

DELIBERA N. 411/09/CONS

Ordinanza - Ingiunzione alla società Opitel S.p.A. (già Tele 2 Italia S.p.A.) utenza n. xxxx intestata a XXX e archiviazione utenza n. yyyy intestata a YYY per l'inosservanza degli obblighi imposti in materia di carrier preselection dagli articoli 21 e 23, della delibera 417/06/CONS in violazione dell'articolo 70 del Dl. vo 259/2003

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 17 luglio 2009;

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 24 novembre 1981, n. 689, recante "*Modifiche al sistema penale*";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modificazioni, nel testo coordinato allegato alla delibera n. 130/08/CONS , (di seguito, "*il regolamento in materia di procedure sanzionatorie*");

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. 417/06/CONS del 28 giugno 2006, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 7 settembre 2006, n. 208;

VISTO il verbale di accertamento n. 6/09/DIT ed il conseguente atto di contestazione della Direzione tutela dei consumatori n. 6/09/DIT del 23 marzo 2009, notificato in data 27 marzo 2009, con il quale è stata contestata alla società Opitel S.p.A. (già Tele 2 Italia S.p.A.), con sede legale in Segrate (MI), alla via Cassanese n. 210, l'inosservanza delle disposizioni in materia di *Carrier Selection Equal Access* in modalità di preselezione, di cui agli articoli 21 e 23 della delibera dell'Autorità n. 417/06/CONS in violazione dell'art. 70 del Dl.vo 259/2003, per aver attivato, in assenza di previa ordinazione, il servizio di preselezione automatica, sull'utenza n. xxxx intestata a XXX e sull'utenza n. yyyy intestata a YYY, condotte sanzionabili ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003. n. 259;

VISTE le memorie difensive della Società del 6 maggio 2009 e del 15 maggio 2009, acquisite al protocollo dell'Autorità n. 37189 e 39224;

VISTI gli atti del procedimento

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

La società Opitel S.p.A. nella memoria difensiva ha rappresentato quanto segue:

- 1) in relazione all'utenza n. xxxx, intestata al sig. XXX, la società Opitel ha affermato di aver attivato in data 5 luglio 2006 il servizio di preselezione automatica a seguito di attività svolta da parte di una società in *outsourcing*, della quale l'operatore si è avvalso nella commercializzazione dei servizi; a seguito del disconoscimento per l'attivazione del servizio da parte del titolare dell'utenza, il predetto operatore, in data 7 settembre 2006, ha provveduto alla sua disattivazione; l'utente ha ricevuto richiesta di sollecito di pagamento delle fatture del 7 agosto 2006 e del 7 novembre 2006 da parte di una società di recupero crediti Ge. Ri S.r.l. per il recupero degli insoluti fatturati nel corso dell'anno 2006; a prova delle date di attivazione e disattivazione del servizio di preselezione automatica la società ha depositato schermate di sistema in atti; inoltre l'operatore evidenzia che, a seguito della segnalazione dell'Autorità sulla attivazione non richiesta del servizio, ha anche proceduto allo storno delle fatture emesse. Per quanto sopra rappresentato, la società chiede, ove l'Autorità confermasse nel provvedimento di conclusione del procedimento la violazione accertata, di applicare la sanzione prevista ai sensi del dell'articolo 98, comma 16 del D.LGS.259/03 in vigore alla data in cui si è prodotta la violazione – il 5 luglio 2006 – con l'applicazione di una sanzione da un minimo edittale di € 5.800,00 ad € 58.000,00, non tenendo quindi in considerazione le modifiche introdotte dalla legge 286 del 24 novembre 2006, che prevedono l'applicazione di una sanzione da un minimo edittale di € 58.000,00 ad un massimo edittale di € 580.000,00 per i fatti verificatesi dopo l'entrata in vigore della predetta;
- 2) con riferimento all'utenza n. yyyy, intestata al sig. YYY, Opitel ha affermato di aver attivato in data 1 marzo 2008 il servizio di preselezione automatica sulla base di un contratto stipulato tra una società in *outsourcing* per la commercializzazione dei servizi Tele 2 e la sig.ra ZZZ, quale moglie del titolare della linea il Sig. YYY, che avrebbe autorizzato la moglie a stipulare il contratto in nome e per conto suo, come si evidenzia in dichiarazione sottoscritta dalla sig.ra ZZZ nella copia del contratto prodotto dall'operatore in atti. Pertanto sulla

base di tale dichiarazione da parte della moglie del titolare della linea, l'operatore Tele2 ha proceduto all'attivazione del servizio di *carrier preselection* in buona fede, nella certezza di agire secondo legge, dopo avere acquisito l'assenso del coniuge autorizzato. Infine l'operatore evidenzia che ha comunque proceduto alla disattivazione della *carrier preselection* non appena ha avuto conoscenza del disconoscimento dell'attivazione del servizio da parte del titolare della linea, provvedendo a stornare le fatture emesse e a rimborsare i costi di riattivazione del servizio con l'operatore d'accesso;

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

In relazione a quanto dichiarato dalla società Opitel S.p.A. si ritiene di dover parzialmente accogliere le giustificazioni addotte per i motivi che seguono:

1. in relazione all'utenza n. xxxx, intestata al sig. XXX si rappresenta quanto segue : *i)* in via generale si evidenzia che Opitel S.p.A. ha riconosciuto, con scritti in atti, l'attivazione del servizio di *carrier preselection* in data 5 luglio 2006 e non ha fornito alcun elemento probatorio in ordine all'acquisizione del consenso dell'utente; *ii)* nel corso dell'istruttoria la società ha dimostrato, con schermate di sistema in atti che l'attivazione del servizio non richiesto di preselezione automatica sarebbe avvenuta in data 5 luglio 2006 anche se l'utente ha avuto conoscenza degli addebiti contestati solo quando la società recupero crediti Ge. Ri. S.r.l. si è attivata per il recupero degli insoluti fatturati nel corso dell'anno 2006, circostanza che ha indotto il cliente ha sporgere segnalazione per il tramite dell'ADOC all'Autorità in data 18 giugno 2008 acquisito al protocollo dell'Autorità in data 2 luglio 2008 prot. 40461 in atti *iii)* per quanto concerne il fatto di aver immediatamente disattivato il servizio e di aver proceduto allo storno delle fatture con emissione di note di credito si evidenzia che, in quanto attività posta in essere da parte della società per eliminare o limitare la perpetuazione dell'illecito, essa non può incidere ai fini della eliminazione della illiceità della condotta contestata, ma può essere considerata ai fini della determinazione della *quantum* della sanzione da applicare;*iiii)* pertanto per quanto emerso in corso di istruttoria merita accoglimento l'eccezione dell'applicazione del regime sanzionatorio previsto ai sensi dell'articolo 98, comma 16, senza le modifiche effettuate dell'articolo 2 della legge n. 286 del 24 novembre 2006, e dunque in misura che va da un minimo edittale di € 5.800,00 ad € 58.000,00, in quanto, in applicazione del principio *tempus regi actum*, l'attivazione del servizio è avvenuta in data 5 luglio 2006, e cioè in epoca in cui non erano ancora state introdotte le modifiche al citato

articolo 9, comma 16, con la decuplicazione del regime sanzionatorio ivi previsto,

2. con riferimento all'utenza n. yyyy, intestata al sig. YYY, si ritiene che le argomentazioni esposte meritano accoglimento. Come premessa di carattere generale è comunque opportuno evidenziare che, in base alla normativa vigente, per l'attivazione di un servizio di comunicazione elettronica vale il principio generale per cui l'operatore, prima di erogare il servizio, deve acquisire il consenso inequivoco del titolare della linea telefonica. Nel caso del sig. YYY il contratto è stato stipulato dal coniuge convivente e poi disconosciuto dall'altro coniuge, titolare dell'abbonamento; tale fattispecie è peculiare in quanto per essa vige anche la regola codicistica che attribuisce disgiuntamente ad entrambi i coniugi il potere di compiere atti giuridici nell'interesse della famiglia, principio espresso nei dati normativi contenuti negli articoli 143, 180, 189 del codice civile. Sulla base di tali principi, la S.C. di Cassazione ha affermato che, benché ogni coniuge sia di regola responsabile in proprio, per le obbligazioni da lui o da lei contratte, senza poter impegnare in alcun modo l'altro coniuge, tuttavia può ritenersi che un coniuge sia responsabile delle obbligazioni contratte in suo nome dall'altro - oltre che nei casi in cui fosse stata conferita a quest'ultimo, in forma espressa o tacita, una procura a rappresentarlo - anche tutte le volte in cui sia stata posta in essere una situazione tale da fare ritenere, alla stregua del rilevante principio della apparenza giuridica, che il coniuge abbia contratto una determinata obbligazione, riconducibile all'interesse della famiglia, non già in proprio, ma in nome dell'altro (cfr Cass, sez 1, 04/06/99, n. 5487; Cass, sez II , 07 07 95 , n. 7501, Cass, Sez II, 25 07 92, n. 8995). L'affidamento generato in Tele 2 dall'apparenza giuridica di aver stipulato un valido contratto con la moglie della titolare dell'utenza ha determinato un comportamento in buona fede dell'operatore, come dimostrato dal fatto che la sig.ra Itala Romano abbia sottoscritto la dichiarazione di essere la moglie del titolare della linea e che l'operatore, non appena ha avuto conoscenza di disconoscimento dell'attivazione del servizio da parte del titolare della linea, abbia prontamente ripristinato lo *status quo ante* , con storno delle fatture emesse e rimborso all'utente delle spese di riallaccio con l'operatore di accesso.

RITENUTO, relativamente all'utenza yyyy, intestata all'utente YYY, che non ricorrano, per quanto sopra esposto, i presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista per inosservanza degli obblighi imposti dagli articoli 21 e 23 della delibera dell'Autorità n. 417/06/CONS in violazione dell'art. 70 del Dl. vo 259/2003;

RITENUTO, invece, in relazione all'utenza xxxx, intestata all'utente XXX, che ricorrono i presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista ai sensi del dell'articolo 98, comma 16 del decreto legislativo n. 259/03 per inosservanza degli obblighi imposti dagli articoli 21 e 23 della delibera dell'Autorità n. 417/06/CONS in violazione dell'art. 70 del Dl. vo 259/2003;

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione accertata nella misura pari al doppio del minimo edittale, corrispondente, alla data in cui si è prodotta la violazione (il 5 luglio 2006) ad € 11.600,00 (undicimilaseicento,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 il comportamento della società ha leso il diritto dell'utente avendo la stessa attivato il servizio di *carrier preselection* senza aver acquisito preventivamente l'inequivoca volontà dello stesso di modificare il proprio rapporto contrattuale con l'operatore d'accesso;
- 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. (già Tele 2 Italia S.p.A.) ha provveduto, successivamente al disconoscimento del titolare dell'utenza , a disattivare il servizio, a stornare le fatture emesse con emissione di note di credito e a rimborsare le spese sostenute per il rientro con operatore d'accesso;
- c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società Opitel S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire la corretta attivazione ordinazione del servizio previa acquisizione del consenso del titolare della linea;
- d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria come sopra determinata.

VISTA la proposta formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

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

DELIBERA

L'archiviazione per insussistenza della violazione degli obblighi imposti dagli articoli 21 e 23 della delibera dell'Autorità n. 417/06/CONS in violazione dell'art. 70 del Dl. vo 259/2003 in relazione all'utenza yyyy YYY

ORDINA

alla società la società Opitel S.p.A. (già Tele 2 Italia S.p.A.) con sede legale in Segrate (MI), alla via Cassanese n. 210 di pagare la somma di 11.600,00 (undicimilaseicento,00), quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003. n. 259 per l'inosservanza degli obblighi imposti dagli articoli 21 e 23 della delibera dell'Autorità n. 417/06/CONS in violazione dell'art. 70 del Dl. vo 259/2003

DIFFIDA

la società Opitel S.p.A. (già Tele 2 Italia S.p.A.) a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione a quanto disposto dagli articoli 21 e 23 della delibera dell'Autorità n. 417/06/CONS in violazione dell'art. 70 del Dl. vo 259/2003

INGIUNGE

alla citata società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma, utilizzando il bollettino c/c n. 871012 ovvero tramite versamento sul c/c bancario corrispondente al codice IBAN - IT 540 01000 03245 348 0 10 2379 00-, con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003. n. 259 ", 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. 411/09/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 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, 17 luglio 2009

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI

Gianluigi Magri

Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola