

DELIBERA N. 571/07/CONS

Ordinanza-Ingunzione alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259

L'AUTORITA',

NELLA riunione del Consiglio del 13 novembre 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 14 novembre 1995, n. 481, recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

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

VISTA la delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS, recante il "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie", e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO l'atto del Direttore della Direzione Tutela dei Consumatori, n. 29/07/DIT del 20 giugno 2007, notificato in data 28 giugno 2007, con il quale è stata contestata alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. la violazione dell'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, per non aver provveduto alla notifica agli utenti, nei termini e con le modalità previste, delle modifiche contrattuali dei piani tariffari denominati "*Sempre Light*" e del diritto di recesso conseguente alla rimodulazione, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del predetto decreto legislativo n. 259/2003;

VISTA la memoria difensiva depositata dalla predetta Società e registrata con protocollo n. 49303 in data 1 agosto 2007;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A, nelle proprie difese, ha formulato le seguenti deduzioni:

1. Sulla asserita incompletezza della comunicazione al cliente del diritto di recesso.

Con particolare riferimento al rilievo inerente al mancato richiamo al diritto di recesso nel SMS inviato a tutta la *Customer Base* interessata dalla rimodulazione dei piani tariffari “*Sempre Light*”, divenuti “*Wind Senza Scatto New*”, la Società ha dichiarato che non ha mai ritenuto di poter esaurire il proprio onere informativo con l’invio di un semplice SMS. Quest’ultimo è stato appositamente utilizzato come strumento di allarme, e a nessuna altra funzione avrebbe potuto adempiere vista la “brevità tecnica” che lo caratterizza. A tal proposito bisogna considerare la buona fede che ha caratterizzato il comportamento di WIND, cosciente del fatto che laddove il lettore avesse voluto approfondire la notizia appresa, spontaneamente ne avrebbe ricercato i dettagli contattando il numero gratuito 158, come lo stesso messaggio di testo raccomandava, ovvero attraverso qualsiasi altro mezzo di comunicazione appositamente implementato. WIND ha infatti posto in essere una serie di adempimenti informativi complementari fra loro, idonei nel complesso ad ottemperare al dettato normativo.

Al riguardo viene precisato che l’art. 70, comma 4, del Codice deve essere applicato al caso di specie in quanto compatibile, e cioè tenendo conto che l’informativa che si può dare ad un “abbonato”, come previsto dalla sopraccitata norma, è diversa dall’informativa che si può dare al titolare di carta prepagata, sicché una delle modalità per comunicare a questo tipo di utenti è quello dell’SMS, con tutti i limiti di contenuto informativo che un SMS ha per sua natura.

E’ proprio per questo motivo che, nella Carta dei Servizi, WIND ha appositamente previsto, al suo art. 2.4, che “eventuali modifiche delle proprie condizioni economiche per l’effettuazione dei servizi” dovessero avvenire “con mezzi idonei ed in modo chiaro”. Si sottolinea, inoltre, che l’art. 70, comma 4, non prevede alcuna modalità di comunicazione dell’informazione, sicché il canone della valutazione non può che essere quello della “idoneità”, chiarezza ed adeguatezza delle modalità di comunicazione in considerazione della tipologia dei destinatari. Ne consegue che tale comunicazione, per rispondere all’esigenza di idoneità ed adeguatezza, quando ha ad oggetto in particolare carte prepagate, possa realizzarsi attraverso una serie di modalità informative quali SMS (che allertino l’attenzione dell’utente) associati ad altri mezzi di comunicazione.

Nel caso di specie, allora, l’utente finale che avesse seguito le indicazioni che via via riceveva (e cioè che dopo aver letto l’SMS avesse chiamato il 158, avesse ascoltato il messaggio preregistrato e avesse consultato il sito www.155.it richiamato da tale messaggio o avesse chiamato il *call center* al numero 155, avrebbe avuto tutte le informazioni richieste dall’art. 70, comma 4, del Codice.

Dunque il fatto che il testo dell’SMS non conteneva alcun riferimento al diritto di recesso, bensì l’invito a chiamare il numero 158 per avere ulteriori notizie, non è decisivo nei termini della violazione contestata laddove ciò che rileva è che

l'informazione sia fornita, ma non che sia fornita tutta al primo contatto con l'utente. Del resto le informazioni relative al diritto di recesso, particolarmente complesse in termini giuridici, non possono essere comunicate in maniera esaustiva tramite un SMS in quanto, data l'inevitabile brevità dello stesso, si rischia di ingenerare inutili confusioni.

Quanto all'ulteriore rilievo relativo al messaggio preregistrato, che descriveva le condizioni economiche del nuovo profilo tariffario senza nulla aggiungere in merito al diritto di recesso, WIND ha rilevato che la circostanza, pur rispondendo al vero, non sarebbe decisiva perché l'informazione sul recesso si trovava sul sito www.155.it, espressamente richiamato dal messaggio preregistrato, nonché poteva essere acquisita chiamando il *call center* al numero 155.

Per quanto attiene alle informazioni fornite dal *call center*, WIND ha rammentato che i consulenti telefonici sono stati dotati, tra l'altro, di script strettamente riguardanti il diritto di recesso e la precisa modalità operativa per il suo esercizio; sono stati altresì formati anche in riferimento alle specifiche modalità di restituzione del credito residuo. Infine, in merito alla genericità del riferimento al termine di trenta giorni sul sito www.155.it ed alla mancata specificazione del momento di decorrenza, Wind ribadisce che il suddetto termine non può che discendere dalla data di comunicazione della rimodulazione tariffaria.

2. Sulla irrisorietà del numero di richieste di recesso.

WIND ha dichiarato di aver avviato, nei confronti dei clienti coinvolti dalla rimodulazione dei piani tariffari denominati "*Sempre Light*" che hanno manifestato l'intenzione di recedere dal contratto, una campagna di *retention*. A tal proposito è stato evidenziato che i clienti che hanno manifestato la volontà di recedere dal contratto con WIND sono stati circa ventidue, un numero decisamente esiguo rispetto al volume di SIM Card interessate.

Il suddetto Operatore ha ulteriormente argomentato rappresentando che le richieste di portabilità del numero mobile presentate dai clienti *Sempre Light* verso altri Operatori non sono aumentate a seguito della rimodulazione del piano, a dimostrazione del perdurare del rapporto di fiducia con l'operatore.

3. Sulle recenti delibere dell'Autorità nn. 72/07/CIR e 82/07/CIR.

In sede di audizione la Società interessata ha fatto presente che nelle delibere 72/07/CIR e 82/07/CIR, l'Autorità ha ritenuto che il comportamento tenuto da WIND in occasione della rimodulazione dell'opzione tariffaria "*Noi2 Wind*" fosse del tutto conforme alla normativa in materia, pur avendo inviato alla propria clientela uno SMS informativo che nulla riferiva in merito al diritto di recesso degli utenti; pertanto gli SMS considerati nell'ambito del presente procedimento non potrebbero allo stesso modo costituire oggetto di censura da parte dell'Autorità.

Al riguardo WIND sottolinea come l'attività dell'Autorità debba essere improntata al rispetto del principio generale di certezza del diritto, nonché ispirata ai principi

costituzionalmente garantiti di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, oltre al principio di legittimo affidamento, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Qualora l'Autorità ritenesse di dover configurare il comportamento di WIND in violazione dell'articolo 70 comma 4 del Codice, tale giudizio risulterebbe viziato per eccesso di potere manifestatosi per mezzo della figura sintomatica della disparità di trattamento, determinando così una lesione del principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione.

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

In relazione alle giustificazioni addotte dalla Società interessata va tenuto conto quanto segue:

1. WIND ha più volte ribadito che attraverso l'invio di uno SMS l'operatore "*instaura un primo contatto con l'utente al fine di fornire l'informazione*", e poiché la stessa è resa sommariamente, ha indicato, nel contempo, le modalità per ottenere ulteriori notizie (in specie contattando il "158"). Con tale *modus operandi* la società sostiene di aver adeguatamente soddisfatto l'obbligo informativo prescritto dall' articolo 70 comma 4.

Al contrario, è proprio la norma citata ad indicare espressamente quale sia il contenuto dell'informazione che l'operatore è tenuto a rendere qualora proceda a modificare unilateralmente le condizioni contrattuali. Lo stesso legislatore infatti ha utilizzato, nel testo dell'articolo 70 comma 4, due locuzioni che non lasciano spazio a particolari dubbi interpretativi: "adeguato" riferito al preavviso, che non può essere inferiore a trenta giorni, e "nel contempo" (ovvero contemporaneamente) relativamente al dovere di informare il cliente sulla possibilità di recedere. In tal senso l'operatore telefonico deve *contestualmente* comunicare al cliente le variazioni contrattuali ed il relativo diritto di recesso. Pertanto la notifica della sola rimodulazione, senza alcun riferimento al conseguente diritto di recesso, non equivale a soddisfare pienamente l'obbligo informativo di cui alla norma citata. D'altronde la Wind non ha specificato, nel testo dell'sms inviato, né quali fossero le nuove condizioni economiche, limitandosi a dire che "*dal 15 maggio 2007 il piano tariffario Wind Sempre Light diventerà Wind Senza Scatto New*", né che l'abbonato avrebbe dovuto contattare il "158" per ricevere indicazioni circa le modalità di esercizio del diritto di recesso, avendo genericamente scritto "*(...)per info sulle nuove condizioni chiami il 158*".

Ma vi è di più: come rilevabile dalla documentazione in atti, anche chiamando il numero 158 l'utente non avrebbe ricevuto alcuna informazione circa l'esistenza del diritto di recesso, ricevendo solo un generico invito a visitare la pagina web dell'operatore per ulteriori informazioni circa il nuovo piano.

Ne deriva che solo qualora l'utente si fosse collegato alla pagina web indicata per ricercare ulteriori informazioni, avrebbe ricevuto le informazioni circa il diritto di recesso.

E' evidente, allora, come ogni giustificazione inerente alla necessaria brevità del messaggio SMS ed il rinvio a mezzi più idonei per la comunicazione dell'informazione prevista dall'articolo 70 comma 4 del codice delle comunicazioni elettroniche risulti palesemente pretestuosa alla luce delle modalità di comunicazione sopra illustrate.

Infatti, seppure la brevità dello SMS non avesse permesso la citazione del diritto di recedere da parte dell'utente, circostanza comunque facilmente smentibile anche alla luce delle pratiche utilizzate da operatori concorrenti e del fatto che era comunque possibile inviare due o più SMS informativi collegati, WIND avrebbe potuto quantomeno fornire detta comunicazione al livello informativo immediatamente successivo allo SMS, e cioè tramite il messaggio ascoltabile chiamando il numero 158. Tuttavia, come già evidenziato, in tale messaggio la facoltà di recesso non era neppure menzionata.

Pertanto, WIND ha ritenuto di aver assolto ad un preciso onere informativo affidandosi alla eventuale fortuita circostanza che il proprio cliente, pur non essendovi tenuto, si collegasse al sito www.155.it alla ricerca di informazioni circa il nuovo piano tariffario. E' palese, allora, come una siffatta condotta, se avallata, porterebbe a spostare l'onere informativo in capo all'utente, che si vedrebbe costretto a connettersi al sito dell'operatore per ricevere una informazione che, invece, dovrebbe ricevere a carico dell'operatore medesimo unitamente a quella relativa alle modifiche contrattuali.

La predetta società ha, poi, ribadito di aver assunto un comportamento conforme alle regole di correttezza e trasparenza, sottolineando di aver posto in essere una serie di adempimenti informativi complementari tra loro, tutti conformi al dettato normativo.

Ciò che però si contesta non è tanto l'idoneità del singolo strumento di comunicazione e/o diffusione scelto dall'operatore WIND, quanto proprio il *modus* con cui gli stessi sono stati utilizzati per soddisfare le esigenze informative imposte dal Codice nelle ipotesi di variazione delle condizioni contrattuali. Ed infatti l'Autorità procedente ha accertato che: il testo dello SMS non conteneva alcun riferimento al diritto di recesso ma solo un invito a chiamare il 158 per avere ulteriori informazioni; il messaggio comunicato tramite il 158 descriveva le nuove condizioni economiche senza nulla aggiungere in merito al diritto di recesso; lo script per gli operatori di *call center* fornito da Wind non è diretto a fornire una chiara ed esaustiva informazione circa il diritto di recesso e le modalità di esercizio dello stesso; le informazioni fornite sul sito www.155.it contengono un generico riferimento al termine di trenta giorni per esercitare il diritto di recesso, senza specificarne la decorrenza.

Concludendo sul punto, dunque, va rilevato come proprio dalla visione complessiva degli strumenti comunicativi utilizzati dall'operatore WIND si rafforza l'impressione della volontarietà della condotta contestata.

Con riferimento a quanto riferito in ordine alla buona fede dimostrata dalla società ed al particolare contesto in cui la Società si è venuta a trovare a seguito dell'entrata in vigore del decreto c.d. Bersani *bis*, va rilevato che tali circostanze non possono valere ad escludere la responsabilità della WIND per le violazioni accertate, pur rilevando

sicuramente quali circostanze attenuanti, da valutare ai fini della determinazione della sanzione.

2. Allo stesso modo non si ritiene rilevante l'argomento relativo alla particolare esiguità del numero di clienti che ha manifestato la volontà di recedere; invero tale circostanza, invocata dalla WIND a dimostrazione della convenienza del nuovo piano tariffario, potrebbe invece avallare, per quanto qui di rilievo, proprio l'assenza o comunque la scarsa incisività con cui la Wind ha fornito le informazioni sul diritto di recesso ai propri clienti.

3. In ultimo WIND vorrebbe trovare conferma alla correttezza del proprio operato sulla scorta di un recente orientamento che l'Autorità ha assunto con le delibere n. 72/07/CIR e n. 82/07/CIR.

Data la rilevanza che la società ha attribuito alle suddette decisioni, occorre mettere in evidenza innanzitutto che le delibere n. 72-82/07/CIR hanno ad oggetto l'opzione "Noi2 Wind" e la riduzione del traffico gratuito mensilmente a disposizione del cliente; trattasi, cioè, di una semplice opzione tariffaria, rinnovata mensilmente salvo disdetta da parte del cliente.

Viceversa la rimodulazione dell'offerta "*Sempre Light*" ha riguardato piani tariffari sui quali si basavano i contratti con oltre un milione e mezzo di clienti, tanto che, secondo quanto dichiarato dall'operatore, rientra tra le strategie commerciali adottate dalla società per fronteggiare la drastica riduzione dei ricavi percepiti dalla stessa per la fornitura dei servizi di rete mobile, scaturita dall'entrata in vigore del decreto Bersani *bis*.

Già da un punto di vista ontologico, dunque, risulta di tutta evidenza la differenza tra i casi oggetto di decisione e la fattispecie ora in esame; differenza che inevitabilmente riverbera i suoi effetti sulla applicazione del dettato di cui all'articolo 70, comma 4, come meglio si dirà in seguito. Quello che qui giova rimarcare, già in prima battuta, è che proprio i principi di buon andamento ed imparzialità dell'Amministrazione, evocati dalla Società, impongono una valutazione approfondita degli elementi di fatto, tale da poter distinguere fattispecie apparentemente analoghe, ma differenti nell'oggetto

Entrando, allora, nel merito della vicenda, occorre osservare che il *petitum* avanzato dagli utenti, nelle rispettive istanze di definizione delle controversie, oggetto delle delibere 72-82/07/CIR, consisteva esclusivamente nel ripristino delle condizioni contrattuali che avevano in promozione, senza contestare la mancata o inesatta informativa resa dall'operatore relativamente al diritto di recesso.

Quindi, in ossequio proprio di quella certezza del diritto invocata dalla WIND, e che impone di rispettare il principio racchiuso nel binomio chiesto-pronunciato, la Commissione infrastrutture e reti ha riconosciuto la correttezza del comportamento tenuto dall'operatore con riferimento ai principi di cui alla citata norma del Codice, in quanto, per la natura accessoria del rapporto contrattuale oggetto di modifica, l'onere informativo è stato giustamente considerato soddisfatto dalla semplice comunicazione preventiva della rimodulazione, potendo il cliente decidere di rinunciare all'opzione tariffaria allo scadere di ciascun periodo (mensile) di vigenza della stessa.

Diversamente, nel caso di specie, la rimodulazione riguarda le condizioni principali del rapporto negoziale, destinate ad assumere efficacia durevole nei rapporti tra le parti, se

non impedita dall'esercizio del diritto di recesso entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione delle modifiche; il che mette in risalto la *ratio* evidente della norma e la sua perfetta attinenza alla fattispecie *de qua*.

Ne discende che nessun elemento di contraddittorietà può rilevarsi tra i pronunciamenti di questa Autorità, di cui alle delibere summenzionate, e quanto rilevato con gli atti che hanno dato avvio al presente procedimento sanzionatorio.

RITENUTO, in conclusione di quanto emerso in sede di istruttoria, che le modalità adottate dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. per informare gli utenti del proprio diritto di recesso, conseguente alla modifica delle condizioni contrattuali inerenti ai piani tariffari denominati "*Sempre Light*" e "*Sempre Light Wind*", non possono ritenersi conformi a quanto prescritto dall'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

RITENUTO, pertanto, che ricorrono i presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259;

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

a. con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che la società non ha adeguatamente soddisfatto l'obbligo informativo che la normativa vigente impone in capo agli operatori telefonici nelle ipotesi di variazione delle condizioni contrattuali. In particolare è stato accertato che la Wind Telecomunicazioni S.p.A., pur avendo adottato diversi canali informativi (sms, messaggi preregistrati, testate giornalistiche) per comunicare ai clienti interessati (pari a 1.626.441) l'applicazione del nuovo piano tariffario "*Wind Senza Scatto New*" in sostituzione di quelli denominati "*Sempre Light*", non ha indicato espressamente la possibilità di recedere dal contratto senza penali contestualmente alla comunicazione di tali modifiche, come disposto dalla normativa di settore; va rimarcato, inoltre, che la necessaria contestualità delle informazioni inerenti alle modifiche contrattuali ed al diritto di recesso è stata espressamente fatta presente alla WIND nel corso di un incontro tenutosi il 27 marzo 2007;

b. con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che la società Wind Telecomunicazioni S.p.A., in relazione alle esigenze manifestate dall'Autorità, si è sempre attivata a fornire tutte le informazioni richieste dagli uffici competenti;

c. con riferimento alla personalità dell'agente, la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire quanto stabilito dall'articolo 70 comma 4 del decreto legislativo n. 259/2003, pertanto assicurando agli utenti una adeguata informativa relativa al diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali;

d. con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, si evidenzia che la situazione patrimoniale della società Wind Telecomunicazioni S.p.A è tale da garantire

la sostenibilità di sanzioni di importi anche rilevanti, quali quelli previsti dalla norma sanzionatoria applicabile al caso di specie;

RITENUTO di dover determinare la sanzione pecuniaria per il fatto contestato, in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, nella misura pari a due volte il minimo edittale, equivalente ad euro 58.000,00 (cinquantottomila/00), per un totale di euro 116.000,00 (centosedicimila,00);

VISTA la relazione del responsabile del procedimento, dott. Enrico Maria Cotugno, e le risultanze istruttorie;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

SENTITA 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, alla via G.C. Viola n. 48, il pagamento di euro 116.000,00 (centosedicimila/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 16 del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259;

DIFFIDA

la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. dal porre in essere ulteriori comportamenti in violazione degli obblighi imposti ai sensi dell'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259;

INGIUNGE

alla citata società di versare la somma così determinata, per un totale di euro 116.000,00 (centosedicimila/00), alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma, tramite versamento sul conto corrente postale n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "*Sanzione amministrativa articolo 98, comma 16, d. l.vo 259/2003, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n. 571/07/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. N. 571/07/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 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.

Ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259 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 per la regione Lazio.

Roma, 13 novembre 2007

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

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