

Delibera n. 393/11/CONS

Ordinanza ingiunzione nei confronti della società Tiscali Italia S.p.A. per la violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 in combinato disposto all'articolo 19, comma 3 della delibera n. 274/07/CONS con riferimento alla procedura di migrazione
(Proc. Sanz. n. 6/11/DIT)

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 6 luglio 2011;

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. 4/06/CONS del 12 gennaio 2006, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 9 febbraio 2006, n. 33, così come modificata dalla delibera n. 274/07/CONS del 6 giugno 2007, ed in particolare l'articolo 19, comma 3,;

VISTO il verbale di accertamento n. 6/11/DIT ed il conseguente atto di contestazione della Direzione tutela dei consumatori n. 6/11/DIT del 28 febbraio 2011, notificato in data 4 marzo 2011, con il quale è stata contestata alla società Tiscali Italia S.p.A., con sede in Cagliari, Località Sa Illetta, S.S. 195 Km 2300, la violazione dell'articolo 70 decreto legislativo n. 259/03 in combinato disposto all'articolo 19, comma 3 della delibera n. 4/06/CONS come modificata ed integrata dalla delibera n.274/07/CONS, per non aver senza indugio trasmesso, in qualità di operatore *donating*,

all'operatore Telecom Italia S.p.A. l'ordine di cessazione del servizio con rientro richiesto dall'utente L.M., titolare dell'utenza telefonica n. 081512xxxx, contenuto nella richiesta di disdetta del contratto, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 16 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

VISTA la memoria difensiva della Società del 29 marzo 2011, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 16015 del 7 aprile 2011;

VISTI gli atti del procedimento

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

In via preliminare Tiscali Italia S.p.A. (di seguito anche "Tiscali") l'operatore si è riportato a quanto rappresentato nelle note del 4 agosto 2010 prot. 49666 e del 2 novembre 2010 prot. n. 0063873 (di risposta alle note dell'Ufficio gestioni delle segnalazioni nell'ambito dello svolgimento dell'attività di vigilanza) evidenziando le vicende amministrative dell'utenza n. 081512xxxx, intestata a L.M., in costanza di rapporto contrattuale con il predetto operatore. A tal proposito è stato evidenziato quanto segue: in data 14 dicembre 2009 l'utente ha stipulato un contratto con Tiscali per l'attivazione del servizio ADSL Voce, denominato "Tutto incluso 7 We Bit", con portabilità del numero in modalità *Voip*; in data 15 gennaio 2010 l'utente, a seguito di malfunzionamento del servizio, ha richiesto e ha ottenuto da Tiscali il codice di migrazione per passare ad altro operatore; in data 18 gennaio 2010 la Società ha ricevuto una comunicazione del cliente avente ad oggetto la richiesta di disdetta del servizio; in data 5 marzo 2010 Tiscali ha provveduto a cessare il servizio ed in data 10 marzo 2010 Telecom Italia ha confermato l'espletamento dell'ordine di cessazione. In particolare la Società ha rappresentato che quando è pervenuta, in data 18 gennaio 2010, la richiesta di disdetta del contratto del 15 gennaio 2010 la società aveva già comunicato al cliente il codice di migrazione al fine di consentirgli il passaggio all'operatore *recipient* senza soluzione di continuità. In data 5 marzo 2010, non essendo pervenuta alcuna richiesta di migrazione della linea da parte di altri operatori, Tiscali ha provveduto alla cessazione del servizio avviando l'ordine di rientro della numerazione su rete Telecom Italia di cui Tiscali non ha comunque avuto evidenza.

Nelle conclusioni l'operatore sottolinea che l'utente era già in possesso (in data 15 gennaio 2010) del codice di migrazione per passare con altro operatore per la gestione del servizio prima che Tiscali avesse avuto conoscenza (in data 18 gennaio 2010) della volontà dell'utente di risolvere il contratto stipulato con Tiscali in data 14 dicembre 2009 e che la comunicazione di recesso è pervenuta incompleta in quanto non corredata del documento d'identità del cliente, come previsto dall'articolo 3, comma 2 delle condizioni generali di contratto. Poiché tale documento assurge ad elemento essenziale

ai fini della validità del recesso, in quanto conferisce certezza della provenienza della richiesta e della legittimazione del richiedente, il recesso espresso dall'utente L.M. con lettera del 15 gennaio 2010, è da considerarsi nullo e pertanto privo di efficacia.

