

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 aprile 2016;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III e la Parte III, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS/10422 del 22 aprile 2016, volto a verificare l’esistenza di violazioni degli articoli 20,24,25 c.1 lettera a), 26 c.1 lettera f) e 65 del Codice del Consumo, da parte di WIND Telecomunicazioni S.p.A.;

VISTA la memoria pervenuta da WIND Telecomunicazioni S.p.A. e protocollata in data 28 aprile 2016 e quanto rappresentato dalla medesima nel corso dell’audizione svoltasi in data 27 aprile 2016

CONSIDERATO quanto segue:

## **I. FATTO**

**1.** In base alle informazioni acquisite ai fini dell’applicazione del Codice del Consumo e alle segnalazioni ad oggi pervenute da consumatori nonché dall’Associazione per i Diritti degli Utenti e Consumatori (ADUC), il Professionista attiverà per i propri clienti, che dispongono delle offerte All Inclusive Fresh, All Inclusive Limited Edition, All Inclusive Special, All Inclusive Unlimited, All Inclusive Young Edition e che hanno ricevuto apposito SMS informativo, a partire dal primo rinnovo dell’offerta successivo al 29 aprile 2016, l’opzione aggiuntiva a pagamento denominata “ALL INCLUSIVE MAXI”, senza richiedere preventivamente al cliente il consenso, salvo la facoltà di quest’ultimo di rinunciare con un comportamento attivo. Il messaggio inviato ai clienti “*All Inclusive*”

recita come segue: “Dal primo rinnovo successivo al 29/04 la sua All Inclusive diventa MAXI: avrà 1 Giga extra alla velocità del 4G (ove disponibile) a solo 1,5 euro in più ogni 4 sett. (50%). Può rinunciare al Giga extra inviando MAXI NO al 4033 entro 30 gg. Può esercitare il diritto di recesso o cambiare operatore senza penali entro 30gg”.

2. L’opzione prevede la possibilità di fruire di 1 Gigabyte, in aggiunta a quanto già disponibile nel piano tariffario di ciascun cliente, per la navigazione alla velocità del 4G (ove disponibile) per il costo di 1,5 euro in più ogni 4 settimane.

3. Ai consumatori è consentito entro 30 giorni dal ricevimento dell’SMS di rinunciare all’opzione, mantenendo le vigenti condizioni di profilo tariffario o di recedere dal contratto e/o di cambiare operatore senza penali.

4. In sintesi, il Professionista con l’opzione “ALL INCLUSIVE MAXI” porrebbe in essere le seguenti condotte:

- a. l’attivazione automatica di “ALL INCLUSIVE MAXI” senza il consenso preventivo (*opt-in*) dell’utente, obbligato, quindi, ad attivarsi per rifiutare espressamente la predetta opzione, qualora non desiderata (*opt-out*);
- b. l’addebito del costo dell’opzione non richiesta a partire dal primo rinnovo successivo al 29 aprile 2016.

5. Sulla base delle informazioni acquisite in atti, in data 22 aprile 2016, è stato avviato il procedimento istruttorio PS/10422, ai sensi dell’art. 27, comma 3, come anche richiamato dall’art. 66, comma 3 del Codice del Consumo, nonché ai sensi dell’art. 6 del Regolamento, al fine di verificare l’esistenza di condotte in violazione degli articoli 20, 24, 25 c.1 lettera a), 26 c.1 lettera f) e 65 del Codice del Consumo del Codice del Consumo.

6. Ai sensi dell’art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 21 del 2014, le condotte poste in essere dal Professionista nei confronti dei clienti contrattualizzati dopo il 13 giugno 2014 sono suscettibili di integrare una violazione dell’art. 65 CdC, in quanto il professionista, comunicando ai propri clienti la decisione di attivare “automaticamente” sulle sim Wind interessate l’opzione “ALL INCLUSIVE MAXI”, a partire dal primo rinnovo successivo al 29 aprile 2016, senza preventivamente richiederne il consenso, ma obbligando i propri clienti ad attivarsi per rifiutare l’opzione aggiuntiva, al fine di mantenere invariato il proprio piano tariffario, avrebbe fatto ricorso ai meccanismi dell’opt-out e del silenzio-assenso. La norma richiamata vieta al professionista di vincolare il consumatore ad un’offerta che comporti un pagamento supplementare rispetto alla remunerazione concordata nel contratto principale, senza che ne sia stato richiesto “preventivamente” il consenso espresso (*opt-in*). L’adesione del consumatore deve essere esplicita e deve comportare una partecipazione attiva.

7. Quanto ai clienti contrattualizzati prima del 13 giugno 2014 le condotte sono, invece, suscettibili di integrare una violazione degli artt. 20, 24, 25, comma 1, lettera a) e 26, comma 1, lett. f), CdC, nella misura in cui le modalità di attivazione della nuova opzione e le caratteristiche dell’operazione effettuata ingenererebbero un indebito condizionamento a danno del consumatore, idoneo ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

8. Parti del procedimento sono: WIND Telecomunicazioni S.p.A., in qualità di professionista, e ADUC - Associazione per i diritti degli utenti e consumatori.

9. Contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento, le Parti sono state invitate, ai sensi dell'art. 8, comma 2, del Regolamento, a presentare memorie scritte e documenti entro 5 giorni dal suo ricevimento, al fine della valutazione dei presupposti per la sospensione provvisoria della condotta, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo.

## II. MEMORIA E AUDIZIONE DEL PROFESSIONISTA

10. Il Professionista sia nell'audizione svoltasi in data 27 aprile 2016, sia nella memoria difensiva protocollata in data 28 aprile 2016 ha evidenziato che la manovra riguarderebbe solo 1 milione e mezzo di clienti Wind, e che *“di questi clienti il 70% circa è stato acquisito prima del 13 giugno 2014 data di entrata in vigore dell'art. 65 CdC.”* Attualmente circa 300.000 clienti avrebbero già rinunciato all'offerta.

11. Le argomentazioni del professionista si basano sostanzialmente sul fatto che *“la rimodulazione di Wind è seguita alle rimodulazioni di altri competitors, ma che si differenzia per la diversa natura. Wind ritiene, infatti, di non aver aggiunto differenti ed ulteriori servizi rispetto a quelli oggetto del contratto, ma di aver effettuato una rimodulazione, aumentando il prezzo, ma consentendo al consumatore che già aveva sottoscritto l'offerta “ALL INCLUSIVE” di potenziarla con un ulteriore giga, mantenendo dunque le stesse componenti, e quindi, non modificando il rapporto contrattuale con esso stabilito. Peraltro, ad ulteriore beneficio al consumatore è stato concesso anche il recesso dall'offerta al fine di limitare la perdita di clienti, offrendo così al contempo un'ulteriore modalità di recesso in aggiunta al recesso dal contratto o al passaggio ad altro operatore”.*

12. Inoltre, la Società sarebbe intervenuta modificando *“una componente che è la più richiesta dai clienti, cioè la navigazione dati. I clienti interessati dalla manovra dispongono tutti della navigazione dati con 2 giga. Peraltro, l'aumento di 1 giga, previsto nella presente offerta al costo di 1 euro e 50, è spesso richiesto dalla clientela che sostiene il costo di 3 euro”.*

13. Infine, nella memoria il professionista si esprime in merito alla previsione normativa sancita dalla seconda parte dell'art. 65 come segue:

*“In ogni caso questa Autorità, deputata al rispetto delle norme del Codice del Consumo, non può tener conto di un'espressa previsione legislativa sancita nella seconda parte dell'art.65 del medesimo Codice che sancisce, in tema di Pagamenti supplementari, che “Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha dedotto utilizzando opzioni prestabilite il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento”.*

*Ebbene, in considerazione della esplicita previsione di rango primaria come richiamata, la Scrivente si rende disponibile, laddove questa Autorità ritenga di non sospendere la pratica ma di valutarne gli effetti nel giudizio di merito, a predisporre una procedura di rimborso dell'addebito di € 1,50 eventualmente ricevuto ma non voluto a favore del consumatore che contatterà l'assistenza clienti WIND per segnalarlo.”*

## III. VALUTAZIONI

14. In merito alle motivazioni esposte dal professionista e riportate sinteticamente al punto II del presente provvedimento, si rileva quanto segue:

- ✓ MAXI si aggiunge a tutte le offerte ALL INCLUSIVE sopra indicate e si presenta come una nuova opzione, che consente al consumatore di integrare la propria offerta attualmente sottoscritta con 1 ulteriore gigabyte per la navigazione Internet al costo di 1 euro e 50 ogni 4 settimane. Wind, pertanto, non ha mantenuto inalterata, diversamente da quanto sostiene, l'offerta originariamente sottoscritta, limitandosi a potenziarla con 1 gigabyte, ma ha introdotto una nuova offerta rispetto a quella scelta ed utilizzata attualmente dai clienti senza richiedere preventivamente il loro consenso e obbligandoli ad attivarsi per rinunciare ad essa (*opt-out*). Il fatto che si tratti di una nuova offerta aggiuntiva è confermato, tra l'altro, proprio dalla circostanza che Wind, con l'offerta MAXI trasforma un'opzione che era in *opt in* in un servizio aggiuntivo a cui il consumatore deve, se non lo desidera, rinunciare con l'*opt out*. Infatti, già attualmente è prevista la possibilità per i clienti Wind di integrare la propria offerta per utilizzare 1 gigabyte in più, scegliendo in modalità *opt-in* di attivare l'opzione *+1 Giga* al costo di 3 euro mensili, come illustrato nella specifica pagina web dell'operatore e dichiarato dal professionista nella sua memoria. La nuova offerta MAXI, viceversa, esclude tale opzione e comporta, a fronte del gigabyte in più un aumento di prezzo che il consumatore può evitare solo attivandosi.
- ✓ In merito alla possibilità di recesso dall'opzione, mantenendo le condizioni contrattuali precedenti, si ritiene, come sostenuto nel precedente provvedimento dell'Autorità *Vodafone Exclusive*<sup>1</sup>, che questa confermi la natura di opzione aggiuntiva di MAXI. Infatti, il rifiuto, da parte dei clienti, della modifica contrattuale, unilateralmente imposta, prevede in caso di rimodulazione come conseguenza solo l'inevitabile scioglimento del complessivo rapporto contrattuale, non anche la possibilità di rinunciare alla sola offerta aggiuntiva, mantenendo, comunque, il proprio precedente piano tariffario.

**15.** In conclusione, sulla base delle valutazioni effettuate in merito al *sub procedimento* per l'adozione della misura cautelare, ed, in particolare, a seguito della valutazione della memoria difensiva del professionista nonché delle dichiarazioni rilasciate in sede di audizione, si ritiene che sussistano fondati motivi di particolare urgenza per adottare la misura cautelare.

**16** Sotto il profilo del *fumus boni iuris*, gli elementi sopra descritti inducono a ritenere sussistenti *prima facie* le condotte in violazione dei seguenti articoli del Codice del Consumo

- i) art. 65, per i clienti contrattualizzati dopo il 13 giugno 2014, in quanto Wind Telecomunicazioni S.p.A. vincolerebbe il consumatore ad un'opzione che comporta un pagamento supplementare rispetto alla remunerazione concordata nel contratto principale, senza che ne sia stato richiesto "preventivamente" il consenso espresso (*opt-in*);
- ii) artt. 20, 24, 25 comma 1 lettera a) e 26 comma 1 lett. f), per i clienti contrattualizzati prima del 13 giugno 2014, nella misura in cui le modalità di attivazione della nuova opzione e le caratteristiche dell'operazione effettuata integrerebbero la fornitura di un servizio che il consumatore non ha richiesto, con prelievo unilaterale delle somme dal credito telefonico del consumatore,

---

<sup>1</sup> Cfr, provvedimento PS10186 – *Vodafone/Servizio Exclusive* del 9 marzo 2016.

idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta e di comportamento del consumatore.

17 Sotto il profilo del *periculum in mora*, devono considerarsi l'elevato grado di offensività della condotta in ragione del numero di utenti coinvolti (oltre un milione) ai quali saranno addebitate somme per un'opzione supplementare attivata senza il loro preventivo ed espresso consenso. Al riguardo, si rileva l'inidoneità a incidere su tale profilo della generica e vaga indicazione relativa alla disponibilità della Società a predisporre procedure di rimborso, alla luce dell'art. 65 del CdC, "*laddove questa Autorità ritenga di non sospendere la pratica ma di valutarne gli effetti nel giudizio di merito*", specie in considerazione del carattere eventuale di tale ipotetica misura, rimessa all'attivazione del singolo consumatore che abbia acquisito consapevolezza dell'attivazione avvenuta in mancanza di un suo esplicito consenso, nonché del suo carattere parziale, in quanto riferibile ai soli clienti contrattualizzati dopo il 14 giugno 2014, che rappresentano una parte minoritaria dei consumatori coinvolti.

RITENUTO, pertanto, che dall'esame degli atti del procedimento emergono elementi tali da avvalorare la necessità di provvedere, con particolare urgenza, al fine di impedire gli effetti pregiudizievoli a danno dei clienti Wind della condotta sopra descritta, consistente nell'addebito automatico ogni 4 settimane di 1,50 euro, nelle more del procedimento di merito;

## **DISPONE**

ai sensi dell'art. 27, comma 3, CdC e dell'art. 8, comma 1, del Regolamento, che la società WIND Telecomunicazioni S.p.a.:

a) sospenda provvisoriamente l'attivazione del servizio opzionale "ALL INCLUSIVE MAXI" e il relativo addebito a tutti i clienti destinatari dell'opzione che non hanno manifestato un consenso espresso all'attivazione;

b) comunichi all'Autorità l'avvenuta esecuzione del presente provvedimento di sospensione e le relative modalità entro 7 giorni dal ricevimento del presente provvedimento, inviando una relazione dettagliata nella quale vengano illustrate le misure adottate.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, CdC, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento verrà comunicato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

Si ricorda che, ai sensi dell'art. 8, comma 4, del Regolamento, la presente decisione di sospensione deve essere immediatamente eseguita a cura del Professionista e che il ricorso avverso il provvedimento di sospensione dell'Autorità non sospende l'esecuzione dello stesso.

IL VICESEGRETARIO GENERALE

*Annalisa Rocchietti*

IL PRESIDENTE

*Giovanni Pitruzzella*