

DELIBERA N. 304/10/CONS

Ordinanza - ingiunzione alla società Opitel S.p.A. per violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 in combinato disposto con l'articolo 3, comma 1, allegato a) della delibera 664/06/CONS

L'AUTORITA',

NELLA riunione del Consiglio del 24 giugno 2010;

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", in particolare l'articolo 70;

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

VISTO il regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modificazioni, 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. 664/06/CONS, recante "*Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza*", ed in particolare l'articolo 3, comma 1, allegato A);

VISTO l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 1/10/DIT del 25 febbraio 2010, notificato in data 1 marzo 2010 con il quale è stata contestata alla società Opitel S.p.A., con sede legale in Segrate (MI), alla via Cassanese n. 210 in relazione alla utenza n. xxxx intestata a ZZZ, l'attivazione non richiesta del servizio di comunicazione elettronica denominato "*Tutto Compreso 7 Mb*" in mancanza di previa ordinazione da parte del titolare dell'utenza in violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in combinato disposto con l'art. 3, commi 1, dell'allegato A alla Delibera n. 664/06/CONS, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

VISTA la memoria difensiva presentata dalla società Opitel S.p.A., del 20 aprile 2010, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 24129 del 22 aprile 2010;  
UDITA la società Opitel S.p.A. in audizione del 4 maggio 2010;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

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

L'operatore ha dichiarato di aver ricevuto in data 17 gennaio 2009 un modulo di sottoscrizione *on line* per l'attivazione del servizio "*Tutto Compreso 7 Mb*" sull'utenza n. xxxx da parte del Sig. XXX, che ha dichiarato di essere titolare della predetta utenza. Prima di procedere all'attivazione del servizio l'operatore ha contattato il cliente al fine di verificare la sua volontà all'attivazione del servizio. Nel corso della procedura di *recall* l'operatore ha avuto la conferma dell'attivazione del servizio da parte della figlia del presunto titolare dell'utenza, la Signora YYY, volontà ribadita anche con *e.mail* inviata in data 22 gennaio 2009 in atti. L'operatore ha appreso che l'utenza summenzionata non era intestata al Sig. XXX solo a seguito della ricezione del fax del Sig. ZZZ del 27 marzo 2009, che ha inviato documentazione comprovante che la titolarità dell'utenza era intestata a quest'ultimo. A seguito del disconoscimento del servizio da parte del titolare della linea, l'operatore ha avviato la procedura per la disattivazione del servizio con rientro dell'utenza con l'operatore d'accesso, avvenuto in data 14 settembre 2009. Nelle conclusioni l'operatore sostiene che non sussiste alcun obbligo di identificazione o di verifica sulla veridicità della dichiarazione di titolarità di un'utenza prima dell'attivazione del servizio e chiede l'archiviazione del procedimento sanzionatorio *de quo* per mancanza dell'elemento soggettivo, in quanto gli addebiti contestati sono la conseguenza di un comportamento di buona fede dell'operatore.

### **II. Valutazioni dell'Autorità in ordine al caso di specie.**

In via preliminare si evidenzia che la società Opitel S.p.A. ha riconosciuto l'attivazione del servizio "*Tutto Compreso 7 Mb*" sull'utenza n. xxxx a seguito della richiesta via web inoltrata da parte del Sig. XXX, che non è il titolare della linea. Il fatto che l'operatore abbia avuto conoscenza dell'esatto nominativo della titolarità della predetta linea a seguito del reclamo del Sig. ZZZ (legittimo titolare dell'utenza) è elemento che non rileva al fine dell'eliminazione dell'antigiuridicità della condotta, per quanto si dirà in seguito.

Per inquadrare nei corretti termini giuridici i fatti accertati e necessario sottolineare, in conformità a quanto previsto dalla normativa civilistica e specifica di settore, che l'unico ordinativo valido per l'attivazione di un servizio di comunicazione elettronica è quello trasmesso dal titolare dell'utenza, qualsiasi sia la forma utilizzata per esprimere il consenso ( via *web*, con *verbal ordering*, apponendo la firma su un contratto

cartaceo). Premesso ciò, nel caso di specie, anche a voler asserire che l'operatore ha posto in essere una condotta in buona fede nella realizzazione dei fatti accertati (il che non è per quanto di seguito riportato in motivazione), l'ordine via web inoltrato in data 16 gennaio 2009 in atti non è stato inoltrato dal presunto legittimo titolare dell'utenza predetta, il sig. XXX, ma dalla figlia signora YYY (che è la persona che ha anche confermato via *recall* e per *e mail* la volontà di attivare il servizio contestato) come attestato da documenti in atti. Premesso ciò l'Autorità si è già più volte pronunciata sulla validità del consenso prestato da un familiare del titolare dell'utenza (coniuge convivente, figlio cf. 236/07/CONS; 580/09/CONS, 127/10/CONS) sostenendo la validità del solo consenso reso dal coniuge convivente non separato che non sia intestatario della linea, principio che ha già una sua valenza eccezionale, di natura specialistica i cui effetti non sono estensibili analogicamente. La predetta circostanza (sicuramente non rinvenibile nella fattispecie *de qua*) è desumibile dal diritto di famiglia (agli articoli 143, 180 e 189 c.c.), che riconosce 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. Nel caso in esame non sussistono margini di dubbio sulla non applicabilità del su esposto principio ai fatti accertati, sia perché *ab origine* il sig. XXX non è il titolare dell'utenza e sia perché, *ad abundantiam*, l'invio dell'ordinativo via web per l'attivazione del servizio e la relativa conferma della volontà provengono dalla figlia del *falsus* titolare della linea.

Di conseguenza, anche l'altra eccezione riguardante l'assenza dell'elemento soggettivo nella realizzazione della condotta accertata in quanto sussisterebbero i presupposti della buona fede, va ritenuta priva di fondamento in quanto l'operatore, anche se non ha alcun obbligo di verificare la veridicità delle dichiarazioni dell'utente che chiede l'attivazione di un servizio, ha sicuramente l'obbligo di accertarsi che l'utenza in relazione alla quale sta per attivare un servizio sia correttamente intestata alla persona che ha inoltrato la richiesta di attivazione. Tale obbligo rientra nell'ordinaria diligenza che l'operatore deve avere nell'esecuzione della prestazione di attivazione del servizio. In concreto l'operatore deve prevedere una procedura idonea a verificare che l'anagrafica contenuta nell'ordinativo corrisponda ai dati caricati sul sistema centrale al fine di controllare la corrispondenza del nominativo contenuto nell'ordine sia quello dell'effettivo titolare dell'utenza. Inoltre, da quanto segnalato e documentato dall'utente è possibile affermare che lo stesso ha avuto conoscenza dell'attivazione del servizio non richiesto a seguito della ricezione del sollecito di pagamento di fatture non pagate di una società di recupero crediti su mandato di Opitel S.p.A.. Inoltre dal tenore letterale della segnalazione non c'è alcun elemento informativo che faccia presupporre la sussistenza di un rapporto familiare tra il titolare dell'utenza, il sig. ZZZ ed il presunto titolare il Sig XXX, che ha inoltrato l'ordine per il tramite della figlia.

RITENUTA, per quanto sopra esposto, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 16 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria, per la violazione contestata, nella misura pari al minimo edittale corrispondente ad euro 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:

a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che i comportamenti della società hanno leso il diritto dell'utente ad avere l'erogazione del servizio dall'operatore prescelto in quanto la società Opitel S.p.A., ha attivato il servizio di comunicazione elettronica non richiesto senza aver acquisito valida ed inequivoca ordinazione da parte del titolare della linea;

b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che la società Opitel S.p.A. ha dato avvio al processo di disattivazione del servizio a seguito del reclamo da parte del titolare della linea, attivandosi per il rientro della linea con l'operatore prescelto;

c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società Opitel S.p.A. è dotata di un'organizzazione interna idonea a garantire la corretta gestione dell'utenza in relazione all'attivazione dei servizi in conformità alla volontà espressa dai clienti e in ottemperanza alle disposizioni vigenti;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da poter sostenere la sanzione nella misura così determinata

VISTA la proposta formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione dei Commissari Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

### **ORDINA**

alla società Opitel S.p.A. con sede legale in Segrate (Milano), alla via Cassanese n. 210, di pagare la somma di euro 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 violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in combinato disposto con l'art. 3, commi 1, dell'allegato A alla Delibera n. 664/06/CONS;

### **DIFFIDA**

la società Opitel S.p.A. (Tele Tu) a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in combinato disposto con l'art. 3, commi 1, dell'allegato A alla Delibera n. 664/06/CONS;

### **INGIUNGE**

alla citata 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 articolo 98, comma 16 del decreto legislativo n.259 del 1 agosto 2003, irrogata dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n. 304/10/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.

Quietanza di pagamento dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest’Autorità entro il termine di giorni dieci dall’avvenuto versamento, indicando come riferimento “DEL. N. 304 /10/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, 24 giugno 2010

IL PRESIDENTE  
Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI  
Gianluigi Magri  
Sebastiano Sortino

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