Ad ogni buon conto l'operatore Tiscali ha comunicato di aver comunque dato avvio alla procedura per verificare la reale volontà del cliente, iniziando un processo di identificazione del cliente che, in assenza di un elemento essenziale della procedura (e cioè del documento di riconoscimento), ha comportato l'espletamento di verifiche incrociate sull'identità del richiedente e sui suoi dati, con conseguente allungamento delle tempistiche della procedura rispetto a quella prevista in presenza di una volontà di recesso validamente espressa.

Di conseguenza l'Operatore sostiene che non sarebbe corretto far decorrere dal 18 gennaio 2010 (data in cui l'operatore ha avuto conoscenza della volontà di recesso del cliente) il termine per la lavorazione della richiesta.

Tuttavia Tiscali in data 5 marzo 2010, non essendo pervenuta alcuna richiesta di migrazione della linea da parte di altro operatore, ha passato l'ordine di cessazione del servizio con rientro dell'utenza su rete Telecom in data 10 marzo 2010, disponendo altresì il blocco della fatturazione.

Per quanto sopra esposto la Società Tiscali Italia S.p.A. chiede che sia disposta l'archiviazione del procedimento in discussione.

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

Con l'atto di avvio del procedimento è stata contestata alla società Tiscali Italia S.p.A. la violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 in combinato disposto con l'articolo 19, comma 3, delibera n. 4/06/CONS come modificata ed integrata dalla delibera n. 274/07/CONS, per non aver trasmesso, in qualità di operatore *donating*, senza indugio all'operatore Telecom Italia l'ordine di cessazione del servizio con rientro, richiesto dall'utente L.M., titolare dell'utenza telefonica n. 081512xxxx, con lettera di recesso del 15 gennaio 2010.

La validità o meno della modalità di esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente al fine di risolvere il contratto stipulato con Tiscali in data 14 dicembre 2009, non rileva ai fini degli addebiti contestati in quanto l'accertamento si è limitato a constatare che l'operatore *donating* non ha trasmesso "senza indugio" all'operatore notificato l'ordine di cessazione del servizio. La *ratio* della norma che si dà per violata è di far sì che venga data immediata attuazione al nuovo contratto stipulato tra operatore *recipient* (nel caso di specie Telecom) e utente. Che questa sia la corretta interpretazione della norma è desumibile anche dal suo tenore letterale, che detta "Qualora, l'operatore alternativo titolare del contratto con il cliente finale riceva da quest'ultimo la comunicazione contenente la sua volontà di cessare il servizio di accesso...omissis..., la inoltra senza indugio all'operatore notificato,...omissis..., e comunque nel termine utile per rispettare la volontà dell'utente in linea con quanto previsto dal contratto per i tempi di

preavviso”, norma che, per l’appunto, prescrive l’inoltro dell’ordine di cessazione “senza indugio” e nel rispetto del termine per i tempi di preavviso. Gli argomenti difensivi prospettati da Tiscali, fondati sulla nullità della volontà di recesso espressa dall’utente con lettera del 15 gennaio 2010 (peraltro solo menzionata in memoria ma non acquisita in atti istruttori), perché manifestata in violazione delle clausole contrattuali previste in tema di recesso sopra espresse, e sul fatto che l’utente, già alla data sopra citata, fosse in possesso del codice di migrazione al fine di passare con l’operatore *recipient* per la gestione del servizio, non possono accogliersi per i motivi di seguito specificati.

Innanzitutto è importante evidenziare che in corso di istruttoria è stato verificato che l’utente ha stipulato il contratto di rientro con Telecom Italia, tramite il *call center* 191, in data 18 gennaio 2010 e per iscritto in data 17 marzo 2010. La norma che si dà per violata ha lo scopo, come già sopra rammentato, di dare immediata esecuzione (per l’appunto “senza indugio”) alla volontà del cliente di cessare il servizio di accesso da OLO *donatig*, nel rispetto dei tempi di preavviso. Le modalità utilizzate dall’utente per l’esercizio del diritto di recesso al fine di risolvere il rapporto contrattuale con Tiscali, giova ripetere, non rilevano ai fini dell’accertata violazione. Poiché è stata provata l’esistenza di un nuovo contratto per la gestione del servizio con l’operatore Telecom Italia *recipient*, l’operatore *donating* avrebbe dovuto sollecitamente trasmettere all’operatore notificato la volontà dell’utente di voler cessare il servizio di accesso, al fine di consentire l’esecuzione del nuovo contratto stipulato tra utente e Telecom Italia per l’erogazione del servizio. Pertanto, l’accertamento compiuto con atto di avvio del procedimento conferma che l’esecuzione del nuovo contratto stipulato tra utente e Telecom Italia non è stato tempestivamente eseguito per comportamento imputabile a Tiscali in qualità di operatore *donating*. In particolare è stato accertato che le richieste di migrazione da parte di Telecom *recipient* inviate in data 18 marzo 2010, 19 aprile 2010 e 26 aprile 2010 sono state annullate rispettivamente per codice di migrazione errato, per impianto non individuato e, infine, per procedura scartata da OLO. Inoltre da sistema è risultata ancora aperta l’esigenza del 18 marzo 2010 assegnata ad OLO per la lavorazione e che non risultavano presenti richieste di cessazione per rientro inserite da OLO.

