

DELIBERA N. 6/08/CONS

Ordinanza-Ingunzione alla società Tele2 Italia S.p.A. per l'inosservanza degli obblighi imposti in materia di carrier preselection dall'articolo 3, commi 2 e 3, dell'allegato A alla delibera 3/99/CIR e dall'articolo 3, comma 1, della delibera 4/00/CIR e archiviazione nel merito utente Botto

L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 16 gennaio 2008;

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

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 recante "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTA la legge 14 novembre 1995, n.481, recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

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, 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. 3/CIR/99 del 7 dicembre 1999, recante "Regole per la fornitura della *Carrier Selection Equal Access* in modalità di preselezione (*Carrier Preselection*)";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 4/00/CIR del 9 maggio 2000, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 22 maggio 2000, n. 117, recante "Disposizioni sulle modalità relative alla prestazione di *carrier preselection (CPS)* e sui contenuti degli accordi di interconnessione";

VISTO l'atto del Direttore della Direzione Tutela dei Consumatori n. 51/07/DIT dell'11 settembre 2007, notificato in data 14 settembre 2007, con il quale veniva contestata alla società Tele2 Italia S.p.A., con sede legale in Segrate (Mi), via Cassanese n. 210, per ciascuna delle sei (6) violazioni accertate, indicate nell'allegato verbale di accertamento, l'inosservanza degli obblighi imposti in materia di *carrier preselection* dall'articolo 3, commi 2 e 3, della delibera 3/CIR/99 e dall'articolo 3, comma 1, della delibera 4/00/CIR, condotta sanzionabile ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 44, comma 1, e 98, comma 13, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, per aver trasmesso ordinativi di CPS sulla base del consenso manifestato da persona diversa dal titolare del contratto di abbonamento telefonico con l'operatore di accesso e, quindi, senza aver previamente acquisito la volontà inequivoca dello stesso titolare di modificare, tramite la prestazione di Carrier Preselection, il rapporto contrattuale in essere con l'operatore di accesso e di passare ad altro operatore;

UDITA la Società interessata in data 18 ottobre 2007;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la nota registrata al protocollo dell'Autorità n. 74371/07/NA del 12 dicembre 2007, con la quale la società Tele2 Italia S.p.A. ha trasmesso la ricevuta del bollettino postale su c/c 871012, intestato alla tesoreria provinciale dello Stato di Roma, attestante il pagamento di Euro 34.000,00 (trentaquattromila/00), quale sanzione in misura ridotta, pari al doppio del minimo edittale, determinata ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 689/1981, imputandone il pagamento alla violazione accertata nei confronti del Sig. Nostran;

VISTE la memoria difensiva datata 11 ottobre 2007, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 63034 del 23 ottobre 2007, e la nota di deposito di documenti datata 29 ottobre 2007, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 65607 del 5 novembre 2007, con le quali la società Tele2, in ordine ai restanti 5 casi contestati, eccepiva l'insussistenza delle violazioni contestate per le seguenti motivazioni:

**A) Con riferimento all'inosservanza degli obblighi imposti dall'articolo 3, commi 2 e 3, dell'allegato A alla delibera 3/CIR/99 e dall'articolo 3, comma 1, della delibera 4/00/CIR .**

La Società evidenzia di aver provveduto all'attivazione del servizio di CPS sulla linea degli utenti segnalanti in forza di regolare registrazione telefonica del consenso espresso da un familiare convivente del titolare della linea interessata. A sostegno delle propria posizione, produce in atti cd-rom contenente le suddette registrazioni. In particolare, si rappresenta che, nel caso dell'utente Botto, il consenso è stato espresso dalla moglie del titolare della linea, mentre nei residui casi (Iannazzo, Magi, Manenti, Naclerio), esso è stato prestato dai figli dei soggetti interessati. Si precisa, inoltre, che

nel corso di tutte le predette conversazioni, i dichiaranti hanno richiesto l'attivazione del servizio dopo aver indicato i propri dati anagrafici e confermato di aver il potere di stipulare il contratto in nome e per conto del titolare della linea interessata.

Dall'esame della predetta registrazioni, risulterebbe, quindi, pacificamente acquisita la manifestazione di volontà del cliente, *“espressa tramite il familiare convivente”*, di modificare con l'attivazione della CPS il rapporto contrattuale in essere con l'operatore di accesso e passare ad altro operatore.

Per quanto concerne, in particolare, il profilo della conformità della procura conferita ai requisiti di validità prescritti, la società evidenzia come la normativa di settore non richieda, per la regolarità del contratto di fornitura, la forma scritta *ad substantiam* e che, pertanto, in base a quanto previsto dall'articolo 1392 c.c. in tema di forma della procura, quest'ultima può essere validamente conferita anche verbalmente, ovvero nelle medesime forme prescritte per il contratto che si deve concludere.

A tal proposito, si richiama il costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale *“il terzo contraente ha la facoltà e non l'obbligo di controllare se chi si qualifica rappresentante abbia i relativi poteri, cosicché non è sufficiente per l'affermazione di un affidamento colpevole del terzo, cui consegue l'esclusione dei principi in tema di rappresentanza apparente, la condotta omissiva del terzo che ometta di richiedere al falsus procurator la giustificazione del potere rappresentativo...”*.

Ne consegue, ad avviso della società, che, qualificata l'eventuale richiesta di giustificazione come onere e non obbligo del terzo, da esso si può legittimamente astenersi se, come nei casi oggetto di contestazione, il comportamento del *falsus procurator* (familiare convivente) sia stato tale da generare un alto grado di affidabilità sulle dichiarazioni rese dai rappresentati.

## **B) Con riferimento al comportamento corretto ed improntato a buona fede tenuto da Tele 2**

A completamento delle difese svolte, Tele2 evidenzia che gli utenti segnalanti non hanno subito alcun danno o pregiudizio per effetto dell'attivazione del servizio, atteso che tutti i servizi telefonici sono stati prontamente disattivati e nessun costo è stato addebitato agli utenti.

RITENUTO quanto segue in merito alle eccezioni sollevate da Tele2 Italia S.p.A.:

- Con riferimento a quanto eccepito sub A), si ritiene che tale motivo merita parziale accoglimento, limitatamente alla contestazione relativa all'utente Botto.

Come premessa di carattere generale è 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 relativo all'utenza intestata al Sig. Botto, è stato il coniuge convivente, non legalmente separato, sig.ra Botto, a stipulare il contratto, poi contestato 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, secondo quanto disposto dagli articoli 143, 180,189 del codice civile.

Sulla base di tali principi, la S.C. di Cassazione ha affermato che, sebbene 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).

Ne consegue, che, nel caso del sig. Botto, l'affidamento generato nell'operatore dall'aver stipulato un contratto con la moglie del titolare dell'utenza deve ritenersi "incolpevole", in quanto basato sui dati normativi che governano il regime di responsabilità per le obbligazioni contratte dai coniugi nell'interesse della famiglia, e, pertanto, idoneo ad consentire l'invocabilità degli effetti che discendono dal principio dell'apparenza giuridica.

Le medesime considerazioni non possono, invece, svolgersi con riguardo ai restanti casi, ovvero agli utenti Iannazzo, Magi, Manenti e Naclerio, per i quali si ritiene che i motivi fatti valere sub A) non meritano accoglimento.

In primis, si evidenzia che le violazioni contestate non si riferiscono alla "forma" della procura, la quale, in conformità al disposto di cui all'articolo 1392 c.c., può essere conferita anche verbalmente, bensì al comportamento esecutivo dell'operatore, che, dopo aver stipulato il contratto con il presunto rappresentante, ha proceduto alla concreta attivazione del servizio senza aver previamente verificato la sussistenza dei poteri rappresentativi.

Nelle ipotesi in precedenza indicate, il servizio è stato attivato sulla base del consenso manifestato dai figli dei titolari delle utenze interessate.

Orbene, esclusa l'applicabilità delle norme previste in tema di rapporti patrimoniali fra coniugi, deve farsi riferimento ai principi sanciti in tema di rappresentanza. In tale ambito, la giurisprudenza della S.C. di Cassazione precisa che *"il principio dell'apparenza del diritto può invocarsi solo in presenza di elementi obiettivi atti a giustificare, in relazione al contratto concluso, l'opinione del terzo che abbia contratto con il falsus procurator in ordine alla corrispondenza tra la situazione apparente e quella reale; tale opinione deve essere ragionevole e cioè non determinata da un comportamento colposo del terzo medesimo il quale non attenendosi ai dettami di legge o a quelli della normale diligenza trascuri di accertarsi della realtà facilmente controllabile e si affidi invece alla mera apparenza incorrendo in errore"*

In altri termini, il principio dell'apparenza del diritto ha una sua *“innegabile specificità e peculiarità, nel senso che non è suscettibile di incauti impieghi, specie in relazione a quelle fattispecie che trovano già nella legge una compiuta disciplina”* (cfr. Cass., Sez. Un., 08-04-2002, n. 5035), con esclusione, dunque, di quelle ipotesi in cui l'affidamento del terzo debba qualificarsi come “colposo” in quanto contrastante con precise prescrizioni normative.

Tale limitazione trova riscontro nelle ipotesi contestate, laddove l'operatore Tele2 ha fatto colpevolmente affidamento sulla sussistenza dei poteri rappresentativi dichiarati, omettendo di osservare un preciso dovere imposto dalla normativa di settore, ovvero di verificare l'effettivo conferimento della procura prima di procedere all'attivazione del servizio. Trattasi di un obbligo, e non di un mero onere, a carico dell'operatore, che risponde all'esigenza di tutelare non l'operatore medesimo da stipulazioni non vincolanti bensì l'effettivo titolare dell'utenza da indebite intromissioni nella propria sfera giuridica di per sé produttive di effetti giuridici, in primis la modifica del rapporto contrattuale in essere con l'operatore di accesso.

Conclusivamente, posto il principio generale per cui l'operatore, prima di erogare il servizio, deve acquisire il consenso inequivoco del titolare della linea telefonica, esso può subire una deroga solo nel caso in cui il consenso sia prestato dal coniuge, potendo l'operatore procedere all'attivazione basandosi sui principi codicistici posti in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi, ma non nelle diverse ipotesi di contratti conclusi da altri familiari conviventi, attesa la mancanza di supporti normativi idonei a giustificare l'inosservanza dell'obbligo prescritto dalla normativa di settore.

- Con riferimento a quanto eccepito sub B), si ritiene che tale circostanza non escluda l'applicazione delle sanzioni per le violazioni accertate in capo all'operatore, ma vada valutata come elemento per la commisurazione della sanzione medesima.

RITENUTO, pertanto, che in relazione all'utente Botto non ricorrono i presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 13, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per la violazione dell'articolo 3, commi 2 e 3, della delibera 3/CIR/99 e dell'articolo 3, comma 1, della delibera 4/00/CIR, in quanto il fatto non sussiste per le motivazioni sopra evidenziate;

RITENUTO, pertanto, che per i quattro casi residui oggetto di contestazione, relativi agli utenti Iannazzo, Magi, Manenti, Naclerio, ricorrano i presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 13, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per l'inosservanza degli obblighi imposti dall'articolo 3, commi 2 e 3, della delibera 3/CIR/99 e dall'articolo 3, comma 1, della delibera 4/00/CIR;

RITENUTO di dover determinare la sanzione pecuniaria, per ciascuna delle quattro violazioni summenzionate, nella misura pari al minimo edittale, previsto dall'articolo 98, comma 13, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, equivalente ad euro 17.000,00 (diciasettemila/00), per un importo complessivo di Euro 68.000,00

(sessantottomila/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 i diritti degli utenti avendo la stessa attivato il servizio di *carrier preselection* senza aver acquisito preventivamente l'inequivoca volontà degli stessi di modificare il proprio rapporto contrattuale con l'operatore di accesso; tuttavia va tenuto presente che l'attivazione della prestazione di *carrier preselection* è avvenuta non in assenza totale di consenso, bensì sulla base di un consenso non idoneo ad assicurare il rispetto del dettame regolamentare, in quanto prestato da soggetto non legittimato, ancorché familiare convivente;
- b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che Tele2 Italia S.p.A. ha provveduto, successivamente ai reclami inoltrati dagli utenti, a disattivare immediatamente il servizio, a non emettere alcuna fattura ovvero a stornare quelle già emesse per il traffico generato nel periodo di attivazione;
- c) con riferimento alla personalità dell'agente, Tele2 Italia S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire la corretta attivazione del servizio di *carrier preselection* ed a rendere agli utenti una completa informativa;
- d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, si evidenzia le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione come sopra determinata.

VISTE le risultanze istruttorie e la relazione del responsabile del procedimento, Avv. Valentina Pierri;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

SENTITA la relazione del Commissario Sebastiano Sortino, relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

#### DELIBERA

l'archiviazione per insussistenza della violazione degli obblighi imposti dall'articolo 3, commi 2 e 3, della delibera 3/CIR/99 e dall'articolo 3, comma 1, della delibera 4/00/CIR in relazione all'utente Botto;

#### ORDINA

alla società Tele2 Italia S.p.A., con sede in Segrate (MI) alla Via Cassanese n. 210, il pagamento di € 17.000 (Euro diciassettemila/00) per ciascuno degli quattro casi indicati in motivazione di inosservanza degli obblighi imposti in materia di *carrier preselection* ai sensi del combinato disposto dell'articolo 3, commi 2 e 3, della delibera 3/CIR/99 e dell'articolo 3, comma 1, della delibera 4/00/CIR, quale sanzione amministrativa pecuniaria irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 13, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per un importo complessivo di Euro 68.000,00 (sessantotto/00);

## DIFFIDA

la società Tele2 Italia S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione degli obblighi imposti ai sensi del combinato disposto dell'articolo 3, commi 2 e 3, della delibera 3/CIR/99 e dell'articolo 3, comma 1, della delibera 4/00/CIR

## INGIUNGE

alla citata società di versare la somma di € 68.000,00 (Euro sessantottomila/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 articolo 98, comma 13, decreto legislativo 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 n. 6/08/CONS".

Il presente provvedimento è pubblicato nel Bollettino ufficiale e nel sito *web* dell'Autorità.

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 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, 16 gennaio 2008

IL PRESIDENTE  
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE  
Sebastiano Sortino

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

