

DELIBERA N. 580/09/CONS

Ordinanza - Ingiunzione nei confronti della società Wind Telecomunicazioni S.p.A. per la violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 259/2003 in combinato disposto con l'articolo 17, comma 6 della delibera n. 4/06/CONS

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 13 ottobre 2009;

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

VISTO l'atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 24/09/DIT del 25 maggio 2009 ed il relativo verbale di accertamento n. 24/09 di pari data, notificati in data 25 maggio 2009, con il quale veniva contestata alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. con sede legale in Roma, Via C. G. Viola n. 48, la violazione dell'articolo 70 del D.Lgs. 259/2003 in combinato disposto con l'articolo 17, comma 6, della delibera n. 4/06/CONS così come modificata dalla delibera 274/07/CONS, per aver attivato il servizio non richiesto ULL sulle utenze telefoniche n. xxxx intestata a XXX, n. yyyy, intestata a YYY, n. zzzz, intestata a ZZZ, in assenza di una previa ordinazione da parte dei predetti titolari;

VISTA la memoria difensiva prodotta dalla società interessata in data 15 luglio 2009 acquisita al protocollo con n. 60767;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A. nella propria memoria ha presentato le seguenti deduzioni :

1. utenza telefonica n. xxxx titolare il Sig. XXX: l'attivazione dell' offerta Happy Italy in accesso diretto è avvenuta il 15 luglio 08 a seguito dell'acquisizione del consenso in data 30 giugno 2008 di WWW, madre del titolare dell'utenza. Le argomentazioni a sostegno della difesa sono:

a) applicazione degli articoli 1392 e 1398 cc in tema di rappresentanza senza poteri: l'attivazione del servizio è avvenuto a seguito della prestazione del consenso da parte di un soggetto qualificatosi come persona responsabile dell'utenza telefonica. In applicazione degli articoli 1392 e 1398 c.c. in tema di rappresentanza senza poteri, l'affermazione della sig.ra WWW - di essere responsabile della linea- è stata recepita dall'operatore quale prova della sussistenza di una procura conferita dal titolare dell'utenza a favore della predetta, tale da indurre l'operatore in buona fede a ritenere di aver stipulato un valido contratto, in quanto concluso da persona apparentemente legittimata. L'operatore sostiene che, per come si sono configurati i fatti accertati, si è determinata una situazione di legittima apparenza giuridica che ha indotto l'operatore a supporre, in buona fede, che la sig.ra WWW in quanto appartenente al nucleo familiare e autorizzata a rispondere al telefono in casa del titolare dell'utenza, fosse anche legittimata a concludere il contratto in nome e per conto del titolare della linea; **b) applicazione in analogia ai fatti contestati degli effetti del consenso all'attivazione del servizio del coniuge convivente del titolare dell'utenza:** in secondo luogo la società chiede l'applicazione in analogia del predetto principio al fine di legittimare l'attivazione del servizio anche in quei casi in cui il consenso sia di persona appartenente al nucleo familiare che, per procura espressa, tacita o per legittima apparenza giuridica, abbia assunto l'obbligazione nell'interesse della famiglia.;

c) prevalenza degli oneri informativi degli articoli 52 e 53 del codice del consumo sul disposto dell'articolo 17, comma 6 della delibera 4/06/CONS in applicazione del principio della gerarchia delle fonti del diritto: come terza eccezione la società ha evidenziato che, stipulato un valido contratto per l'attivazione del servizio nelle modalità sopra esposte, l'operatore 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, per il principio della gerarchia delle fonti prevarrebbero sugli obblighi previsti dalla normativa regolamentare contestata. Una diversa interpretazione del disposto dell'articolo 17, comma 6 citato, che sancisce l'obbligo in capo all'operatore *recipient* di conservare copia scritta della richiesta del servizio d'accesso da parte del cliente, si porrebbe in contrasto con le norme primarie del codice del consumo;

d) conformità degli script per la registrazione del consenso vocale attualmente in uso alla normativa contestata: infine la società ha rappresentato che con gli script di registrazione del consenso attualmente in uso per concludere contratti tramite canale *telesale* si richiede espressamente quanto segue: se il cliente voglia recedere dal contratto preesistente con conseguente distacco della linea dall'operatore *donating*; se è persona 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;

