

DELIBERA n. 61/09/CONS

Ordinanza - Ingunzione alla società OPITEL S.p.A. (già TELE2 ITALIA S.p.A.) per l'attivazione di servizi in violazione degli articoli 21 e 23 della delibera n. 417/06/CONS e degli articoli 17, comma 4 e 18, comma 2 della delibera n. 4/06/CONS

L'AUTORITA'

NELLE riunioni del Consiglio del 26 novembre 2008, dell'11 dicembre 2008 e del 5 febbraio 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'art. 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*";

VISTO il regolamento di attuazione dell'art. 14-bis del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, con il quale sono state disciplinate in via generale le procedure in materia di formulazione di impegni da parte degli operatori di settore, regolamento recato dalla delibera n. 645/06/CONS e successive modificazioni, nel testo coordinato allegato alla delibera n. 131/08/CONS (di seguito, "*il regolamento*");

VISTO il regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera 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 n. 208 del 7 settembre 2006;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 4/06/CONS, del 12 gennaio 2006, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 33 del 9 febbraio 2006;

VISTO l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 5/08//DIT del 12 febbraio 2008, con il quale è stata contestata alla società Opitel S.p.A. (già Tele2 Italia S.p.A.) con sede legale in Segrate, alla via Cassanese n. 210, per le n. 8 attivazioni di servizi di *carrier preselection* in modalità *easy access* di cui al separato verbale di accertamento, la violazione degli artt. 21 e 23, della delibera n. 417/06/CONS per aver attivato il servizio di *carrier preselection* senza aver dato prova di aver acquisito il consenso del titolare dell'abbonamento telefonico con l'operatore d'accesso Telecom Italia prima della trasmissione del relativo ordine di lavorazione;

VISTA l'istanza definitiva d'impegni presentata da Opitel S.p.A. in data 21 agosto 2008, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 52030 di pari data, che integra la proposta preliminare di impegni del 18 giugno 2008 acquisita al protocollo dell'Autorità n. 36689;

VISTI gli esiti della verifica svolta in data 29 luglio 2008, ed in particolare la documentazione prodotta dalla società in relazione all'utente in contestazione;

VISTA la determina del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 1/2008/DIT, con la quale, considerata la non manifesta inammissibilità della proposta di impegni, si è provveduto a pubblicare sul sito web dell'Autorità, in data 15 settembre 2008, la proposta definitiva di impegni presentata dalla società Opitel S.p.A. ai sensi della legge 4 agosto 2006, n. 248;

CONSIDERATO che ai fini degli impegni proposti Opitel S.p.A. ha dichiarato:

“Impegno 1: Modifica script registrazione ed invio modulo di conferma della attivazione del servizio

Opitel S.p.A. si impegna ad integrare gli attuali script con:

- Previsione di stop della registrazione qualora il cliente manifesti dubbi o insicurezze circa la propria effettiva volontà di fruire dell'attivazione del servizio;
- Registrazione delle principali condizioni economiche relative al servizio proposto e sulle quali si chiede al cliente di esprimere il proprio consenso;
- Richiesta di ulteriore espressa conferma, da parte del cliente, circa la propria consapevolezza del fatto che, mediante la registrazione, sta concludendo un contratto di somministrazione di servizio telefonico;
- Specifica richiesta di conferma –ove occorra- circa l'esistenza di una delega per poter richiedere l'attivazione in nome e per conto del titolare della linea;
- Specifico consenso del cliente all'avvio immediato delle procedure per l'attivazione del servizio.

A seguito della conclusione del contratto a distanza, la società invia al domicilio dell'utente le condizioni generali di contratto, condizioni economiche e caratteristiche del servizio attivato.

Impegno 2: Nuove regole per validazione ordine

Opitel S.p.A. sta provvedendo, contemporaneamente, alla revisione delle istruzioni scritte impartite ai call center, al fine di garantire lo scrupoloso rispetto delle regole di acquisizione del consenso di cui al punto 1;

Impegno 3: Processo di Quality Check

Opitel S.p.A. intende procedere ad un miglioramento dei processi di verifica e controllo delle attività di vendita dei propri canali, al fine di eliminare i casi di attivazione di servizi non richiesti dai consumatori, predisponendo un sistema di controllo capillare e diffuso da applicare alla totalità degli ordini di attivazione

Impegno 4: Reportistica strutturata,

Opitel S.p.A. si impegna a produrre e trasmettere a codesta Autorità un report mensile sulle attività svolte

Impegno 5: Audit da parte di un soggetto terzo

Opitel S.p.A. si impegna a far predisporre da un soggetto indipendente, scelto in accordo con codesta Autorità, una verifica e certificazione dei processi adottati a 6 mesi dall'adozione dei presenti impegni”;

PRESO ATTO della mancata presentazione entro il termine di trenta giorni di osservazioni da parte di soggetti terzi in merito alla proposta di impegni pubblicata;

VISTA la nota della società Opitel S.p.A., del 6 novembre 2008, con la quale detta Società ha comunicato la propria rinuncia al termine e ha integrato i propri impegni, dichiarando che dal 1° dicembre 2008 introdurrà negli *script* relativi all'acquisizione del consenso il codice dell'operatore del Call Center che sta proponendo il contratto all'utente, ed una fase di pre-registrazione del consenso medesimo (fase robotizzata) che informerà l'utente circa il numero verde da chiamare per conoscere lo stato di avanzamento della fornitura del servizio attraverso il numero di pratica;

VISTA la memoria difensiva integrativa prodotta dalla società Opitel S.p.A., pervenuta in data 10 dicembre 2008, registrata al protocollo dell'Autorità n. 78446/08;

VISTA la decisione del Consiglio dell'11 dicembre 2008, che ha disposto la proroga del procedimento, al fine di svolgere approfondimenti in relazione alle argomentazioni di cui alla memoria integrativa;

CONSIDERATO quanto segue:

1) Valutazioni dell'Autorità in merito agli impegni presentati da Opitel S.p.A.

L'art. 12 *ter* del regolamento in materia di procedure sanzionatorie richiede la previa cessazione della condotta contestata quale presupposto per accedere alla valutazione nel merito degli impegni.

Lo stesso articolo descrive poi qual è il contenuto essenziale della proposta di impegni: il Consiglio è chiamato ad approvarla ove la ritenga idonea a migliorare le condizioni della concorrenza nel settore rimuovendo le conseguenze anticompetitive dell'illecito attraverso idonee e stabili misure.

Ai fini della corretta valutazione degli impegni si evidenzia che la condotta contestata consiste nell'attivazione del servizio di *carrier preselection* senza la preventiva acquisizione del consenso dell'utente, in violazione degli obblighi regolamentari previsti dagli articoli 21 e 23 della delibera n. 417/06/CONS.

In particolare circa la cessazione della condotta contestata risulta che, a seguito della verifica effettuata dall'Autorità in data 29 luglio 2008, la società convenuta ha dimostrato, su un campione significativo di attivazioni di *carrier preselection* attivate in data successiva all'implementazione degli impegni da parte della predetta società (1° luglio 2008), di aver, in tutti i casi del campione, acquisito preventivamente il consenso dell'utente prima di attivare il servizio, evidenziando che ha posto in essere una procedura valida ad evitare il ripetersi dei fatti contestati. Ma, come si è visto, la cessazione della condotta contestata altro non è che il presupposto per la presentazione degli impegni. Pertanto ne consegue che si deve passare a valutare se gli stessi siano innovativi rispetto a quanto previsto dal quadro regolamentare e se siano idonei a rimuovere le conseguenze anticompetitive dell'illecito attraverso idonee e stabili misure.

Dall'analisi del contenuto degli impegni, è possibile constatare che essi sono insufficienti e generici nonché sostanzialmente ripetitivi di obblighi regolamentari e normativi -in particolare di quelli contenuti nell' art. 2 dell'allegato A) alla delibera n. 664/06/CONS richiamanti gli obblighi di cui all'art 52 del Codice del Consumo e all'art. 70 del codice delle comunicazioni elettroniche - già oggi vigenti a presidio del settore; in particolare, l'analisi degli impegni ha evidenziato la loro sostanziale inidoneità a migliorare le condizioni della concorrenza nel settore, sostanziandosi essi piuttosto in una più articolata declinazione di obblighi che l'operatore è già tenuto ad osservare in virtù della normativa vigente.

Ne consegue, pertanto, che la proposta della società Opitel S.p.A. non può essere accolta in quanto priva di qualsivoglia reale contenuto innovativo, non esprimendo alcun *quid pluris* rispetto allo "statuto" dell'operatore di comunicazioni elettroniche; essa non indica, infatti, alcun onere ulteriore da rispettare, né è idonea ad apportare alcun elemento migliorativo alle condizioni concorrenziali di settore.

I. Deduzioni della società interessata.

La società Opitel S.p.A. ha presentato in data 10 dicembre 2008 memoria difensiva integrativa, e nell'ambito della verifica effettuata dall'Autorità in data 29 luglio 2008 ha prodotto documentazione comprovante la gestione dei clienti di cui alla contestazione.

La società Opitel ha eccepito l'incompetenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con riguardo alle problematiche connesse all'attivazione di servizi di comunicazione elettronica in assenza di richiesta dell'utente.

Più in particolare l'Autorità non sarebbe:

1) legittimata a sanzionare i singoli episodi di fornitura non richiesta e ciò in quanto l'art. 57 del codice del consumo fa salvo espressamente l'art. 62 del codice medesimo, che attribuirebbe alle Camere di Commercio la competenza ad applicare le sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione delle disposizioni relative ai contratti stipulati al di fuori dei locali commerciali.

2) titolata a sanzionare le richieste di pagamento del corrispettivo per un servizio non richiesto, perché una simile condotta sarebbe da intendersi quale pratica commerciale aggressiva, come tale scorretta e, di riflesso, riservata alla competenza dell'AGCM ai sensi dell'art. 27 del Codice del consumo.

Pertanto la competenza dell'Agcom residuerebbe esclusivamente dinanzi alle violazioni non occasionali del divieto di fornitura non richiesta (ossia, le c.d. pratiche).

In tale ultima ipotesi, però, il regime sanzionatorio applicabile alla fattispecie sarebbe quello previsto ai sensi dell'art. 98, comma 16 (violazione delle disposizioni del codice delle comunicazioni a tutela dell'utenza), e non già quello contemplato dal comma 11 dello stesso articolo, che potrebbe trovare applicazione solo nell'eventualità in cui sia stato violato un ordine o diffida indirizzato ad hoc al singolo operatore (e non una disposizione solo generale dell'Agcom).

II. Valutazioni dell'Autorità in merito alle deduzioni di Opitel S.p.A.

Le eccezioni sollevate dalla società Opitel S.p.A. appaiono, entro limiti assai ristretti, meritevoli di condivisione.

a) In relazione alla competenza dell'Autorità

Occorre preliminarmente precisare come nel caso di specie la Direzione Tutela dei Consumatori proceda nei confronti della società Opitel per violazione non tanto dell'art. 3 della delibera 664/06/CONS (cui l'esponente ha riguardo nella sua memoria), che si riferisce in termini generali alle forniture non richieste, quanto, più specificamente, delle disposizioni relative all'attivazione –rispettivamente– del servizio di CPS di cui agli articoli 21 e 23 della delibera n. 417/06/CONS e dell'ULL di cui agli articoli 17, comma 4 e 18, comma 2, della delibera n. 4/06/CONS, infrazioni per il cui perseguimento non può minimamente porsi in dubbio la competenza dell'Autorità, atteso il contesto di stretto diritto speciale in cui le stesse si trovano inserite (la procedura di analisi di mercato).

Ciò posto, si conviene con l'esponente sul fatto che il fenomeno delle attivazioni non richiede integri una violazione delle disposizioni normative (artt. 70 e ss. del codice delle comunicazioni) e regolamentari (appunto cfr. art. 21 della delibera 417/06/CONS e art. 3 della delibera 664/06/CONS) in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica. Ma v'è di più. Occorre altresì notare, infatti, come il rapporto tra il D.Lgs 6 settembre 2005, n. 206, recante il "Codice del Consumo" (così come modificato dal D.Lgs 146/07), e il d.Lgs n. 259/03, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche", sia da intendersi in termini di complementarietà, piuttosto che di incompatibilità o, invece, di indifferenza reciproca.

Tale tipo di rapporto è reso manifesto dall'ultimo comma dell'art. 70 del Codice delle comunicazioni -di cui le disposizioni relative all'attivazione della CPS contenute nelle delibere n. 417/06/CONS e n. 4/06/CONS costituiscono norme attuative, secondo il quale in materia di contratti "*rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori*".

Ne deriva, in aderenza al principio di specialità, quanto segue.

Nelle ipotesi in cui l'illecito accertato non trovi riscontro in una norma precettiva del Codice delle comunicazioni o delle connesse delibere di attuazione, per esso deve farsi inevitabilmente applicazione delle norme generali del Codice del Consumo.

Viceversa, ogni qualvolta vengano accertate condotte illecite in materie di interesse dell'Autorità, costituenti violazione di un precetto contenuto, sostanzialmente negli stessi termini, sia nel Codice del consumo, sia, appunto, nelle disposizioni del settore cui l'Autorità stessa è preposta -violazioni che in quanto tali sarebbero punibili, in astratto, tanto ai sensi del Codice del consumo quanto in virtù del Codice delle comunicazioni-, in tale situazione è la disciplina settoriale a dover trovare applicazione, ancorché eventualmente anteriore a quella generale.

In tali casi, infatti, si delinea una fattispecie tipica di conflitto apparente di norme, che come tale va risolta alla stregua del cd principio di specialità, secondo il quale *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. In tale evenienza trovano, dunque, applicazione -sempre per quanto qui rileva- le sole norme di cui all'art. 70 del D.Lgs 259/03 (e quelle, attuative, contenute nelle delibere n. 417/06/CONS e n. 4/06/CONS): disposizioni che rivestono carattere di specialità, rispetto alle norme compendiate nel codice del consumo, sia *ratione materiae*, sia in ragione del loro peculiare corredo sanzionatorio, ben più severo (evidentemente, *pour cause*) nel codice delle comunicazioni che in quello del consumo.

In queste ultime ipotesi, in virtù del combinato disposto dell'art. 70 e dell'art. 98 del D.Lgs n. 259/03, l'istituzione competente in via esclusiva a sanzionare la condotta illecita è proprio l'Autorità.

D'altro canto, non può tacersi che, ove per la violazione "occasionale" del divieto di fornitura non richiesta si aderisse alla tesi di Opitel circa la competenza esclusiva delle Camere di Commercio, potrebbe profilarsi addirittura il rischio di lasciare il singolo episodio sprovvisto di sanzione. Ciò in quanto il codice del consumo, all'art. 51, esclude espressamente l'applicazione delle disposizioni del capo relativo ai contratti

stipulati al di fuori dei locali commerciali, ivi compresa quindi la norma relativa alle forniture non richieste di cui all'art. 57, ai contratti “conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici”.

Una ragione in più, quindi, per concludere che nel settore delle telecomunicazioni, per le forniture non richieste, ancorché realizzate occasionalmente, la competenza è sempre, *ratione materiae*, dell'Autorità di settore.

Infine, solo apparente è il rischio di sovrapposizioni tra l'attività istruttoria dell'Antitrust e quella dell'Agcom. L'Agcom, infatti, è legittimata ad agire già per il semplice fatto dell'attivazione di un servizio non richiesto, laddove invece l'Agcm potrà intervenire solo nell'ipotesi in cui quest'ultima sia accompagnata dall'insistente richiesta di pagamento della relativa fattura da parte dell'operatore. In tale ultimo caso, infatti, si determinerebbe una pratica commerciale aggressiva che, in quanto tale, è senz'altro perseguibile anche dall'Agcm (artt. 26, lettera f) e 27 del codice del consumo).

b) In relazione al regime sanzionatorio

In relazione al regime sanzionatorio applicabile al caso di specie, pur non potendosi condividere, in ragione di quanto fin qui affermato, l'assunto di Opitel dell'unificabilità in un unico illecito delle violazioni per cui si procede, si ritiene, tuttavia, senz'altro ammissibile la tesi dell'applicazione al caso concreto delle sanzioni previste dal comma 16 (in luogo del comma 11) dell'art. 98 cit.

E ciò in virtù delle seguenti considerazioni.

La delibera 417/06/CONS, recante l'analisi del mercato della raccolta e terminazione delle chiamate su rete fissa, pone senza dubbio in capo agli operatori SMP un set di precisi *remedies*, per l'inosservanza dei quali l'art. 98 comma 11 si impone come presidio sanzionatorio obbligato. Tuttavia, le specifiche norme che si assumono violate nel caso di specie (artt. 21 e 23) non integrano certo gli estremi di nuovi obblighi rimediali astrattamente tipizzati dal codice delle comunicazioni ma hanno piuttosto una valenza ricognitiva della normativa già vigente in materia di CPS .

A riprova di ciò è sufficiente osservare che i predetti artt. 21 e 23 sono inseriti nel Capo IV della delibera, recante Disposizioni generali in materia di *Carrier Selection Equal Access* in modalità di preselezione, del quale l'art. 15 precisa l'ambito di applicazione così recitando: “*Il presente Capo definisce un quadro armonizzato delle regole vigenti per la fornitura della Carrier Selection Equal Access in modalità di preselezione (Carrier Preselection - di seguito solo CPS)*”.

E' evidente dunque che trattasi di disposizioni che non integrano dei rimedi imposti agli operatori notificati al fine di contenere le criticità concorrenziali rilevate con l'analisi di mercato, ma costituiscono delle ordinarie norme generali di condotta, limitandosi a “richiamare” all'attenzione degli operatori – riproponendole in maniera organica in un unico testo- le modalità attuative della prestazione di CPS già vigenti, ivi compresa quella riflettente la necessità per essi di precostituirsi prova della conclusione dell'accordo con il cliente mediante l'invio a quest'ultimo di un apposito modulo

d'ordine, contenente tutte le informazioni relative alle caratteristiche del servizio prescelto (cfr. art. 21, comma 3, del. 417/06).

Da tutto ciò consegue che l'attivazione di un servizio di CPS in violazione delle prescrizioni così dettate in via generale dall'Autorità a tutela dell'effettività del consenso dell'utente si pone, in definitiva, in contrasto con il principio di contrattualità posto dall'art. 70 del Codice.

Tale ultima norma, infatti, nell'indicare il contenuto informativo minimo dei contratti relativi ai servizi telefonici, tra cui rientra senz'altro anche l'indicazione delle caratteristiche del servizio da fornire all'utente (recita l'art. 70: "*Il contratto indica almeno:... b) i servizi forniti, i livelli di qualità dei servizi offerti...*"), implicitamente -ma non per questo in modo meno evidente- vieta che possa attivarsi un servizio, nuovo o semplicemente aggiuntivo rispetto a quello concordato con il cliente, senza la previa acquisizione dell'inequivoco consenso di quest'ultimo.

Ne discende che la fornitura surrettizia di un servizio supplementare non richiesto, o comunque diverso da quello originariamente convenuto dalle parti, determina una violazione punibile ai sensi dell'art. 98, comma 16, che commina una sanzione pecuniaria compresa tra 58 mila e 580 mila euro.

Analoghe considerazioni possono svolgersi anche con riguardo all'altra delibera che si assume violata, la n. 4/06/CONS, recante analisi del mercato dell'accesso disaggregato.

La circostanza che la disposizione per la cui violazione si procede (art. 17, comma 4) figurì qui formalmente inserita tra gli articoli che pongono le condizioni attuative dei *remedies* (tipici) imposti all'operatore dominante non impedisce l'approdo ad una conclusione analoga.

Lo specifico obbligo di conservare "*copia scritta della richiesta del servizio di accesso da parte del cliente attestante la volontà di quest'ultimo di recedere dai contratti preesistenti*", non costituisce, in se stesso, declinazione di alcun rimedio: tanto è vero che, anche in questo caso, il vincolo non è imposto al solo operatore dominante (che nel mercato di riferimento è Telecom), trattandosi piuttosto di una regola generale di condotta, che è stata formulata per tutti gli operatori richiedenti a Telecom l'accesso disaggregato (quindi anche per Opitel).

E anche tale regola si pone senz'altro come attuativa del principio di contrattualità insito nella disposizione di cui all'art. 70 del codice. La sua violazione va quindi legittimamente perseguita ai sensi dell'art. 98, comma 16, del Codice delle comunicazioni.

c) In relazione ai singoli casi oggetto di contestazione

Dalla documentazione prodotta da Opitel circa la gestione dei clienti di cui alla contestazione si evince quanto segue:

1) in relazione all'utente XXX, la società Opitel S.p.A. ha attivato il servizio di CPS in data 28/11/06, a seguito di registrazione del consenso vocale del coniuge del titolare dell'abbonamento telefonico con Telecom Italia S.p.A. prodotto in atti, e ha provveduto

alla disattivazione del servizio in data 02/02/07 a seguito del reclamo presentato dall'utente;

2) in relazione all'utente XXX, la società Opitel S.p.A. ha attivato il servizio di CPS in data 04/12/06 e ha provveduto alla disattivazione del servizio in data 02/02/07, ma non detiene alcun contratto con il cliente. La società Opitel S.p.A. ha provveduto a riconoscere la somma di euro 300,00 a titolo di indennizzo per i disagi subiti oltre allo storno integrale delle fatture emesse.

3) in relazione all'utente XXX, la società Opitel S.p.A. ha attivato il servizio di CPS in data 23/11/06 e ha provveduto alla disattivazione del servizio in data 06/01/07, ma non detiene contratto con il cliente. La società Opitel S.p.A. ha provveduto a riconoscere la somma di euro 700,00 a titolo di indennizzo per i disagi subiti oltre allo storno integrale delle fatture emesse.

4) in relazione all'utente XXX, la società Opitel S.p.A. ha attivato il servizio di CPS in data 15/11/06 e ha provveduto alla disattivazione del servizio in data 16/03/07, ma non detiene alcun contratto con il cliente. La società Opitel S.p.A. ha provveduto a riconoscere la somma di euro 250,00 a titolo di indennizzo per i disagi subiti oltre allo storno integrale delle fatture emesse.

5) in relazione all'utente XXX, la società Opitel S.p.A., che non aveva precisato nel rispondere alla richiesta istruttoria dell'Ufficio Gestione Segnalazioni la tipologia del servizio attivato, non ha attivato il servizio di CPS bensì il servizio voce denominato "Mini su rete Tele 2" in ULL in data 01/02/07 e disattivato in data 03/01/08. In ogni caso la società non detiene alcun contratto con il cliente in violazione degli articoli 17, comma 4 e 18, comma 2, della delibera n. 4/06/CONS. La predetta società ha provveduto a riconoscere la somma di euro 1.596,00 a titolo di indennizzo per i disagi subiti oltre allo storno integrale delle fatture emesse.

6) in relazione all'utente XXX, la società Opitel S.p.A., che non aveva precisato nel rispondere alla richiesta istruttoria dell'Ufficio Gestione Segnalazioni la tipologia del servizio attivato, non ha attivato il servizio di CPS bensì il servizio ULL denominato "Rete Tele2 Senza Pensieri" in data 1/02/07 e disattivato in data 08/06/07. In ogni caso la società non detiene alcun contratto con il cliente, in violazione degli articoli 17, comma 4 e 18, comma 2, della delibera n. 4/06/CONS. La predetta società ha provveduto a riconoscere la somma di euro 300,00 a titolo di indennizzo per i disagi subiti oltre allo storno integrale delle fatture emesse.

7) in relazione all'utente XXX, la società Opitel S.p.A., che non aveva precisato nel rispondere alla richiesta istruttoria dell'Ufficio Gestione Segnalazioni la tipologia del servizio attivato, non ha attivato il servizio di CPS, bensì il servizio VULL denominato "Mini Su Rete Tele 2" in data 01/05/07, sulla base di registrazione vocale del consenso prodotto in atti, e disattivato in data 06/06/07 a seguito di reclamo e segnalazione dell'Autorità

8) in relazione all'utente XXX, la società Opitel S.p.A., che non aveva precisato nel rispondere alla richiesta istruttoria dell'Ufficio Gestione Segnalazioni la tipologia del servizio attivato, non ha attivato il servizio di CPS, bensì il servizio VULL denominato

“Mini Su Rete Tele 2” in data 12/03/07 e disattivato in data 16/07/07. In ogni caso la società non detiene alcun contratto con il cliente in violazione degli articoli 17, comma 4 e 18, comma 2, della delibera n. 4/06/CONS,. La società Opitel S.p.A. ha provveduto a riconoscere la somma di euro 700,00 a titolo di indennizzo per i disagi subiti oltre allo storno integrale delle fatture emesse.

RITENUTO, sulla base dei documenti presentati dalla società Opitel S.p.A., che in relazione agli utenti XXX e XXX, avendo l’operatore prodotto la registrazione vocale del consenso, non ricorrono i presupposti per l’applicazione delle sanzioni amministrative previste dall’art. 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per la violazione degli articoli 21 e 23, della Delibera n. 417/06/CONS;

RITENUTO che in relazione agli utenti XXX, XXX, XXX, XXX, XXX e XXX, non avendo prodotto alcuna prova circa il consenso degli utenti all’attivazione dei servizi, ricorrono i presupposti per l’applicazione delle sanzioni amministrative previste dall’art. 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per la violazione degli articoli 21 e 23, della Delibera n. 417/06/CONS e degli articoli 17, comma 4 e 18, comma 2, della delibera n. 4/06/CONS;

RITENUTO, come evidenziato anche nell’atto di contestazione, che nel caso di specie non ricorrono i presupposti per l’applicazione dell’art. 8, comma 1, della legge 24 novembre 1981 n. 689 con riferimento alle violazioni accertate, e che pertanto le relative sanzioni dovranno essere oggetto di cumulo materiale : ciò salvo che nel caso limite degli utenti XXX e XXX, in cui, poiché la condotta illecita assunta da parte della società Opitel S.p.A. è stata compiuta nella stessa giornata lavorativa non può che ravvisarsene il carattere unitario;

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 i diritti degli utenti impendendo nei fatti la scelta dell’operatore di comunicazione elettronica;

b) con riferimento all’opera svolta dall’agente per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che Opitel 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, nonché a riconoscere indennizzi per i disagi subiti;

c) con riferimento alla personalità dell’agente, Opitel S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire la corretta attivazione del servizio di *carrier preselection* o di ULL;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria come sotto determinata.

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione pecuniaria, per ciascuna delle cinque violazioni summenzionate, nella misura pari al minimo edittale, previsto dall'art. 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, equivalente ad euro 58.000,00 (cinquantottomila/00), per un importo complessivo di Euro 290.000,00 (duecentonovantamila/00) in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori e gli atti del procedimento sanzionatorio;

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

DELIBERA

L'archiviazione del procedimento per insussistenza della violazione in relazione agli utenti XXX e XXX;

ORDINA

alla società Opitel S.p.A. (già Tele2 Italia S.p.A.). con sede legale in Segrate, alla via Cassanese n. 210, il pagamento di € 58.000,00 (Euro cinquantottomila/00) per ciascuna delle restanti n. 5 violazioni contestate, così come in motivazione individuate, quale sanzione amministrativa pecuniaria irrogata ai sensi dell'art. 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per un importo complessivo di euro 290.000,00 (duecentonovantamila/00).

DIFFIDA

la società Opitel S.p.A. dal porre in essere ulteriori comportamenti in violazione degli articoli 21 e 23, della Delibera n. 417/06/CONS o degli articoli 17, comma 4, e 18, comma 2, della delibera 4/06/CONS;

INGIUNGE

alla citata società di versare la somma di € 290.000,00 (duecentonovantamila / 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 art. 98, comma 16, 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'art. 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. 61/09/CONS".

Ai sensi dell'art. 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'art. 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.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Roma, 5 febbraio 2009

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Gianluigi Magri

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

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