

DELIBERA N. 253/09/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. 43/08/DIT ed il conseguente atto di contestazione della Direzione tutela dei consumatori n. 43/08/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 sull'utenza mobile n. YYY intestata all'utente XXX l'offerta tariffaria non richiesta a titolo oneroso "Noi 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. 10421 del 11 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 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 all'utente XXX, senza previa ordinazione, l'offerta tariffaria a titolo oneroso denominata "Noi 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 23 aprile 2007). L'offerta in questione, dopo la prima attivazione promozionale a titolo gratuito, è stata oggetto di otto rinnovi a titolo oneroso: l'operatore in questione, prima della scadenza trimestrale dell'offerta promozionale gratuita attivata in data 23 aprile 2007, ha modificato le condizioni contrattuali dell'offerta, rendendola onerosa, e a tal fine, in adempimento agli obblighi regolamentari, ha inviato al cliente sms confermativo di addebito del canone mensile di € 6 prima della data del rinnovo oneroso dell'opzione tariffaria; gli invii degli sms di informazione di addebito del canone mensile per gli otto rinnovi sono avvenuti nelle seguenti date: 22/07/07, 21/08/07, 20/09/07, 20/10/07, 19/11/07, 19/12/07, 18/01/08 e 17/02/08. Tali rinnovi non sono stati mai contestati dalla cliente in quanto il primo reclamo telefonico è stato inoltrato in data 20 febbraio 2008 dopo otto mesi di rinnovi taciti.
- 2) gli addebiti contestati si fondano su una errata e travisata valutazione degli stessi in quanto l'attivazione a titolo oneroso dell'offerta "Noi 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 il 23 aprile 2007 dopo aver acquisito accettazione telefonica ad una proposta fatta in *outbound - teleselling*. Nel corso di tale proposta il consulente telefonico ricordava al cliente che l'attivazione dell'offerta da listino avrebbe comportato un costo di attivazione di € 7 e un canone mensile di € 6 ma, in via promozionale, sia il costo di

- attivazione del servizio che tre mesi di canoni erano gratuiti. La cliente accettava la proposta come attestato da schermata di sistema in atti.;
- 3) inoltre la società evidenzia che la cliente, oltre ad aver dato il suo assenso all'attivazione gratuita dell'offerta nelle modalità sopra esposte, ha comunque posto in essere un comportamento concludente all'attivazione dello stesso in quanto ha acconsentito, per otto volte, al rinnovo dell'opzione attraverso il pagamento di € 6 per ciascun rinnovo senza contestare i ripetuti pagamenti nonostante sia stata avvisata con gli *sms* informativi prima di effettuare gli addebiti dei canoni. Il primo reclamo di disconoscimento è infatti pervenuto solo in data 20 febbraio 2008, dopo l'attivazione dell'ottavo rinnovo dell'offerta tariffaria a titolo oneroso in data 17 febbraio 2008;
 - 4) infine 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, l'addebito del costo del canone in caso di rinnovo dell'offerta, e 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 "Noi Wind" è stato commercializzata con modalità gratuita per i primi 3 mesi di attivazione; successivamente è stata fornita dietro pagamento di € 6 al mese per un totale di otto rinnovi onerosi; la proroga del servizio a titolo oneroso è avvenuta senza l'acquisizione del consenso da parte del titolare della linea ma automaticamente come affermato più volte in script in atti, in attuazione della procedura adottata. 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 tacito posto in essere dall’utente per non aver contestato gli otto addebiti per costi di rinnovi onerosi dell’offerta “Noi Wind”, nonostante le comunicazioni ricevute via sms, non può essere considerato manifestazione di consenso all’attivazione onerosa della predetta offerta, 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 la “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 servizi mai richiesti a titolo oneroso dall’utente stesso e forniti dall’operatore inizialmente a titolo gratuito per propri scopi promozionali;

2. pertanto nel caso di specie si versa 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 le avvenute notifiche via sms per gli addebiti effettuati per costi di canoni per aver usufruito per otto volte dell’offerta “Noi Wind” a titolo oneroso, non possono 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 “Noi 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 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 dell’ offerta in modalità onerosa (con addebito del costo del canone del servizio) che scaturiscono alla

scadenza del periodo in promozione gratuita dell'offerta, si evidenzia che, 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 della offerta 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 "Noi 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 triplo del minimo edittale, corrispondente ad € 30.987,00,00 (trentamilanovecentoottantasette 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 otto volte nei suoi confronti l'offerta "Noi 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. non ha provveduto, successivamente al reclamo, a stornare il cliente dei canoni pagati per gli effettuati rinnovi dell'offerta;
- 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 30.987,00,00 (trentamilanovecentoottantasette 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, 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. 253/09/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.253/09/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