

## DELIBERA N. 548 /07/CONS

Ordinanza-Ingiunzione alla società Wind telecomunicazioni S.p.A. per la violazione dell'articolo 5, comma 4 della delibera n.179/03/CSP

### L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 31 ottobre 2007;

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, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 31 marzo 2006, n. 76, ed il relativo Allegato A, recante "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 del 24 luglio 2003 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 21 agosto 2003, n.193, ed in particolare l'articolo 5, comma 4;

VISTO il verbale di accertamento n. 25/07/DIT ed il conseguente atto di contestazione della Direzione tutela dei consumatori n. 25/07/DIT del 14 febbraio 2007, notificato in data 15 giugno 2007, 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 degli articolo 5, comma 4, della delibera dell'Autorità n.179/03/CSP, per l'attivazione dell'offerta a titolo oneroso denominata "offerta Pieno Wind" senza previa ordinazione sul numero mobile XXXX intestato all'utente XY, 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 il 17 luglio 2007

UDITA la Società interessata in data 5 settembre 2007;

CONSIDERATO quanto segue:

### **I. Deduzioni della società interessata.**

Per quanto riguarda la presunta inosservanza da parte della società Wind Telecomunicazioni S.p.A. del disposto dell'articolo 5, comma 4 della delibera 179/03/CSP di cui all'atto di contestazione n. 25/07/DIT, la medesima società ha dedotto quanto segue:

- 1) con l'avvio della procedura in corso l'Autorità ha rilevato che in data 20 agosto 2005 è stato attivato, sul numero mobile XXXX, intestato al soggetto segnalante XY, senza previa ordinazione, l'offerta a titolo oneroso denominata "Pieno Wind" a seguito della ricezione, in data 16 agosto 2006, di un messaggio da parte di Wind, che lo informava del rinnovo della predetta offerta (in precedenza attivata gratuitamente in via promozionale); nello sms si aggiungeva che, laddove questi non fosse stato interessato al rinnovo dell'offerta, avrebbe dovuto inviare un messaggio con testo ad hoc di disdetta al numero 4533;
- 2) in data 20 agosto del 2005, a seguito dell'acquisizione del consenso del sig. XY con contatto telefonico, è stata attivata sul numero mobile XXXX l'opzione tariffaria "Pieno Wind" in modalità gratuita con durata di 12 mesi;
- 3) l'operatore in questione, prima della scadenza della promozione, 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, rispettivamente in data 17 luglio 2006 e in data 16 agosto 2006, e quindi prima della scadenza annuale dell'offerta, con le seguenti informazioni "*Le ricordiamo che il dd/mm/yy l'opzione Pieno Wind sarà prorogata per 12 mesi a soli 4 euro. Per non prorogarlo invii PIENO NO al 4533 entro tale data*"; in aggiunta a tali comunicazioni l'informativa era resa altresì sull'IVR 155 con un messaggio *pull*, ovvero i clienti che avevano l'opzione in scadenza, se avessero chiamato il 155, all'accesso avrebbero ascoltato un messaggio informativo sulle modalità per rinnovare o meno l'offerta in scadenza "Pieno Wind";
- 4) 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 l'attivazione dell'opzione è avvenuta in agosto 2005

dopo regolare acquisizione del consenso *via teleselling*, ma di un caso di variazioni 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;

- 5) inoltre la Società evidenzia che la norma contestata non specifica che l'ordinazione deve essere esternata con un consenso espresso in caso di trasformazione di erogazione del servizio da gratuita ad onerosa e pertanto la manifestazione di volontà per il rinnovo del servizio poteva avvenire in qualsiasi forma e quindi anche tacitamente, come nel caso di specie.

## **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 stato commercializzato 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 era 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; 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 servizi mai richiesti 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.

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, contravvenendo a quanto disposto dall'articolo 5, comma 4 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 utente attivando 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;
- 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.

VISTE le risultanze istruttorie e la relazione del responsabile del procedimento, avv. Stefania Perlingieri;

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 (ventimilaseicentocinquantesette/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.

### **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. / 07/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. 548 /07/CONS".

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: [www.agcom.it](http://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, 31 ottobre 2007

IL COMMISSARIO RELATORE  
Sebastiano Sortino

IL PRESIDENTE  
Corrado Calabrò

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