

DELIBERA n. 467/12/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' WIND TELECOMUNICAZIONI
S.P.A. PER LA VIOLAZIONE DEGLI ARTICOLI 2 E 3, DELLA DELIBERA N.
664/06/CONS CONCERNENTI L'ATTIVAZIONE DI
SERVIZI NON RICHIESTI
(PROC. SANZ. n.13/12/DIT)**

L'AUTORITA'

NELLA riunione di Consiglio dell'11 ottobre 2012;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 14, e comma 31;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 223/12/CONS del 27 aprile 2012, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* n. 138 del 15 giugno 2012, e successive modifiche ed integrazioni;

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, ed il relativo Allegato A, recante "*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*", e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la delibera n. 664/06/CONS del 23 novembre 2006 recante "*Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza*" ", e successive modifiche e integrazioni;

VISTO l'atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 13/12/DIT dell'8 giugno 2012, notificato in data 12 giugno 2012, con il quale veniva contestata alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A., con sede legale in Roma, Via Cesare Giulio Viola, n. 48, 00148, la violazione degli articoli 2, commi 4 e 5 e 3, comma 1, della delibera n. 664/06/CONS, per avere attivato sull'utenza n. 012448xxx, intestata alla sig.ra Pomatto, il servizio di accesso WLR, pur in assenza di una inequivocabile

manifestazione di volontà in tal senso della relativa titolare, provvedendo altresì a fatturare i relativi costi;

VISTE le memorie difensive presentate dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. in data 12 luglio 2012, acquisite al protocollo generale dell’Autorità con n. 35716;

UDITA la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. in data 17 luglio 2012;

VISTI gli atti del procedimento e le risultanze istruttorie;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A., nelle proprie memorie difensive e nel corso dell’audizione del 17 luglio 2012, ha innanzitutto rilevato come, nel corso del tempo, le procedure di acquisizione del consenso degli utenti mediante tecniche di comunicazione a distanza siano state oggetto di implementazione e di miglioramento.

In particolare, la Società ha affermato come, dal semplice riascolto del cosiddetto *verbal ordering*, si sia passati ad un livello più elevato di *quality check*, comportante la *recall* del cliente, al fine di verificare l’effettiva sussistenza in capo all’utente della volontà di attivare il servizio; essa ha inoltre precisato come questo tipo di controllo sia effettuato da società esterne e non coinvolte, quindi, nel processo di vendita.

La Società ha dichiarato inoltre che, attualmente, il controllo di qualità mediante l’effettuazione di una *recall* viene effettuato sul 100% di casi di acquisizione del consenso vocale e che, soltanto nel caso in cui detto controllo abbia esito positivo, il processo di attivazione viene poi effettivamente avviato; inoltre, ha precisato che i soggetti ultraottantenni sono stati ora esclusi dai canali di vendita a distanza.

Con riferimento al caso di specie, detta società ha riferito di avere provveduto, a seguito della notifica dell’atto di contestazione da cui ha preso avvio il presente procedimento, ad effettuare gli opportuni approfondimenti.

In particolare, essa ha affermato che, nel corso delle verifiche, è emerso che il consenso all’attivazione del servizio da parte della titolare dell’utenza n. 012448xxx è stato acquisito mediante *teleselling*, ad opera di una società esterna.

In relazione al *quality check*, che dovrebbe impedire l’avvio del processo di attivazione nel caso di registrazioni non conformi a certi standard, la Società ha dichiarato che esso risulta essere stato effettuato dal soggetto incaricato “in maniera non idonea”, avendo questi fornito “erroneamente” un riscontro positivo.

Al riguardo, la Società tiene a precisare che, secondo la procedura prevista all’epoca dei fatti oggetto di contestazione, nel caso in cui dal riascolto della registrazione vocale il fornitore avesse avuto evidenza di una volontà del cliente “anche solo incerta”, avrebbe dovuto bloccare il processo di attivazione.

Essa evidenzia, quindi, come a seguito dell'attivazione effettuata erroneamente sull'utenza *de qua*, siano state intraprese una serie di azioni nei confronti del partner commerciale incaricato di effettuare il *quality check*, ed in particolare, l'invio di una lettera di richiamo e di richiesta di chiarimenti e lo storno dei compensi ricevuti in relazione al caso oggetto di contestazione da parte dell'Autorità.

La Società ha quindi rilevato come non vi sia stata, nel caso di specie, alcuna violazione degli obblighi di correttezza e buona fede che incombono in capo agli operatori nello svolgimento della propria attività e come la stessa non abbia in alcun modo contribuito alla realizzazione della condotta contestata.

In conclusione, l'operatore ha sottolineato di avere provveduto, a seguito delle lamentele pervenute dall'intestatario dell'utenza, a stornare tutte le somme ad essa addebitate a titolo di corrispettivo per l'attivazione del servizio di accesso WLR e di avere, inoltre, provveduto ad inviarle una lettera, contenente indicazioni dettagliate per la richiesta di rimborso delle spese sostenute per il rientro in Telecom Italia S.p.A.

II. Valutazioni dell'Autorità

Il presente procedimento è stato avviato a seguito della ricezione di una denuncia con la quale si lamentava l'attivazione di un servizio non richiesto sull'utenza intestata alla sig.ra Pomatto.

Nel corso dell'attività di verifica e controllo che questa Autorità svolge, anche sulla base delle segnalazioni ricevute dagli utenti, circa il rispetto della normativa di settore, è stato accertato che la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. aveva attivato sull'utenza n. 012448xxx un servizio di accesso diretto WLR, provvedendo altresì a fatturare i relativi importi, pur in assenza di una inequivoca manifestazione di volontà in tal senso espressa dalla relativa titolare.

In particolare, dall'ascolto della registrazione della telefonata intercorsa tra l'agente commerciale e la titolare dell'utenza, è emerso con tutta evidenza che quest'ultima non era in grado di comprendere quanto le veniva riferito dall'operatore commerciale, come risultava palese dalle risposte del tutto incoferenti da essa fornite all'operatore nonché dai molteplici tentativi da questa effettuati di interrompere la conversazione telefonica.

Pertanto, con atto n. 13/12/DIT, questa Autorità provvedeva a contestare all'operatore Wind Telecomunicazioni S.p.A., oltre alla violazione degli articoli 2, comma 5, e 3, comma 1, della delibera n. 664/06/CONS, concernenti, rispettivamente, il divieto di attivare un servizio non richiesto e di fatturare i relativi costi, anche il mancato rispetto dell'articolo 2, comma 4, della medesima della delibera, nella parte in cui prescrive l'osservanza dei "principi di buona fede e lealtà" nello svolgimento dell'attività commerciale, da valutarsi anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili, quale senza dubbio era, in ragione dell'età, la titolare dell'utenza *de qua*.

Nelle proprie memorie difensive, la Società ha sostanzialmente riconosciuto la non conformità della registrazione contenente il contatto telefonico con l'intestatario

dell'utenza n. 012448xxx alle vigenti previsioni regolamentari che subordinano l'attivazione del servizio alla previa acquisizione di una volontà "inequivoca" dell'utente.

L'operatore ha difatti affermato che il *quality check*, all'esito del quale è stato inviato l'ordine di procedere con l'attivazione, risulta essere stato effettuato "in maniera non idonea". La stessa affermazione dell'avvenuta adozione di una serie di azioni nei confronti del soggetto incaricato di effettuare il controllo – quali la lettera di richiamo e lo storno dei compensi ricevuti in relazione al caso oggetto di contestazione – confermano il riconoscimento dell'illegittimità dell'attivazione del servizio sull'utenza n. 012448xxx.

Con riferimento ai rilievi concernenti la non imputabilità ad essa della condotta contestata e alla impossibilità di configurare una conseguente violazione da parte sua dei principi di buona fede e lealtà, deve evidenziarsi, da un canto, come effettivamente non sia individuabile una responsabilità diretta della società Wind Telecomunicazioni S.p.A. in relazione al contestato mancato rispetto dei principi di buona fede e correttezza, dal momento che l'acquisizione del consenso, nei termini e con le modalità *supra* illustrati, è stata concretamente effettuata da un'altra società.

Tuttavia, risulta senz'altro configurabile in capo all'operatore Wind Telecomunicazioni S.p.A. una responsabilità per l'avvenuta attivazione di un servizio non richiesto e per la fatturazione dei relativi importi, essendo questi un soggetto esercente l'attività di fornitura del servizio e sui cui, quindi, incombono i relativi obblighi e divieti di attivazione e di fatturazione di servizi di comunicazione elettronica non richiesti.

Del resto, in base ai principi generali in tema di responsabilità, oramai consolidati anche a livello giurisprudenziale (*ex multibus* Cass. civ. 13 giugno 1986, n. 3937), qualora l'operatore si avvalga, nell'esercizio della propria attività, di soggetti terzi, in base ad un contratto di mandato, deve senz'altro ritenersi responsabile per l'operato di questi ultimi.

In caso contrario, del resto, le suddette disposizioni che impongono divieti e obblighi in capo agli operatori di comunicazioni elettroniche si presterebbero a facili elusioni, realizzabili semplicemente attraverso l'affidamento dello svolgimento dell'attività a soggetti terzi.

Del resto, deve evidenziarsi come questa Autorità abbia, già in diverse occasioni, riconosciuto una responsabilità in capo all'operatore che si avvalga di soggetti terzi per lo svolgimento dell'attività di *teleselling*, quanto meno a titolo di colpa, *in eligendo* e *in vigilando*, in relazione, quindi, alla scelta del soggetto incaricato dell'acquisizione della clientela e, più in generale, al mancato controllo sull'operato dei soggetti terzi di cui si avvale nello svolgimento delle proprie attività (*ex multibus*, delibera n. 619/08/CONS).

All'esito di quanto sopra esposto si ritiene, quindi, di confermare la sola violazione da parte della società Wind Telecomunicazioni S.p.A. degli articoli 2, comma 5 e 3, comma 1 della delibera n. 664/06/CONS, concernenti il divieto di attivare un servizio non richiesto e di fatturare i relativi costi.

VISTI gli atti del procedimento e le risultanze istruttorie;

RITENUTO, pertanto, di confermare quanto rilevato in sede di accertamento in ordine alla violazione da parte della società Wind Telecomunicazioni S.p.A. degli articoli 2, comma 5 e 3, comma 1 della delibera n. 664/06/CONS e, per l'effetto, di procedere ad irrogare la sanzione prevista dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, da determinarsi tra un minimo di euro 58.000,00 (cinquantottomila/00) ed un massimo di euro 580.000,00 (cinquecentottantamila/00);

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

- con riferimento alla gravità della violazione, va considerato che la Società, con la propria condotta, ha leso il diritto dell'utente di scegliere la propria controparte contrattuale, creandogli altresì dei disagi correlati alla necessità per lo stesso di attivarsi per ristabilire la situazione *quo ante*;

- relativamente all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va rilevato che la Società, se pur soltanto successivamente alla ricezione di una richiesta di chiarimenti sul caso di specie da parte di questa Autorità, ha provveduto a stornare le somme addebitate a fronte dell'attivazione del servizio *de quo*, impegnandosi altresì a rimborsare all'utente le spese per il rientro in Telecom Italia S.p.A.;

- riguardo alla personalità dell'agente, la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. è dotata di una organizzazione tale da garantire la completa ottemperanza alle prescrizioni contenute nelle delibera n. 664/06/CONS;

- con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, si ritiene che la situazione patrimoniale della Società sia tale da poter senza dubbio sostenere la sanzione prevista per la violazioni contestata;

RITENUTO, alla luce delle summenzionate considerazioni, di determinare la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura del minimo edittale, equivalente ad euro 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 della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Antonio Preto, relatore ai sensi dell'articolo 31 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A., con sede legale in Roma, Via Cesare Giulio Viola, n. 48, 00148, di pagare la somma di euro 58.000,00 (cinquantottomila/00), quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259;

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. 467/12/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. 467/12/CONS".

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata all'operatore interessato e pubblicata sul sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Roma, 11 ottobre 2012

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Preto

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE VICARIO
Antonio Perrucci