

DELIBERA N. 127/10/CONS

Ordinanza - ingiunzione nei confronti della società Wind Telecomunicazioni S.p.A. per l'inosservanza alla delibera n. 4/06/CONS con riferimento agli obblighi imposti dall'articolo 17, comma 6, come modificato dalla delibera n. 274/07/CONS, in violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 259/2003

L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 16 aprile 2010;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante "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*", e successive modifiche ed integrazioni;

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. 4/06/CONS del 12 gennaio 2006 recante "Mercato dell'accesso disaggregato all'ingrosso (ivi compreso l'accesso condiviso) alle reti e sottoreti metalliche, ai fini della fornitura di servizi a banda larga e vocali (mercato n. 11 fra quelli identificati dalla raccomandazione della commissione europea n. 2003/311/CE): identificazione ed analisi del mercato, valutazione di sussistenza di imprese con significativo potere di mercato ed individuazione degli obblighi regolamentari", ed in particolare l'articolo 17 comma 6, come modificato dalla delibera n. 274/07/CONS recante "Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso";

VISTO l'atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 62/09/DIT del 30 novembre 2009 ed il relativo verbale di accertamento n. 62/09 di pari data, notificati in data 1 dicembre 2009, con il quale veniva contestata alla società Wind

Telecomunicazioni S.p.A. con sede legale in Roma, Via C. G. Viola n. 48, l'inosservanza alla delibera n. 4/06/CONS con riferimento agli obblighi imposti dall'articolo 17, comma 6, come modificato dalla delibera n. 274/07/CONS, in violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 259/2003, per aver attivato sull'utenza n. yyyy intestata alla sig.ra YYY il servizio telefonico in ULL senza la previa acquisizione della volontà contrattuale da parte dell'intestatario della linea;

VISTA la memoria difensiva prodotta dalla società interessata in data 30 dicembre 2009 (prot. n. 95033);

UDITA la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. nell'audizione del 4 febbraio 2010;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A. (di seguito, Wind) con nota del 30 dicembre 2009 (prot. n. 95033) ha prodotto memoria difensiva in merito ai fatti oggetto di contestazione, allegando copia del *cd rom* contenente la registrazione del *verbal ordering* rilasciato dal sig. XXX. Le eccezioni sollevate dalla società sono state ulteriormente specificate nel corso dell'audizione del 4 febbraio 2010.

Preliminarmente Wind dichiara che, al fine di promuovere la diffusione commerciale dei servizi di telefonia, conclude contratti a distanza nel pieno rispetto della propria clientela, acquisendo, anche attraverso la registrazione vocale, il consenso libero ed informato dell'utente, conformemente alla disciplina regolamentare vigente.

La doglianza è stata evidenziata, in data 13 novembre 2008, dalla sig.ra YYY, titolare dell'utenza in oggetto, la quale, nel disconoscere il servizio attivato, ha richiesto la risoluzione del contratto ed il rientro della linea in Telecom Italia S.p.A., avvenuto, in base alla notifica dell'*incumbent*, in data 31 dicembre 2008. In merito Wind, pur riconoscendo la legittima acquisizione del consenso da parte del responsabile della linea, ha, alla luce del disconoscimento pervenuto, provveduto allo storno delle due uniche fatture emesse (n. 9311410645 e n. 9313917024) disponendo la disattivazione del servizio ed il rientro della linea.

Premesse le vicende di fatto la Wind Telecomunicazioni S.p.A. ha sottoposto al vaglio dell'Autorità le seguenti eccezioni di diritto:

a) applicazione degli articoli 1392 e 1398 cc in tema di rappresentanza senza poteri: il codice civile stabilisce che la rappresentanza può essere conferita dallo stesso interessato (articolo 1387 c.c.) nella medesima forma prescritta per il contratto che il rappresentante va a concludere (articolo 1392 c.c.). A tal proposito, dalla possibilità legislativamente prevista di sottoscrivere contratti a distanza mediante comunicazione telefonica (modalità orale con successivo invio della conferma scritta delle informazioni fornite al momento della esecuzione del contratto) ne discende che anche la procura, in queste specifiche ipotesi, non può

che rivestire la forma orale, conformemente alla previsione civilistica. Altresì, in applicazione dell'articolo 1393 c.c., Wind, nel momento in cui stipula un contatto telefonico presso l'abitazione del titolare della linea, ha la facoltà - ma non l'obbligo - di richiedere la procura: l'operatore agisce in buona fede in ragione dell'apparenza di rappresentanza desunta dalle circostanze che il soggetto è maggiorenne, è legittimato a rispondere presso l'abitazione del titolare della linea, nonché convive nel nucleo familiare dell'interessato. In merito si evidenzia che la buona fede di Wind, come si evince dalla registrazione depositata in atti, è ulteriormente confermata dal fatto che il sig. XXX non ha mai eccepito la mancanza di una propria legittimazione ad attivare il servizio telefonico. In ultimo, in forza dell'articolo 1398 c.c. nei confronti del *falsus procurator* il terzo contraente (in specie Wind) potrà richiedere il risarcimento del danno derivante dalla stipula di un contratto con un soggetto non legittimato dal titolare a porre in essere quella specifica attività negoziale.

b) applicazione, in via analogia, degli effetti del consenso rilasciato dal coniuge convivente del titolare della linea per l'attivazione del servizio: l'Autorità ha riconosciuto la legittimità dell'attivazione del servizio telefonico da parte del coniuge convivente del titolare della linea. Rispetto a ciò Wind sostiene l'applicabilità in via analogica di tale previsione anche alla fattispecie oggetto di contestazione, in quanto il consenso è stato rilasciato dal figlio della titolare: trattasi cioè di un soggetto dotato di capacità giuridica che, in virtù del principio dell'apparenza giuridica, ha legittimamente assunto un'obbligazione riconducibile all'interesse della famiglia.

c) applicazione del principio della gerarchia delle fonti del diritto - prevalenza degli oneri informativi di cui all'articolo 52 del Codice del Consumo in relazione al disposto ex articolo 17, comma 6 della delibera 4/06/CONS: in materia di contratti stipulati a distanza, in particolare sottoscritti attraverso comunicazione telefonica, l'articolo 52 del Codice del Consumo prevede che il consumatore, prima di qualsiasi accordo negoziale, deve ricevere una serie di informazioni chiare e comprensibili, riguardanti anche le caratteristiche essenziali ed economiche del bene o del servizio offerto, la possibilità e la modalità di recedere dal contratto, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata. Inoltre l'articolo 53 del medesimo decreto legislativo prevede che il consumatore è tenuto a ricevere per iscritto le informazioni di cui all'articolo 52, prima o durante l'esecuzione del contratto. Le suddette norme sono palesemente in contrasto con l'articolo 17, comma 6, della delibera 4/06/CONS, di cui se ne presume la violazione, laddove presuppone che il *recipient* conservi ed eventualmente esibisca copia scritta della richiesta del servizio d'accesso da parte del cliente. Rispetto a quanto detto l'operatore, qualora stipuli un contratto secondo le modalità sopra esposte ha solo l'obbligo di adempiere agli oneri informativi dagli articoli 52 e 53 del Codice del Consumo che, in quanto norme di rango primario, in forza del principio della gerarchia delle fonti prevarrebbero sugli obblighi previsti dalla normativa regolamentare contestata. Ne discende che una norma di rango

secondario non può disporre oneri aggiuntivi che si pongono in contrasto con quanto stabilito da una fonte normativa gerarchicamente superiore.

d) conformità alla vigente normativa degli *script* di registrazione: agli *script* di registrazione per l'acquisizione del consenso attualmente utilizzati dalla Wind per concludere contratti tramite canale *telesale* sono state apportate alcune integrazioni per garantire all'utente un'informativa ancora più chiara e trasparente. In particolare si richiede espressamente conferma sulla volontà del cliente di recedere dal contratto preesistente, con conseguente distacco della linea dall'operatore *donating*, sull'identità della persona ovvero si chiede di specificare se è titolare della linea e/o il coniuge e, nel caso sia altro membro della famiglia o persona che lavora per il titolare della linea, se sia stato autorizzato da quest'ultimo a richiedere l'attivazione del servizio in nome e in suo conto in quanto espressamente delegato.

In ultimo, la segnalazione di cui alla presente contestazione, è stata oggetto di attività ispettiva presso le sedi della Wind, collocandosi tra circa sessanta casi di disconoscimento, verificati positivamente nel corso del predetto accertamento.

Per quanto detto la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. ha richiesto l'annullamento del verbale di accertamento n. 62/09 e la contestazione n. 62/09/DIT in quanto infondati in fatto ed in diritto e, per gli effetti, l'annullamento della sanzione comminata, con ogni conseguenza connessa. In subordine, in caso di mancato accoglimento delle eccezioni esposte, ha richiesto l'applicazione della sanzione minima prevista dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 259/2003, applicando i criteri previsti dalla legge n. 689/81.

II. Valutazioni dell'Autorità.

Per le motivazioni che di seguito saranno esposte le eccezioni sollevate da Wind non possono trovare accoglimento. In particolare:

a) sull'applicazione degli articoli 1392 e 1398 cc in tema di rappresentanza senza poteri: diversamente da quanto sostenuto dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A., la disciplina civilistica di cui agli articoli 1392 e 1398 c.c. non può trovare applicazione in relazione alla fattispecie esaminata. L'istituto della delega avallato dagli operatori di *call-center*, su indicazione della stessa Wind, non soddisfa le prescrizioni contenute nella normativa vigente, di cui alla delibera 4/06/CONS, come modificata dalla delibera 274/07/CONS, dalla quale si evince che l'unico soggetto legittimato a disporre della propria linea telefonica è il titolare dell'utenza. Quest'ultimo, anche alla luce della disciplina in materia di tutela della privacy, in seno alla procedura di contrattualizzazione dovrà ulteriormente fornire il consenso al trattamento dei propri dati personali per la lavorazione dell'ordinativo; dunque solo il titolare della linea potrà disporre ed eventualmente comunicare le predette informazioni. Rispetto alla fattispecie *de qua* la società non ha adeguatamente soddisfatto l'obbligo di accertare, durante la procedura di acquisizione del consenso reso dal responsabile della linea, se il soggetto sia il titolare della linea ovvero il coniuge convivente: dall'ascolto del *verbal ordering* si evince chiaramente che il sig. XXX non è ne titolare ne consorte, qualificandosi espressamente al suo interlocutore con figlio dell'intestataria. Inoltre va tenuto presente che l'offerta

commerciale è stata proposta mediante canale *telesale* in *outbound*: ne discende che, proprio per le suddette modalità di relazione, l'operatore avrebbe dovuto porre in essere tutte le accortezze necessarie al fine di verificare l'effettiva legittimazione del soggetto contraente (*rectius* che si trattasse del titolare della linea). Pertanto appare priva di pregio l'affermazione circa l'incolpevole affidamento che la società ha riposto nella sussistenza della legittimazione a contrarre da parte del soggetto contattato.

b) sull'applicazione, in via analogia, degli effetti del consenso rilasciato dal coniuge convivente del titolare della linea per l'attivazione del servizio: anche il secondo argomento difensivo, ovvero la possibilità di applicare al caso esaminato gli effetti del consenso rilasciato dal coniuge convivente del titolare della linea, non è sufficiente per giustificare la validità del contratto e l'attivazione del servizio. La positiva rilevanza che viene attribuita all'accordo negoziale concluso tra coniuge dell'intestatario ed operatore telefonico si basa su una norma eccezionale, i cui effetti non sono estensibili analogicamente ad ulteriori ipotesi. La predetta circostanza, sicuramente non rinvenibile nella fattispecie *de qua*, ha natura peculiare la cui specialità è desumibile dal diritto di famiglia: le norme del codice civile riconoscono ad entrambi i coniugi, anche disgiuntamente, la legittimazione a porre in essere tutti gli atti idonei a produrre effetti giuridicamente rilevanti nell'interesse della famiglia (articoli 143, 180 e 189 c.c.). L'applicazione di tale principio, alla stregua della nozione di apparenza giuridica, determina una responsabilità del coniuge ogni qual volta gli atti sono posti in essere nell'interesse del nucleo familiare, anche quando l'obbligazione è assunta dall'altro coniuge spendendo il nome del consorte. Nel caso in esame non sussistono margini di dubbio in relazione all'identità del sig. XXX che, sia dalla segnalazione della sig.ra YYY che dalla registrazione del *verbal ordering*, inequivocabilmente risulta essere il figlio della titolare.

c) sull'applicazione del principio della gerarchia delle fonti del diritto - prevalenza degli oneri informativi di cui agli articoli 52 e 53 del Codice del Consumo in relazione al disposto ex articolo 17, comma 6 della delibera 4/06/CONS: anche l'ulteriore eccezione sollevata dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. non può trovare accoglimento. L'operatore, nelle proprie memorie difensive, ha utilizzato, come supporto alla propria difesa, un quadro normativo incompleto, inesatto, fondato sull'errato presupposto che il citato articolo 17, comma 6 sia, nel sistema delle fonti normative, gerarchicamente sotto ordinato all'articolo 51 e 52 del codice del consumo. A tal proposito si precisa che in fase di avvio del procedimento *de quo* è stato contestato alla Wind la violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 259/2003 (di seguito, Codice) in combinato disposto con le disposizioni di cui all'articolo 17, comma 6 della delibera n. 4/06/CONS; da ciò consegue che il rapporto gerarchico tra fonte primaria e secondaria sussiste ma solo tra l'articolo 70 del codice delle comunicazioni elettroniche e l'articolo 17, comma 6. La citata delibera infatti contiene regole di dettaglio che esplicano, nel caso concreto, i principi generali contenuti nel Codice e relativi alla fase di formazione del consenso in materia di contratti di comunicazione elettronica. Dunque, la normativa

contestata (articolo 17, comma 6) è stata erroneamente relazionata agli oneri informativi prescritti dal legislatore nel Codice del Consumo, sebbene vada interpretata come mera disposizione regolamentare con la quale trovano attuazione principi giuridici contenuti in una fonte normativa altrettanto primaria (Codice delle comunicazioni elettroniche). L'eventuale violazione attiene quindi l'articolo 70 del Codice e, per quanto emerso nel corso dell'istruttoria, appare ulteriormente fondata la contestazione eccepita nei confronti della Wind per la fattispecie esaminata.

d) sulla conformità alla vigente normativa degli *script* di registrazione: l'ultima argomentazione difensiva assunta dall'operatore non rileva ai fini della illiceità della già consumata condotta. Quanto dichiarato, unitamente alla circostanza che la fattispecie esaminata è stata oggetto di un accertamento ispettivo che ha interessato circa sessanta casi per analoghe segnalazioni, attiene eventualmente la commisurazione della sanzione irrogabile applicando i criteri previsti dalla legge n. 689/81.

RITENUTA, in conclusione, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per l'accertata inosservanza alla delibera n. 4/06/CONS con riferimento agli obblighi imposti dall'articolo 17, comma 6, come modificato dalla delibera n. 274/07/CONS, in violazione dell'articolo 70 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, con la propria condotta, ha leso la posizione giuridica dell'utente procedendo all'attivazione del servizio telefonico dopo aver acquisito la volontà contrattuale di un soggetto non legittimato, diverso dal titolare della linea;
- b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione degli effetti conseguenti alla violazione commessa, va tenuto conto che la società Wind Telecomunicazioni S.p.A., ha proceduto, a seguito di disconoscimento da parte della segnalante, alla disattivazione del servizio e contestuale rilascio della linea per il rientro della stessa in Telecom Italia, nonché ha provveduto alla gestione amministrativa e contabile della cliente mediante lo storno delle fatture emesse;
- 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 delle offerte e dei servizi di comunicazione elettronica;
- d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria come sopra determinata.

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria, per la violazione contestata, nella misura del minimo edittale, corrispondente ad € 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 formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

UDITA le relazioni dei Commissari Gianluigi Magri e Gianluca Sortino, relatori 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, di pagare la somma di € 58.000,00 (cinquantottomila/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per la violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo del 1 agosto 2003, n. 259 in combinato disposto con l'articolo 17, comma 6 della delibera 4/06/CONS, così come modificata dalla delibera 274/07/CONS;

DIFFIDA

la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione di quanto disposto dalle disposizioni dell'articolo 70 del decreto legislativo del 1 agosto 2003, n. 259 in combinato disposto con l'articolo 17, comma 6 della delibera 4/06/CONS;

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. 127/10/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. 127/10/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 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.

Roma, 16 aprile 2010

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI

Gianluigi Magri

Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola