

DELIBERA N.127/07/CONS

Ordinanza ingiunzione alla società wind telecomunicazioni s.p.a. per l'attivazione della prestazione non richiesta di unbundling in violazione degli obblighi imposti ai sensi dell'articolo 4 commi 2, 6 e 7 della delibera 13/00/cir del 6 dicembre 2000 sulla utenza telefonica 07xxxx (tttt) di cui alla contestazione 36/06.

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 22 marzo 2007;

VISTO l'articolo 1, comma 6, lettera c), n.14, della legge 31 luglio 1997, n. 249;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n.689;

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 recante "*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*" pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 31 marzo 2006, n. 36;

VISTA la delibera n. 506/05/CONS del 21 dicembre 2005, recante "Modifiche ed integrazioni al regolamento di organizzazione e funzionamento", nonché la delibera n. 40/06/CONS recante "Integrazioni della delibera 506/05/CONS recante modifiche ed integrazioni al regolamento di organizzazione e funzionamento" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 31 gennaio 2006, n. 25;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 13/00/CIR del 6 dicembre 2000, recante "Valutazione dell'offerta di riferimento di Telecom Italia S.p.A. avente ad oggetto gli aspetti tecnici e procedurali dei servizi di accesso disaggregato a livello di rete locale e procedure per le attività di predisposizione ed attribuzione degli spazi di co-locazione" pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 30 dicembre 2000, n. 303;

VISTO il verbale di accertamento n. 36/06/DIT del Direttore della Direzione tutela dei consumatori del 27 ottobre 2006, notificato alla predetta società in data 3 novembre 2006 con il quale è stata accertata a carico della società Wind Telecomunicazioni S.p.A., con sede legale in via C.G.Viola, 48 - 00148 Roma, l'inosservanza degli obblighi imposti ai sensi dell'articolo 4, commi 2, 6 e 7 della delibera dell'Autorità n. 13/00/CIR, per aver attivato un servizio di accesso disaggregato di *unbundling* non richiesto, in assenza di una manifestazione di volontà inequivoca, sulla numerazione 07XXXXX intestata all'utente TTTT;

VISTO l'atto di contestazione della Direzione tutela dei Consumatori n. 36/06/DIT notificato il 3 novembre 2006, con il quale è stata contestata alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A., la violazione accertata con il verbale n. 36/06/DIT e si individua nel funzionario Avv. Stefania Perlingieri, il responsabile del procedimento;

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la società interessata in data 12 dicembre 2006;

VISTA la memoria difensiva pervenuta in data 1 dicembre 2006, con la quale la società convenuta, dopo aver rappresentato brevemente i fatti, ha esposto le eccezioni in diritto respingendo gli addebiti concernenti l'attivazione non richiesta di *unbundling* sull'utenza 07XXXXX intestata all'utente TTTT in assenza di una manifestazione di volontà inequivoca dell'utente, esponendo quanto segue:

CONTRODEDUZIONI

Fatto

1. in data 9 gennaio 1999 il sig. TTTT ha attivato un contratto pronto base di carrier selection come attestato da copia di contratto in atti;
2. in data 14 dicembre 2002, per dichiarazione di parte resistente, il sig. TTTT contattava il servizio clienti di Wind per l'attivazione dell'opzione Canone Zero Voce 20 in modalità ULL con l'operatore Wind quale operatore unico;
3. in data 15 aprile 2003 il contratto è stato sospeso per morosità per il mancato pagamento della fattura del 20/02/03;

4. in data 28 aprile 2003 il cliente chiedeva la disattivazione dell'opzione Canone Zero Voce 20;
5. in data 4 maggio 2004 l'utente inviava comunicazione di pagamento della prima fattura emessa di fine gennaio 2003;
6. in data 17 maggio 2004 il contratto veniva disattivato;
7. la richiesta di disdetta è stata lavorata con ritardo a causa delle morosità esistenti;
8. successivamente sono state stornate tutte le fatture emesse dopo la richiesta di disattivazione del 28 aprile 2003.

DIRITTO

- a) *erronea interpretazione circa la norma sostanziale invocata dall'Autorità*: con tale motivo parte resistente respinge gli addebiti contestati concernenti l'attivazione di un servizio non richiesto di unbundling, senza avere acquisito una manifestazione di volontà inequivoca da parte della titolare dell'utenza telefonica, in quanto la fattispecie rilevata è stata ricondotta ad una erronea interpretazione delle previsioni normative che si presumono violate. In via preliminare parte resistente eccepisce che i fatti contestati evidenziano: che l'attivazione del servizio di ULL, per affermazione di parte, è stata richiesta dal cliente che ha contattato il servizio assistenza clienti Wind; l'utente non ha mai lamentato l'attivazione non richiesta di un servizio; che il pagamento della prima fattura emessa dimostrerebbe la volontà di accettare l'erogazione del servizio di ULL. Inoltre la normativa in contestazione fa riferimento ad obblighi di invio di ordini di lavorazione, ad obblighi di conservazione dell'ordine di lavorazione unitamente alle copie dei contratti con i clienti, obblighi che nel caso di specie non rilevano in quanto è stata contestata l'attivazione non richiesta di ULL, attivata, a dire dell'Autorità, senza l'acquisizione di una manifestazione di volontà certa ed univoca del titolare della linea. Per parte resistente i fatti rilevati evidenziano che l'utente non ha disconosciuto l'attivazione del servizio di ULL, ma ha comunicato la volontà di recedere da un contratto valido ed attivo. Per quanto affermato parte resistente ritiene improprio ed inconferente il richiamo agli obblighi di conservazione ed invio collegati alla procedura di *provisioning* di cui alla normativa in contestazione.

- b) *Inapplicabilità della norma sanzionatoria invocata dall'Autorità*: con tale motivo parte resistente eccepisce l'applicazione del regime sanzionatorio di cui all'articolo 98, comma 13 del decreto legislativo n. 259/03 alla fattispecie rilevata in quanto, pur se si volesse configurare il caso in contestazione come attivazione di servizio non richiesto, l'applicazione di tale regime sanzionatorio è incoerente ed inconferente in quanto con la violazione degli obblighi contestati non si ha violazione delle norme del Capo III del titolo II , né dell'articolo 80 del codice delle comunicazioni elettroniche il cui il presidio sanzionatorio è per l'appunto previsto dal citato articolo 98, comma 13;
- c) *Incoerenza tra le norme richiamate nella relazione sugli esiti dell'attività ispettiva e le norme richiamate nell'atto di contestazione e nel verbale di accertamento*: con tale motivo parte resistente respinge la validità del verbale di accertamento e dell'atto di contestazione *de quo* nel merito in quanto affetti da vizi di natura formale e sostanziale. La normativa che si presume violata non coincide con quella rilevata dalla relazione del servizio ispettivo prot. ISP/397/06 del 22 settembre 2006: in tale relazione infatti sono stati evidenziati dei fatti che avrebbe potuto configurare la violazione del disposto dei soli commi 6 e 7 dell'articolo 4 della delibera 13/00/CIR, limitatamente ai fatti in causa. Pertanto la società resistente evidenzia un contrasto tra quanto contestato con gli atti di avvio del procedimento e quanto è stato rilevato dagli ispettori con la relazione sopra indicata eccependo l'illegittimità dell'atto di avvio del procedimento *de quo* in quanto la violazione contestata non si è realizzata;
- d) *violazione dei principi costituzionali in tema di ragionevolezza e proporzionalità della sanzione ex art. 3, comma 1, della Costituzione*: l'eventuale applicazione del profilo sanzionatorio sopra riportato, anche con l'applicazione del minimo edittale, non è conforme al dettato dei principi di cui all'articolo 3 della Costituzione in relazione alla fattispecie concreta realizzata;

VISTO che dall'attività istruttoria, e dalla documentazione acquisita, risulta accertata l'inottemperanza della società Wind Telecomunicazioni S.p.A agli obblighi imposti ai sensi dell'articolo 4, commi 2, 6 e 7 della delibera n. 13/00/CIR, per aver attivato un servizio di accesso disaggregato di *unbundling*

non richiesto sulla numerazione 07XXXX intestata all'utente TTTT, in assenza di una manifestazione di volontà inequivoca del titolare della linea;

RITENUTO che le argomentazioni addotte dalla società resistente nelle memorie difensive e nel corso dell'audizione non sono idonee a superare i rilievi posti alla base della contestazione con cui è stato dato avvio al procedimento, per le seguenti motivazioni:

- a) sulla eccezione sollevata da parte resistente riguardo alla presunta *erronea interpretazione circa la norma sostanziale invocata dall'Autorità*: si evidenzia la legittimità degli atti di avvio del procedimento sanzionatorio in quanto, in via preliminare, contrariamente a quanto evidenziato da parte resistente, non è stata contestata l'idoneità a concludere il contratto da parte della persona che ha posto in essere il contatto telefonico con il call center, ma il fatto che parte resistente non ha fornito alcuna idonea prova tesa a dimostrare la volontà certa e univoca del cliente a ricevere l'erogazione dei servizi di comunicazione elettronica in modalità ULL; infatti, l'unico elemento addotto da WIND, ossia il pagamento da parte dell'utente della prima fattura emessa, non è sufficiente a determinare un comportamento concludente dal quale si possa evincere la volontà dello stesso ad accettare la nuova prestazione emessa sia perché è stata pagata una sola bolletta a fronte di altre bollette emesse e non pagate, sia perché tale pagamento non è espressione di una libera scelta di agire ma conseguenza di una scelta "necessitata" dall'esigenza di far riattivare la linea nel frattempo distaccata da Wind a fronte del mancato pagamento, come si evince dal tenore testuale del reclamo in atti del 31 gennaio 2006 e da altri documenti in atti; infine anche il tenore letterale del reclamo fax fatto dall'utente sin dal 28 aprile 2003 evidenzia la chiara volontà dello stesso non già di attivare l'opzione Canone Zero con conseguente passaggio in ULL ma di voler conservare le altre prestazioni ed in particolare quelle collegate al contratto regolarmente firmato in data 9 gennaio 1999 in atti. Per quanto concerne più specificatamente la parte di diritto concernente l'erronea interpretazione degli addebiti si evidenzia che se parte resistente avesse adempiuto agli obblighi oggetto di contestazione e che si presumono violati, avrebbe conservato e potuto produrre gli atti attestanti la sussistenza della manifestazione di volontà inequivoca del titolare della linea a voler passare in ULL con altro operatore. Infatti, i documenti previsti dalla normativa in contestazione (l'ordine di lavorazione di *provisioning* inviato all'operatore di accesso ai sensi dell'art.4, comma 1, gli estremi di tale ordine, l'originale del

contratto sottoscritto con il cliente titolare della linea con cui si realizza il passaggio in ULL e la manifestazione di volontà inequivoca esplicitamente richieste dal comma 7 del medesimo articolo della delibera 13/00/CIR e, infine, la prova dell'invio di documenti all'operatore di accesso attestanti la dichiarazione di volontà del cliente di recedere dal contratto di abbonamento con Telecom Italia previsti dal disposto dell'articolo 4 comma 6 della delibera 13/00/CIR) proverebbero la chiara volontà dell'utente titolare della linea di passare in modalità di accesso disaggregato ULL con altro operatore come fornitore unico di servizi di comunicazioni elettroniche. La mancata produzione di tali documenti o di altra prova idonea attestante la volontà di attivazione del titolare della linea alla realizzazione dell'accesso disaggregato ULL, avrebbe legittimato l'erogazione del servizio, sanando gli addebiti contestati: infine, diversamente da quanto sostenuto da parte resistente, anche il tenore letterale dei reclami evidenzia una chiara volontà dell'utente titolare della linea di non passare in modalità ULL con la società convenuta ma si evince al contrario, la inequivoca volontà della cliente di ricevere le prestazioni di comunicazione elettronica unicamente dall'operatore di accesso, ossia da Telecom Italia.

- b) sulla eccezione sollevata da parte resistente sulla presunta *inapplicabilità della norma sanzionatoria invocata dall'Autorità*: si evidenzia che l'attivazione del servizio di comunicazione elettronica di *unbundling*, poiché si realizza in modalità di accesso disaggregato sulla rete Telecom, è configurabile come una tipica ipotesi di accesso e interconnessione già disciplinata alla data di entrata in vigore del codice delle comunicazioni elettroniche, proprio dalla delibera 13/00/CIR; il motivo per cui la violazione delle disposizioni di tale delibera è sanzionabile ai sensi dell'art.98, comma 13 (violazione delle disposizioni di cui al capo III), del codice risiede nella disposizione dell'art.44 (che fa parte del capo III) del medesimo codice, che lascia in vigore le deliberazioni adottate dall'Autorità che stabiliscono gli obblighi in materia di accesso e di interconnessione fino all'adozione dei cosiddetti "remedies";
- c) sulla eccezione sollevata da parte resistente riguardo alla presunta *Incoerenza tra le norme richiamate nella relazione sugli esiti dell'attività ispettiva e le norme richiamate nell'atto di contestazione e nel verbale di accertamento* si evidenzia che: 1) per l'attivazione del servizio di accesso disaggregato in modalità ULL , come il caso di specie, si applicava all'epoca in cui si sono verificati i fatti, la normativa prevista dalla delibera 13/CIR/00;2)

che l'accertamento svolto, qualificato dal responsabile del procedimento ai sensi dell'art. 5, comma 2, del regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera 136/06/CONS, come testualmente recita il disposto, "*effettuate le necessarie verifiche e gli accertamenti che il caso richiede e qualificata la fattispecie nei suoi pertinenti termini giuridici, formula al direttore...omissis...*" e contestato a Wind Telecomunicazioni SpA, è coerente con il quadro normativo applicabile. E' opportuno evidenziare che la fase del procedimento, che culmina nella relazione del servizio ispettivo, attiene il momento della segnalazione di fatti qualificati (cd. fase di impulso al procedimento) che possono dare avvio al procedimento sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 4 della delibera 136/06/CONS, mentre la fase dell'accertamento della violazione e, quindi, dell'eventuale avvio del procedimento sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 5 della medesima delibera, spetta alla direzione dell'Autorità competente per materia che, nei casi di specie, è la Direzione tutela dei consumatori.

- d) sulla eccezione sollevata da parte resistente riguardo alla presunta *violazione dei principi costituzionali in tema di ragionevolezza e proporzionalità della sanzione ex art. 3, comma 1, della Costituzione* si evidenzia che la sanzione è ragionevole e proporzionata in quanto determinata in applicazione dei principi di cui all'articolo 11 della legge 689/1981 i cui criteri applicativi al caso di specie sono specificati nella parte motiva in prosieguo rilevata;

CONSIDERATO che risulta inutilmente trascorso il prescritto termine di sessanta giorni per il pagamento in misura ridotta con effetto liberatorio, previsto a pena di decadenza

RITENUTA la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 13, del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259 recante "Codice delle comunicazioni elettroniche" da determinarsi tra un minimo di € 17.000,00 ed un massimo di € 250.000,00;

RITENUTO di dover determinare la sanzione pecuniaria per la violazione contestata nella misura del minimo edittale, pari a € 17.000,00 in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge n. 689/81:

- la gravità della violazione: a tale riguardo, va rilevato che il comportamento della società ha leso i diritti dell'utente specificato in epigrafe attivando nei suoi confronti il servizio di ULL, attivazione avvenuta senza l'acquisizione di una volontà inequivoca da parte del titolare della linea; rileva, altresì, la scarsa attenzione della società in quanto la stessa non ha posto in essere tutte le modalità tecniche e specifiche della formazione a distanza del contratto tali da far presumere di aver raccolto la volontà inequivoca dell'utente a richiedere la prestazione di ULL; va altresì rilevato che non vi sono in capo alla Wind Telecomunicazioni S.p.A. precedenti casi di violazione della stessa fattispecie fatti oggetto di sanzione;
- l'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione: anche con riferimento alle argomentazioni addotte in atti, si deve dare atto che l'operatore ha posto in essere tutta l'attività necessaria per eliminare la situazione di illegittimità, provvedendo a ripristinare le condizioni contrattuali preesistenti all'attivazione del servizio non richiesto, facendosi carico degli oneri derivanti dall'attivazione e/o disattivazione della prestazione non richiesta;
- la personalità dell'agente: la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire il rispetto di quanto stabilito dalla delibera 13/00/CIR in materia di ULL e di quanto previsto dalle disposizioni in materia di contratti a distanza, con riferimento alla corretta gestione degli ordinativi;
- le condizioni economiche dell'agente: in ordine alle condizioni economiche della società in questione, si evidenzia che la situazione patrimoniale sia tale da poter affrontare la sostenibilità della sanzione che si va ad irrogare per la violazione;

VISTA la relazione del responsabile del procedimento e le risultanze istruttorie;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

SENTITA la relazione del Commissario Gianluigi Magri, 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, 48- 00148 Roma di pagare la sanzione amministrativa di € 17.000,00 per

la violazione perpetrata sull'utenza 07XXXX intestata a TTTT all'epoca in cui si sono verificati i fatti, sanzione comminata ai sensi dell'articolo 98, comma 13, del decreto legislativo 1° agosto 2003

DIFFIDA

la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione degli obblighi imposti ai sensi dell'articolo 4, commi 2, 6 e 7 della delibera dell'Autorità n. 13/00/CIR

INGIUNGE

alla citata società di versare la somma di € 17.000,00 (€ diciassettemila/00) alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma sul c/c n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa ai sensi, dell'articolo 98, comma 13, del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259 irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni", 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 127/07/CONS".

Ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 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 21, 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.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Napoli, 22 marzo 2007

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Gianluigi Magri

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