autorità del 6 febbraio 2009, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 10059 del 10 febbraio 2009;

UDITA la Società interessata in data 27 febbraio 2009;

VISTI gli atti del procedimento

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A. nelle memorie difensive ed in sede di audizione ha rappresentato quanto segue:

- 1) con l'avvio della procedura in corso l'Autorità ha rilevato che è stato attivato sull'utenza mobile n. YYY, intestata al soggetto segnalante XXX, senza previa ordinazione, l'offerta tariffaria a titolo oneroso denominata "Pieno Wind" a seguito della ricezione di un messaggio da parte di Wind che lo informava del rinnovo della predetta offerta (in precedenza attivata gratuitamente in via promozionale in data 28 luglio 2005). L'offerta in questione, dopo la prima attivazione promozionale a titolo gratuito, è stata oggetto di tre rinnovi a titolo oneroso: l'operatore in questione, prima della scadenza annuale dell'offerta promozionale gratuita attivata in data 28 luglio 2005, ha modificato le condizioni contrattuali dell'offerta, rendendola onerosa, e a tal fine, in adempimento agli obblighi regolamentari, ha inviato al menzionato cliente due sms, di cui il primo almeno trenta giorni prima della scadenza dell'offerta ed il secondo, di identico contenuto, di conferma tre giorni prima della scadenza, prima di effettuare i tre rinnovi onerosi. Gli invii degli sms prima della scadenza dell'offerta tariffaria, avvenuti precisamente in data 24/06/06/ e 24/07/06 per il 1° rinnovo oneroso in data 29/07/06, il 24/06/07 e il 24/07/07 per il 2° rinnovo oneroso in data 27/07/07 ed infine il 24/12/07 e il 23/01/08 per il 3° rinnovo oneroso avvenuto in data 26/01/08, contenevano le seguenti informazioni: *"Le ricordiamo che il dd/mm/yy l'opzione Pieno Wind sarà prorogata per 6 mesi a soli 4 euro. Per non prorogarlo invii PIENO NO al 4533 entro tale data".* L'operatore comunque ha proceduto, a seguito dei reclami pervenuti in data 24 febbraio 2008 e 12 aprile 2008, a disattivare l'offerta in data 28 luglio 2008;
- 2) gli addebiti contestati si fondano su una errata e travisata valutazione degli stessi in quanto l'attivazione a titolo oneroso dell'offerta "Pieno Wind" è avvenuta in presenza di una previa ordinazione da parte del cliente. Infatti il caso di specie non riguarda l'attivazione di una opzione ex novo senza la preventiva ordinazione, in quanto essa è avvenuta nel luglio 2005 al momento

dell'attivazione della *sim* non disconosciuta dal cliente, ma si tratterebbe di variazione delle condizioni contrattuali effettuata nel rispetto dei tempi e delle modalità di esercizio del diritto di recesso ai sensi degli articoli 70, comma 4 del decreto legislativo 259/03, nell'ambito di una offerta regolarmente attivata e poi modificata e comunicata all'utente, nel rispetto delle disposizioni regolamentari;

- 3) inoltre la Società evidenzia che la norma contestata non specifica che l'ordinazione deve essere esternata con un consenso espresso. Pertanto, in caso di trasformazione di erogazione del servizio da modalità gratuita ad onerosa, la manifestazione di volontà per il rinnovo dell'offerta può avvenire in qualsiasi forma e quindi anche tacitamente, come nel caso di specie. In particolare l'operatore evidenzia che il consenso per *facta concludentia* all'attivazione onerosa dell'offerta "Pieno Wind" è pacifica in quanto il titolare della linea per i primi due rinnovi dell'offerta (per un periodo di oltre due anni), nonostante le avvenute comunicazioni via sms, non ha comunicato alcun ripensamento in quanto il primo reclamo di disconoscimento è pervenuto in data 24 febbraio 2008 dopo il terzo rinnovo oneroso dell'offerta;
- 4) in fine l'operatore evidenzia, fermo restando quanto sopra eccepito nella configurazione dei fatti in causa, di aver implementato, a decorrere dal 21 maggio 2008, con riferimento alla trasparenza per le offerte tariffarie da proporre alla clientela finale via *teleselling*, una nuova procedura di registrazione del consenso vocale con l'adozione di script che evidenzino, da subito, che l'opzione che si sta per attivare, dopo un breve periodo di attivazione gratuita del piano in esenzione sia dei costi di attivazione che di canone prevede, scaduto il periodo promozionale, comporta l'addebito del costo del canone in caso di rinnovo dell'offerta. Ciò al fine di acquisire un consenso informato del cliente in relazione a tutti gli effetti che scaturiranno dall'attivazione gratuita del piano tariffario;

II Valutazioni dell'Autorità in merito alle eccezioni sollevate da Wind Telecomunicazioni S.p.A.

In relazione a quanto dichiarato si ritiene di dover disattendere le giustificazioni addotte dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. per i motivi che seguono:

1. in via generale, l'offerta "Pieno Wind" è stata commercializzata con modalità gratuita per i primi 12 mesi di attivazione; successivamente è stato fornito dietro pagamento di € 4 per 12 mesi; la proroga del servizio a titolo oneroso è avvenuta senza l'acquisizione del consenso da parte del titolare della linea in quanto tale non può essere considerato il mancato invio dello *sms* al numero 4533, così come è prescritto in procedura. Al riguardo va rilevato che la previa ordinazione, prevista dall'articolo 5, comma 4 della delibera n.179/03/CSP, costituisce requisito "obbligatorio" ed essenziale per

l'erogazione di un'offerta anche qualora mutino le modalità di fornitura della medesima; infatti, a seguito del passaggio dal regime gratuito a quello oneroso, non può parlarsi più di offerta, ma di prestazione di un servizio dietro corrispettivo secondo gli schemi contrattuali strutturati sulla sinallagmaticità delle prestazioni, per la quale si richiede una precisa manifestazione di volontà, che deve essere necessariamente esternata come nel caso di specie, in una "preventiva ordinazione", intesa quale richiesta scritta o verbale che suggelli il consenso in qualsiasi modo acquisito. Pertanto il comportamento posto in essere dall'utente- il mancato invio del sms di disdetta al numero 4533- non può essere considerato come acquisizione del consenso, in quanto tale comportamento potrebbe essere scaturito da dimenticanza o altro comportamento inconsapevole, come si è verificato nel caso di specie in quanto sim in uso da persona anziana, parente del titolare della numerazione, come si evince da segnalazione in atti; inoltre il consenso espresso acquisito per l'attivazione dell'offerta in questione a titolo gratuito non ha valenza per la conclusione di un nuovo rapporto obbligatorio a titolo oneroso, in quanto la norma contestata prescrive l' "obbligatorietà" di una nuova ordinazione. Di contro scopo della disposizione di cui all'articolo 5, comma 4 della delibera 179/03/CSP è proprio quello di evitare che, mediante meccanismi automatici o comunque senza un espresso consenso dell'utente, possano essere surrettiziamente attivati e addebitati offerte mai richieste dall'utente stesso e forniti dall'operatore inizialmente a titolo gratuito per propri scopi promozionali;

2. in ogni caso i fatti in causa non possono essere ricondotti nell'ambito applicativo di quanto disposto dall'articolo 70, comma 4 del codice delle comunicazioni elettroniche, in quanto nel caso di specie versiamo in un caso di attivazione di una nuova prestazione, per la cui esistenza e validità è necessario acquisire la volontà inequivoca dell'utente ad attivarla. Pertanto l'informativa in ordine alle modalità di esercizio del diritto di recesso, fatta salva peraltro ogni valutazione sull'adeguatezza del contenuto del messaggio ai fini del soddisfacimento di quanto disposto dall'articolo 70, comma 4, non può in nessun modo surrogarsi all'obbligo dell'operatore di acquisire il consenso dell'interessato e di provarne la sussistenza in caso di contestazione. Al riguardo, la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. non ha fornito alcun elemento probatorio in ordine all'acquisizione del consenso dell'utente all'attivazione del servizio "Pieno Wind" a titolo oneroso, come previsto ai sensi dell'articolo 5 comma 4 della delibera n.179/03/CSP. Invero, nella fattispecie contestata non è stata prodotto alcun documento comprovante la formulazione da parte dell'utente della predetta richiesta, che la Società avrebbe dovuto acquisire obbligatoriamente nella fase successiva di mutamento dell'offerta da modalità gratuita a quella onerosa;

3. infine per quanto concerne l'adozione della nuova procedura posta in essere per la divulgazione dell'offerte tariffarie in promozione, in attuazione del principio di trasparenza, tesa ad acquisire un consenso informato del cliente circa gli effetti anche economici in caso di rinnovo del servizio in modalità onerosa (con addebito del costo del canone del servizio) che scaturiranno alla scadenza del periodo in promozione dell'offerta, in quanto attività posta in essere da parte della società per eliminare o limitare la perpetuazione dell'illecito e fatta salva ogni valutazione sull'adeguatezza di tale procedura ai fini di una corretta attivazione del servizio in modalità onerosa, essa non incide ai fini della eliminazione della illiceità della condotta contestata in quanto attività posta in essere successivamente;

RITENUTA, in conclusione, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997 n.249, avendo accertato che la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. ha attivato l'offerta "Pieno Wind" a titolo oneroso in assenza di esplicita ordinazione da parte dell'utente e addebitando il costo a carico del cliente, contravvenendo a quanto disposto dall'articolo 5, comma 4 e 7 comma 5 della delibera n.179/03/CSP;

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria, per la violazione contestata, nella misura pari al doppio del minimo edittale, corrispondente ad euro 20.658,00 (ventimilaseicentocinquantotto/00), in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n.689:

- a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che il comportamento della società ha leso il diritto degli utenti attivando per tre volte nei suoi confronti l'offerta "Pieno Wind" a titolo oneroso senza acquisire la previa ordinazione;
- b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che la Wind Telecomunicazioni S.p.A. ha provveduto, successivamente al reclamo, alla disattivazione dell'opzione e ha posto in essere una specifica procedura tesa all'acquisizione preventiva del consenso prima di effettuare l'attivazione onerosa dell'offerta al fine di limitare la ripetizione di fatti della stessa specie ;
- 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 dell'offerta mediante previa ordinazione;
- d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria come sopra determinata.

VISTA la proposta formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Sebastiano Sortino, 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 n. 48, di pagare la somma di € 20.658,00 (ventimilaseicentocinquantotto/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n.249 per l'inosservanza del combinato disposto di cui all' articolo 5, comma 4 e 7, comma 5, della delibera n.179/03/CSP.

DIFFIDA

la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione a quanto disposto dall'articolo 5, comma 4 e 7 comma 5 della delibera n.179/03/CSP.

INGIUNGE

alla citata società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma, utilizzando il bollettino c/c n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa articolo 1, comma 31 della legge 31 luglio 1997, n.249, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n. 252/09/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 "Del.252/09/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 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.

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.

Roma, 5 maggio 2009

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

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