

DELIBERA N. 560/09/CONS

Ordinanza - Ingunzione alla società Tiscali Italia S.p.A. per la violazione dell' articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 e dell' articolo 3, comma 1, della delibera 664/06/CONS, ai sensi dell' articolo 98, comma 16, del D. lgs 259/2003.

L'AUTORITA',

NELLA riunione del Consiglio del 6 ottobre 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' 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*";

VISTO il regolamento di attuazione dell' articolo 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 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. 664/06/CONS del 23 novembre 2006, recante "*Disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 299 del 27 dicembre 2006;

VISTO l' atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 21/09//DIT del 24 aprile 2009, notificato il 13 maggio 2009, con il quale è stata

contestata alla società Tiscali Italia S.p.A. con sede legale in Cagliari, Loc. Sa Illetta, SS 195 km 2,3, la violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259, in combinato disposto con l'articolo 3, comma 1, della delibera n. 664/06/CONS, per l'attivazione di servizi non richiesti nei confronti degli utenti XXX, YYY, ZZZ, WWW, JJJ e QQQ, condotte sanzionabili ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

VISTI gli atti del procedimento;

SENTITA la società Tiscali Italia S.p.A. in audizione il 25 giugno 2009 in relazione ai casi oggetto di contestazione;

CONSIDERATO quanto segue:

**I. Deduzioni della società Tiscali Italia S.p.A.:**

La società Tiscali in relazione alle contestazioni dell'Autorità osserva quanto segue:

a) Con riferimento all'utente XXX, la società Tiscali Italia S.p.A. ha provveduto all'attivazione del servizio Voce 8 Mega previa acquisizione del consenso da parte della società Tizeta Italia S.r.l. e l'inserimento nella piattaforma degli ordini da parte di quest'ultima, che agiva all'epoca dei fatti in nome e per conto di Tiscali, sulla base di un contratto di agenzia senza rappresentanza. In virtù di tale contratto, la società Tizeta si obbligava a verificare l'esattezza e la veridicità di tutti i dati relativi al cliente e in particolare quelli che ne consentono la sua esatta identificazione, accertandone la sottoscrizione e la validità dei documenti originali presentati dal cliente.

La società Tiscali, non appena prevennero da parte di numerosi utenti segnalazioni di disconoscimento contrattuale, e verificato che buona parte degli stessi afferivano ad ordinativi di lavorazione inseriti dalla società Tizeta, ha contestato immediatamente all'Agente tale condotta e, al fine di contenere e di porre rimedio a quanto rilevato, poneva in essere le seguenti attività: "1) immediata interdizione della Società alle funzionalità di caricamento di nuovi contratti, 2) richiesta e acquisizione per verifica di tutti i contratti sottoscritti, 3) istruzioni al customer care per la gestione reattiva delle eventuali lamentele dei clienti, 4) avvio del processo di verifica puntuale di tutti gli ordini inseriti dalla società mediante contratto in *outbound* (...)"

Tiscali ha evidenziato, altresì, come ulteriore azione accessoria messa in pratica dalla società a contenimento e rimedio del fenomeno sopradescritto, che non appena ha avuto conferma del fatto che dalla Tizeta erano pervenuti moduli contrattuali o firme vocali contraffatti, ha conferito mandato ad un avvocato per verificare la sussistenza di ipotesi di reato e, in caso positivo, di estendere una denuncia querela, da depositare presso la competente Autorità Giudiziaria, nei confronti dei soggetti diversi verso i quali emergono responsabilità penali; conseguentemente in data 25 giugno 2008 la società presentava, presso gli Uffici del Compartimento di Polizia postale e delle

comunicazioni di Cagliari, un formale esposto querela da cui prendeva avvio un'indagine investigativa degli organi giudiziari, su tutto il territorio nazionale, volta ad accertare eventuali ipotesi di reato e di responsabilità. In data 25 novembre 2008, la società Tiscali Italia S.p.A. proponeva "Atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo" nei confronti della società TiZeta (decreto ingiuntivo ottenuto da quest'ultima per crediti derivanti da provvigioni non erogate), successivamente, in data 15/06/09, Tiscali presentava presso la competente Sezione del Tribunale ordinario di Cagliari formale ricorso ex articolo 669 *terdecies* cpc. per il sequestro conservativo dei beni mobili e immobili di proprietà della società TiZeta S.r.l. e dei suoi amministratori;

b) Per gli ulteriori casi (YYY, ZZZ, WWW, JJJ e QQQ), la società Tiscali Italia S.r.l. dichiara che le piattaforme informatiche della società, dal mese di dicembre 2007 a tutto marzo 2008, sono state completamente rinnovate. Il passaggio tra i due sistemi informatici ha determinato problematiche in relazione alla conservazione dei dati di sottoscrizione da parte degli utenti; in particolare, tra i dati andati persi (*rectius* rese illeggibili dalla trasformazione della piattaforma informatica) vi sono altresì i log di sottoscrizione online sul portale web degli utenti sopra indicati. La società Tiscali ha dato evidenza di questa problematica in una nota inviata all'Autorità datata 10 dicembre 2007 ed acquisita al protocollo in data 19 dicembre 2007 (n. 75620/2007)

Per quanto sopra esposto la società Tiscali Italia S.p.A. chiede l'archiviazione del procedimento, o, in via subordinata, di valutare le osservazioni sopraesposte al fine di configurare l'illecito amministrativo come configgente la disposizione di cui all'articolo 5, comma 4, della delibera n. 179/03/CSP, con l'applicazione della sanzione più lieve prevista per tali fattispecie.

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

Con riferimento a quanto evidenziato sub a) si evidenzia quanto segue.

Il caso del Sig. XXX riguarda l'ipotesi di attivazione di servizio denominato "Voce 8 Mega" non richiesto dall'utente medesimo, in quanto dalla ricostruzione della vicenda appare chiaro che la società Tiscali Italia S.p.A. ha dato luogo all'attivazione del servizio di ADSL sulla base di inserimento di un ordinativo di lavorazione da parte della società Tizeta S.r.l., senza che quest'ultima abbia acquisito preventivamente il consenso da parte dell'utente

La responsabilità dell'operatore Tiscali Italia S.p.A. risulta, quindi, acclarata, sia nella fase di acquisizione del consenso, quantomeno in termini di *culpa in eligendo* con riguardo al soggetto incaricato dell'acquisizione della clientela, nella specie l'operatore della società Tizeta S.r.l. incaricato da Tiscali, sia, e soprattutto, nella fase di gestione dell'ordinativo teso a determinare l'attivazione del servizio di ADSL, che risulta essere stato trasmesso all'operatore di accesso (Telecom Italia) senza alcun tipo di controllo (*culpa in vigilando*) sulla validità del contratto e sull'operato della società Tizeta S.r.l. Sarebbe bastato, infatti, un controllo minimamente attento per evidenziare l'inesistenza

della sottoscrizione e pertanto della volontà del titolare dell'utenza. Ed infatti un operatore diligente ed in buona fede avrebbe quanto meno effettuato una ulteriore verifica della volontà contrattuale del titolare dell'utenza.

Il comportamento di Tiscali Italia S.p.A., invece, denuncia una grave mancanza di diligenza e professionalità, tanto da escludere in radice la possibilità di rinvenire cause di giustificazione e, tanto meno, di invocare, a favore del predetto operatore, la buona fede ed il legittimo affidamento sulla bontà del contratto *de quo*.

Ne deriva che la società summenzionata ha attivato il servizio di ADSL senza aver accertato la inequivoca volontà del titolare dell'utenza di modificare il rapporto contrattuale in essere e di passare ad altro operatore.

In relazione a quanto sub b) si osserva che le affermazioni della società Tiscali Italia S.p.A. non sono corredate da alcuna prova documentale.

Nella specie, la società Tiscali non ha in alcun modo dimostrato che l'attivazione dei servizi di telecomunicazione agli utenti YYY, ZZZ, WWW, JJJ e QQQ sia avvenuta a seguito di acquisizione del consenso degli utenti sul portale internet della società e che pertanto il log di connessione possano riferirsi agli utenti medesimi.

Inoltre, differentemente da quanto affermato da Tiscali Italia S.p.A. si evidenzia che nella nota invitata il 10 dicembre 2007 non è rinvenibile alcuna indicazione delle problematiche in cui è incorsa la società a seguito della trasformazione della piattaforma informatica, che avrebbe comportato la perdita dei log di connessione al proprio portale da parte degli utenti. La società Tiscali, in vero, ha reso edotta l'Autorità circa la perdita dei log di connessione solo in sede di attività ispettiva.

Ne deriva che anche in tali casi la società ha proceduto all'attivazione di servizi di comunicazione elettronica senza aver acquisito preventivamente il consenso degli utenti.

In relazione alla richiesta di applicazione della sanzione di cui all'articolo 1, comma 31, della legge 249/97, prevista per la violazione dell'articolo 5, comma 4, della delibera 179/03/CSP adottata in luogo della sanzione di cui all'articolo 98, comma 16 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 di cui all'atto di contestazione, essa non può essere accolta in quanto la disposizione sopra citata non può trovare applicazione per il caso di specie, dal momento che non si configura l'attivazione di una offerta a titolo gratuito, né la trasformazione della stessa in una a titolo oneroso, per la quale è necessaria la previa ordinazione da parte dell'utente. Nel caso di specie, la società Tiscali Italia S.p.A. ha proceduto all'attivazione di servizi di comunicazione elettronica senza la preventiva acquisizione del consenso da parte degli utenti.

RITENUTO, pertanto, che ricorrono i presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per la violazione dell'articolo 70 del medesimo decreto legislativo, da determinarsi tra un minimo di euro 58.000,00 (cinquantottomila/00) ed un massimo di euro 580.000,00 (cinquecentoottantamila/00);

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 attivando nei loro confronti servizi di comunicazione elettronica senza aver preventivamente acquisito la loro inequivoca accettazione violando la disposizione di cui all'articolo 70 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 in combinato disposto con l'articolo 3, comma 1, della delibera n. 664/06/CONS;;
- 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. ha provveduto, successivamente al reclamo da parte degli utenti, a alla ripristinare la situazione antecedente all'attivazione dei servizi "non richiesti", ed inoltre, una volta constatata la malafede della società Tizeta S.r.l., ha intrapreso una serie di iniziative giudiziarie, sia in sede civile che penale, nei confronti del proprio agente;
- c) con riferimento alla personalità dell'agente, Tiscali Italia S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire l'assolvimento dell'obbligo di cui all'articolo 3, comma 1, della delibera 664/06/CONS ed a rendere all'utente una completa informativa in relazione agli elementi di cui all'articolo 70 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;
- d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, occorre tenere conto della situazione economico-finanziaria in cui versa la società Tiscali Italia S.p.A..

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione pecuniaria, per le violazioni summenzionate, nella misura pari al minimo edittale, previsto dall'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, equivalente ad euro 58.000,00 (cinquantottomila/00) per ciascuno dei casi sopra indicati, per un importo complessivo di euro 348.000,00 (trecentoquarantottomila/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 della Direzione tutela dei consumatori e gli atti del procedimento sanzionatorio;

SENTITA la relazione dei Commissari relatori 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 2,300,, il pagamento di euro 348.000,00 (trecentoquarantottomila/00), per le violazioni contestate, quale sanzione amministrativa pecuniaria irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

## **DIFFIDA**

la società Tiscali Italia S.p.A. dal porre in essere ulteriori comportamenti in violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 in combinato disposto con l'articolo 3, comma 1, della delibera 664/06/CONS;

## **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 suddetta 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, della del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Delibera n. 560/09/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.

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. 560/09/CONS".

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.

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).

Roma, 6 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