2. utenza telefonica yyyy, titolare il Sig. YYY: l'attivazione dell'offerta Libero Absolute in modalità automatica CPS è avvenuta in data 2 luglio 2008 a seguito dell'acquisizione telefonica del consenso da parte del sig. QQQ in data 18 dicembre 2007, qualificatosi quale responsabile della linea. In sintesi l'operatore riproduce a sostegno della propria difesa le argomentazioni già esposte per l'utenza precedente, a cui ci si riporta, ai punti 1 a), 1b), 1c) e 1d);

3. utenza telefonica zzzz titolare l'utente ZZZ: la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. ha attivato il servizio Happy Italy in modalità ULL in data 30 settembre 2008, a seguito di consenso telefonico prestato dalla sig.ra JJJ in data 19 settembre 2008, dichiaratasi coniuge dell'intestatario dell'utenza. L'operatore a sostegno della propria difesa ha in sintesi riproposto le stesse argomentazioni di cui ai punti b) e c). In particolare l'operatore, in relazione a questa fattispecie, ha sostenuto l'insussistenza della violazione contestata in quanto il fatto accertato è configurabile come ipotesi di disconoscimento di contratto da parte del titolare della linea e non come attivazione di servizio non richiesto: a seguito dell'inoltro del reclamo da parte del titolare dell'utenza il Sig. ZZZ in data 10 ottobre 2008 con il quale disconosceva l'attivazione del servizio, si è proceduto a contattare la sig.ra JJJ in data 24 ottobre 2008 che ha manifestato la volontà di recedere dal contratto in essere con Wind per rientrare con l'operatore d'accesso per l'erogazione del servizio; pertanto Wind ha proceduto, a disattivare il servizio ed avviare la procedura di rientro conclusasi in data 6 novembre 2008, a stornare la fattura emessa e a rimborsare le spese di riallaccio sostenute dal cliente per il rientro con l'operatore d'accesso .

II. Valutazioni dell'Autorità.

Si ritiene di dover disattendere le giustificazioni addotte dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. per le tre fattispecie contestate per le seguenti motivazioni:

a) sull'applicazione degli articoli 1392 e 1398 cc in tema di rappresentanza senza poteri: nei casi di specie non può trovare applicazione la normativa prevista dai citati articoli 1392 e 1398 c.c. in quanto si ritiene che l'istituto della delega utilizzato dagli operatori di *call-center*, su indicazione della società Wind telecomunicazione S.p.A. non sia coerente con la normativa vigente che prevede che il titolare dell'utenza telefonica sia l'unico soggetto legittimato a disporre della propria linea telefonica. Non da ultimo si osserva che la procedura di contrattualizzazione prevede l'acquisizione del consenso al trattamento dei dati personali del titolare dell'utenza telefonica per la lavorazione

dell'ordinativo. Infine si evidenzia che solo il soggetto interessato- il titolare della linea- alla luce della normativa in materia di protezione dei dati personali, può validamente disporre in ordine ai propri dati. Pertanto per come si sono svolti i fatti è possibile affermare che l'operatore non ha posto in essere idonee tecniche di attuazione del contratto a distanza in quanto era suo onere accertarsi, durante la procedura di acquisizione del consenso da parte del responsabile della linea, se era il titolare della linea o al più il coniuge convivente: dall'ascolto delle registrazioni dei consensi vocali tale elemento non si evince. Inoltre va tenuto presente che il contatto è avvenuto su iniziativa dell'operatore che ha contattato l'utenza con l'intento di proporre l'offerta commerciale. 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 a concludere il contratto medesimo (*rectius* che si trattasse del titolare della linea).Pertanto priva di pregio appare l'affermazione circa l'incolpevole affidamento nella legittimazione a contrarre dei soggetti contattati.

b) sull'applicazione in analogia ai fatti contestati degli effetti del consenso all'attivazione del servizio del coniuge convivente del titolare dell'utenza: anche il secondo argomento difensivo e cioè l'applicazione in analogia ai fatti in causa del predetto principio in caso di acquisizione di consenso da persona appartenente al nucleo familiare e/o da persona che lavora per il titolare della linea, non può trovare applicazione per legittimare l'attivazione del servizio in quanto la positiva rilevanza che viene attribuita all'accordo concluso tra coniuge del titolare e operatore si basa su una norma eccezionale, di natura specialistica i cui effetti non sono estensibili analogicamente. Tale fattispecie, che sicuramente non ricorre per due violazioni accertate- utenze. xxxx XXX e yyyy YYY- ha natura peculiare in quanto per essa vige la regola codicistica del diritto di famiglia che attribuisce disgiuntamente ad entrambi i coniugi il potere di compiere atti giuridici nell'interesse della famiglia, secondo quanto disposto dagli articoli 143, 180 e 189 cc. In virtù di tale *ratio* può ritenersi che un coniuge sia responsabile delle obbligazioni contratte in suo nome dall'altro tutte le volte che sia stata posta in essere una situazione tale da far ritenere, alla stregua del principio di apparenza giuridica, che il coniuge abbia contratto una obbligazione nell'interesse della famiglia. Nelle due utenze sopra individuate non si versa in casi di acquisizione del consenso del coniuge convivente del titolare dell'utenza per quanto asserito sia dall'operatore in memoria che dall'ascolto della registrazione in atti; solo nel caso dell'attivazione del servizio non richiesto in relazione all'utenza telefonica zzzz titolare l'utente ZZZ l'operatore avrebbe affermato, senza fornire prova, che il consenso registrato è della moglie del titolare dell'utenza, la sig.ra JJJ. Ma anche in questo caso tale argomentazione non merita accoglimento in quanto dagli elementi istruttori acquisiti, in particolare dall'ascolto della registrazione vocale ed dal tenore letterale della segnalazione non è possibile trovare conferma che il soggetto che ha prestato il consenso sia il coniuge è del titolare della predetta utenza.

c) sulla prevalenza degli oneri informativi degli articoli 52 e 53 del codice del consumo sul disposto dell'articolo 17, comma 6 della delibera 4/06/CONS in

applicazione del principio della gerarchia delle fonti del diritto: anche questa eccezione non può essere accolta in quanto l'operatore ha rappresentato in memoria un quadro normativo di riferimento incompleto e non esatto partendo dal presupposto errato che l'articolo 17, comma 6 citato sarebbe in rapporto giuridico sotto ordinato all'articolo 51 e 52 del codice del consumo. In tal proposito occorre precisare che con il procedimento sanzionatorio *de quo* è stata contestata la violazione dell'articolo 70 del codice delle comunicazioni elettroniche in combinato disposto con l'articolo 17, comma 6 delibera 4/06/CONS; da ciò consegue che il rapporto di gerarchia tra fonte primaria e secondaria è quello esistente tra articolo 70 del codice delle comunicazioni elettroniche e articolo 17, comma 6 della delibera citata, in quanto quest'ultima contiene regole applicative di dettaglio ai principi contenuti nell'articolo 70 con riguardo ai contratti dei servizi di comunicazione elettronica nella fase di formazione del consenso. La normativa di dettaglio contestata nei casi di specie,- articolo 17, comma 6 – non deve essere interpretata in relazione agli oneri informativi delle norme consumeristiche, ma è norma regolamentare sotto ordinata al citato articolo 70 avente piena efficacia giuridica e, per quanto emerso in istruttoria, violata nelle tre fattispecie contestate.

d) sulla conformità alla normativa degli script di registrazione del consenso vocale: il quarto argomento assunto a difesa dall'operatore è tema che non esclude l'illiceità della condotta, già consumata, ma riguarda l'applicazione delle sanzioni in quanto elemento che incide sulla loro commisurazione;

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 violazione;

CONSIDERATO quanto segue ai fini della irrogazione della sanzione e della sua quantificazione:

- a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che il comportamento della società ha leso le posizioni giuridiche degli utenti attivando nei loro confronti servizi non richiesti;
- b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze delle violazioni, va tenuto conto che Wind Telecomunicazioni S.p.A. ha disattivato, successivamente ai reclami da parte degli utenti, i servizi non richiesti, ha stornato le fatture emesse e rimborsato le eventuali spese di riattivazione;
- 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 ciascuna violazione contestata, nella misura del minimo edittale,

corrispondente ad € 58.000,00 (cinquantottomila/00), per complessivi € 174.000,00 (centosettantaquattromila,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 Sebastiano 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 € 174.000,00 (centosettantaquattromila/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per da 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 delle 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 citata società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma, utilizzando il bollettino c/c n. 871012 con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato ovvero tramite versamento sul c/c bancario intestato alla predetta Sezione di Tesoreria e corrispondente al codice IBAN IT 540 01000 03245 348 0 10 2379 00, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n.580/09/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. 580/09/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.

Napoli, 13 ottobre 2009

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI

Gianluigi Magri

Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola