

DELIBERA n. 37/09/CONS

Ordinanza - Ingiunzione nei confronti della società Tiscali Italia S.p.A. per la violazione degli obblighi di cui agli artt. 21 e 23 della delibera n. 417/06/CONS con riferimento all'attivazione di servizio non richiesto di carrier preselection sull'utenza telefonica YYY intestata all'utente La Monica.

L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 28 gennaio 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'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*";

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. 20/08/DIT del 17 settembre 2008 ed il relativo verbale di accertamento n. 20/08 di pari data, notificati in data 22 settembre 2008, con il quale veniva contestata alla società Tiscali Italia S.p.A. con sede in legale in Cagliari, Loc. Sa Illetta Strada Statale 195-KM 2,3, Cap 00193, l'inosservanza degli obblighi imposti ai sensi degli artt. 21 e 23 della delibera n. 417/06/CONS per aver trasmesso all'operatore d'accesso un ordine di lavorazione della prestazione di *carrier preselection*, prestazione attivata in data

16 gennaio 2006 sull'utenza telefonica n. YYY intestata alla sig.ra XXX, senza aver acquisito preventivamente il consenso dell'intestatario dell'utenza;

VISTA la memoria difensiva prodotta dalla società interessata in data 29 ottobre 2008 acquisita al protocollo con n. 0068439;

CONSIDERATO quanto segue:

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

La società Tiscali Italia S.p.A in memoria ha eccepito quanto segue:

1. in via preliminare la società convenuta ha eccepito che il fatto accertato possa configurare violazione delle disposizioni contestate in quanto, nel caso rilevato, l'attivazione non richiesta del servizio di *carrier preselection* in mancanza di una manifestazione di volontà del cliente idonea a dar seguito all'ordinativo di attivazione del servizio, al più potrebbe configurare la violazione del disposto dell'art. 57 del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 del Codice del consumo con applicazione delle sanzioni amministrative ivi previste di cui all'art. 62, di competenza di altro organo amministrativo. La parte evidenzia che, pur se si dovesse ritenere astrattamente applicabile al caso di specie la disposizione prevista dal citato art. 98, comma 11, il conflitto apparente di concorso di norme si risolverebbe a favore della prevalenza delle disposizioni contenute nei citati artt. 57 e 62 del Codice del consumo in attuazione della regola generale contenuta nell'art. 9, della legge n. 689/81 per il principio *lex specialis derogat generali*;
2. per parte convenuta l'inapplicabilità del presidio sanzionatorio previsto dal citato art. 98, comma 11, è motivato anche dal fatto che tale sanzione può trovare applicazione unicamente nei confronti dei soggetti che non ottemperano agli ordini e alle diffide ai sensi del Codice. Pertanto non possono essere considerate ordini e/o diffide le disposizioni contenute nella delibera n. 417/06/CONS in quanto provvedimento di natura regolamentare a portata generale contenente previsioni caratterizzate dalla generalità e dall'astrattezza e quindi, per interpretazione di parte, diverse e distinte dagli ordini e dalle diffide;
3. infine la società convenuta evidenzia l'insussistenza dell'elemento soggettivo previsto dall'art. 3 della legge n. 689/81 che per l'appunto richiede, per l'applicazione della sanzione, che il fatto previsto come illecito amministrativo possa essere attribuito al soggetto agente il quale abbia agito con coscienza e volontà di commettere un'azione od omissione costituente illecito amministrativo. Per i fatti rilevati nessun addebito di responsabilità può essere formulato a carico di Tiscali in quanto l'errore sul fatto, in cui è incorsa la predetta società in buona fede, esclude la responsabilità dell'agente: la società convenuta infatti faceva totale affidamento sul rapporto contrattuale e di fiducia instaurato con la società operante in *outsourcing* che ha gestito il rapporto contrattuale da cui ha preso origine il procedimento *de quo*.

## II. Valutazioni dell'Autorità.

RITENUTO di dover disattendere le giustificazioni addotte dalla società Tiscali Italia S.p.A per i motivi che seguono:

1. premessa di carattere generale si evidenzia che i fatti accertati hanno individuato l'attivazione del servizio non richiesto di *carrier preselection* senza la preventiva acquisizione della volontà inequivoca del titolare della linea all'attivazione del servizio: infatti il tenore letterale della segnalazione evidenzia che la società Tiscali S.p.A. ha comunicato all'utente la proposta contrattuale tramite operatore di *call center* (canale in bound) il cui contatto telefonico è avvenuto con un familiare del titolare della linea, tra l'altro non delegato, che, contrariato dell'insistenza dell'operatore, ha interrotto la telefonata in quanto non interessato alla proposta contrattuale. Pertanto gli addebiti contestati evidenziano una prassi, notoriamente diffusa nell'ambito dell'attivazione dei servizi non richiesti, e cioè quella di "invadere" illegittimamente la sfera giuridica degli utenti attivando servizi contro la loro volontà. Nello specifico il citato operatore si è reso responsabile di comportamenti illegittimi sia nella fase di acquisizione del consenso (quanto meno in termini di *culpa in eligendo*) e sia (e soprattutto) nella fase di gestione dell'ordinativo di *carrier preselection*, che risulta essere stato trasmesso all'operatore d'accesso senza alcun tipo di controllo.
2. passando ad esaminare le singole eccezioni eccepite in memoria in via primaria si respinge che i fatti rilevati costituirebbero violazione degli artt. 57 e 62 del codice del consumo in quanto norma speciale rispetto a quella prevista dagli artt. 21 e 23 della delibera n. 417/CONS contestata. Le argomentazioni di seguito esposte conducono al contrario a sostenere che la natura speciale della norma è propria di quella contestata. Per inquadrare esattamente la questione è importante sottolineare che quanto contestato, insieme con il regolamento di cui alla delibera n.664/06/CONS e ad altre disposizioni settoriali emanate dall'Autorità, concorrono ad individuare le norme applicative di dettaglio dei principi contenuti nell'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche riguardo ai contratti dei servizi di comunicazione elettronica. La normativa primaria, di cui al citato art. 70, insieme con la normativa di secondo grado di cui ai regolamenti dell'Autorità, si configura come normativa speciale *rationae materiae* rispetto alla normativa generale prevista dalla Sezione II denominata "Contratti a distanza" artt. 50 e ss del Codice del consumo, in base al noto principio *lex specialis derogat generali*. Varie sono le argomentazioni di ordine sistematico che inducono a sostenere la legittimità dell'interpretazione sostenuta dall'Autorità che individua nella normativa contestata la specialità della norma e pertanto nel giustificare l'inquadramento dei fatti rilevati e contestati come proposti: i) innanzitutto il particolare corredo sanzionatorio annunciato dal legislatore in caso di

violazione della normativa generale e di dettaglio di cui all'art. 70 ai sensi del citato art. 98, comma 11, del Codice delle comunicazioni elettroniche che, per l'appunto, prevede, data la specialità della materia, un trattamento ben più severo di quello sancito dall'art. 62 del codice del consumo; *ii*) la specialità delle sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità nei casi di specie è desunta anche dal fatto che, a norma dell'art. 98, comma 17bis, non si applicano le disposizioni a carattere generale sul pagamento a misura ridotta di cui all'art. 16 della legge n. 689/81, a differenza di quanto accade per le pene inflitte ai sensi dell'art. 62 citato; *iii*) il fatto che le norme contestate integrano il disposto del citato art. 70 sotto l'aspetto della fase di formazione del consenso e della conclusione del contratto che, insieme con il recesso, sono argomenti contemplati dal richiamato art., (norme che giova ripeterlo, costituiscono elementi settoriali di dettaglio ai fini dell'attivazione del servizio di CPS), è altro elemento sistematico che contribuisce ad interpretare come speciale la normativa che si dà per assunta violata nel caso di specie.

Tale ricostruzione dei fatti rientra in una più ampia interpretazione sistematica della normativa in raffronto del Codice delle comunicazioni elettroniche e del Codice del consumo, le quali non sono tra loro in rapporto di stretta alternabilità ma di complementarità in quanto, poiché l'art. 70 non reca una disciplina autonoma esaustiva dei contratti a distanza nel settore delle comunicazioni elettroniche, troverà applicazione la disciplina del d.lgs. n. 205/2006 in tutte le fattispecie non rientranti nell'art. 70, d.lgs. n. 259/03. Tale condizione non ricorre negli addebiti contestati che per l'appunto concernono, per quanto sopra detto la fase di formazione del consenso oggetto di disciplina della normativa speciale.

3. anche l'eccezione dell'inapplicabilità dell'art. 98, comma 11, in quanto la delibera n. 417/06/CONS non potrebbe essere configurata come ordine dell'Autorità, è priva di fondamento: in particolare i disposti degli artt. 21 e 23, hanno un contenuto specifico e pertanto sono configurabili come ordini in senso stretto da cui scaturisce un preciso comando a cui l'operatore di telecomunicazioni si deve attenere diligentemente nell'esecuzione. Inoltre tale delibera è stata oggetto di specifica notifica, procedura che viene per l'appunto attivata per i provvedimenti che hanno natura di ordini in senso stretto.
4. sulla eccezione sollevata da parte resistente sulla presunta insussistenza dell'elemento soggettivo previsto dall'art. 3 della legge n. 689/81 si evidenzia che in base agli elementi di fatto sopra citati è possibile sostenere che Tiscali è responsabile sia oggettivamente che soggettivamente per le gli addebiti contestati in quanto: *i*) avrebbe dovuto porre in essere una procedura di controllo e di attivazione più idonea ad evitare attivazione del servizio di CPS non richiesto; *ii*) non ha vigilato sull'operato dei proprio "outsourcer" in quanto avrebbe dovuto controllare in maniera più puntuale l'operato dell'agente di cui si è avvalsa prima di attivare il servizio di

comunicazione elettronica e non fondare la delega sul dichiarato “totale affidamento”.

RITENUTA, in conclusione, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria, per la violazione contestata, nella misura al minimo edittale, corrispondente ad euro 120.000,00 (centoventimila/00) ritenuta sufficientemente afflittiva, in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689:

- a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che il comportamento della società ha leso la sfera giuridica dell'utente attivando nei suoi confronti un servizio non richiesto;
- b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che la Tiscali Italia S.p.A. ha disattivato, successivamente al reclamo da parte dell'utente, il servizio di *carrier preselection* non richiesto;
- c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società Tiscali Italia 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.

VISTA la proposta formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

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

#### **ORDINA**

alla società Tiscali Italia S.p.A. con sede in Cagliari, Loc. Sa Illetta Strada Statale 195-KM 2,3m Cap 00193, di pagare la somma di euro 120.000,00 (centoventimila/00), quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dall'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per l'inosservanza degli obblighi imposti ai sensi degli artt. 21 e 23 della delibera n. 417/06/CONS;

#### **DIFFIDA**

la società Tiscali Italia S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione di quanto disposto dagli artt. 21 e 23 della delibera n. 417/06/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, evidenziando nella causale “*Sanzione amministrativa art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, irrogata dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 37/09/CONS*”, 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.

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 “*Delibera n. 37/09/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’art. 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’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.

Napoli, 28 gennaio 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