Anche l’annullamento del processo di migrazione richiesto dal *recipient* in data 18 marzo 2010, avvenuto con causale di scarto “codice di migrazione errato”, evidenzia, l’infondatezza dell’altro argomento difensivo opposto da Tiscali, per cui l’utente avrebbe potuto comunque ottenere la migrazione della linea n. 081512xxxx verso l’operatore *recipient* prescelto in quanto già in possesso del codice di migrazione. Tale argomento non è sostenibile sia perché il codice di migrazione fornito al cliente era errato, sia perché per lo svolgimento e completamento della procedura di migrazione della numerazione n. 081512xxxx era comunque necessario che l’operatore *donating* Tiscali si attivasse per porre in essere i comportamenti previsti dalla norma violata.

Quanto sopra evidenzia una illegittima attività di *retention* realizzata da Tiscali a danno dell’utente, nonostante avesse ricevuto da quest’ultimo un chiaro ordine di cessazione

del servizio manifestato dal cliente con lettera del 15 gennaio 2010. Si precisa, anche se il fatto non rileva per le conclusioni del procedimento, che l'operatore Tiscali ha solo asserito l'invalidità della comunicazione di recesso citata senza documentare le affermazioni sostenute.

RITENUTA, per quanto sopra esposto, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 16 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione contestata, nella misura pari al minimo edittale corrispondente ad euro 58.000,00 (cinquantottomila /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 sopra specificato ad avere il passaggio dell'utenza con portabilità del numero nei confronti dell'operatore prescelto per comportamento negligente imputabile all'operatore OLO *donating* perchè non ha trasmesso, senza indugio, la cessazione del servizio con rientro su rete Telecom Italia, arrecando altresì pregiudizio ad un operatore concorrente, determinando ingiustamente la mancata acquisizione di un nuovo cliente da parte di Telecom Italia;

b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che la società Tiscali Italia S.p.A., seppure con ritardo, ha dato corso alla richiesta di cessazione del servizio in data 5 marzo 2011 con espletamento dell'ordine da parte di Telecom in data 10 marzo 2011) richiesto dall'utente con comunicazione del 15 gennaio 2010;

c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società Tiscali Italia S.p.A. è dotata di un'organizzazione interna idonea a garantire la corretta gestione delle utenze in relazione all'esecuzione della migrazione della linea con portabilità del numero con altro operatore in ottemperanza alle disposizioni vigenti;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da poter sostenere la sanzione nella misura così determinata;

VISTA la proposta formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

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

ORDINA

alla società Tiscali Italia S.p.A., con sede in Cagliari, Località Sa Illetta, S.S. 195 Km 2300, di pagare la somma di euro 58.000,00 (cinquantottomila/00) quale

sanzione amministrativa irrogata ai sensi dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, in violazione dell'articolo 70 del medesimo decreto legislativo 259/03 in combinato disposto all'articolo 19, comma 3 della delibera n. 4/06/CONS come modificata ed integrata dalla delibera 274/07/CONS,

DIFFIDA

la società Tiscali Italia S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione della summenzionata normativa;

INGIUNGE

alla citata società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma sul c/c n. 871012 ovvero tramite versamento sul c/c bancario intestato alla predetta Sezione di Tesoreria e corrispondente al codice IBAN IT5400100003245348010237900, con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa articolo 98, comma 16 del decreto legislativo n.259 del 1 agosto 2003, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n. 393/11/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. 393/11/CONS".

La presente delibera, è notificata all'operatore interessato e pubblicata sul sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Roma, 6 luglio 2011

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI
Gianluigi Magri
Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola