

DELIBERA n. 619/08/CONS

Ordinanza-Ingiunzione alla società Tiscali Italia S.p.A. per l'inosservanza dell'articolo 17, comma 4, della Delibera 4/06/CONS e successive modifiche ed integrazioni

L'AUTORITA',

NELLA riunione del Consiglio del 6 novembre 2008;

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" e successive modifiche ed integrazioni;

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 ed il relativo allegato, recante "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie" e successive modificazioni ed integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 130/08/CONS del 12 marzo 2008, recante "Riforma della delibera n. 54/08/CONS, a sua volta recante "Modifiche ed integrazioni al regolamento in materia di procedure sanzionatorie in attuazione dell'art.14 bis del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e del regolamento in materia di impegni di cui alla delibera n. 645/06/CONS", ed in particolare l'articolo 2, comma 1;

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, recante "Mercato dell'accesso disaggregato all'ingrosso (ivi compreso l'accesso condiviso) alle reti e sottoreti metalliche, ai fini della fornitura di servizi a banda larga e vocali (mercato n. 11 fra quelli identificati dalla raccomandazione della Commissione europea n. 2003/311/CE): identificazione ed analisi del mercato, valutazione di sussistenza di imprese con significativo potere di mercato ed individuazione degli obblighi regolamentari";

VISTO l'atto di contestazione n. 10/08/DIT del 10 aprile 2008 ed il relativo verbale di accertamento, notificato in data 16 aprile 2008, 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, con riferimento all'utenza YYY, intestata all'utente Signora XXX, l'inosservanza dell'articolo 17, comma 4 della delibera dell'Autorità n.4/06/CONS, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 11 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la memoria difensiva della società Tiscali Italia S.p.A. del 14 maggio 2008, pervenuta a questa Autorità in data 19 maggio 2008, prot. 29286;

CONSIDERATO quanto segue:

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

1. La società Tiscali Italia S.p.A. ha rappresentato che "(...) dagli accertamenti condotti con riferimento alle doglianze proposte dalla cliente XXX è emerso che l'attivazione del servizio ADSL di Tiscali denominato ADSL Tandem 4 Mega Flat veniva registrato, previa richiesta telefonica, in data 9 novembre 2006". In particolare Tiscali precisava "(...) che il contratto veniva promosso, in modalità inbound, dalla società XXX, con sede in Cagliari nella Via del Fangario 29, codice fiscale/partita iva e n. iscrizione CCIAA: YYY, con la quale, al tempo, intercorreva con la società scrivente un contratto di appalto di servizi. In data 01/12/2006, a seguito di ricezione del reso postale contenente il modem router concesso in comodato in abbinamento con il servizio ADSL sopra descritto, Tiscali provvedeva a contattare immediatamente la cliente al fine di ricevere conferma in merito alla esattezza dell'indirizzo rilasciato in sede di registrazione. Soltanto in tale occasione, il coniuge della Signora XXX comunicava che la cliente non aveva richiesto alcun servizio né intendeva concludere alcun contratto con Tiscali. Per tale ragione e a seguito di tale comunicazione, la stessa cliente inviava alla sede amministrativa di Tiscali, formale lettera di disdetta, che veniva puntualmente ricevuta in data 07/12/2006. A seguito della volontà manifestata dalla cliente, la società (...) provvedeva immediatamente a disattivare la linea ADSL, emettendo nota di credito (...) a completo storno dell'unica fattura in precedenza emessa, e adoperandosi, per quanto nelle proprie possibilità, al fine di contenere i disagi patiti dalla cliente".

2. Inoltre Tiscali ha eccepito che "l'art. 3 della legge 689/1981 richiede necessariamente che il fatto previsto come illecito amministrativo possa essere attribuito al soggetto agente solo e nei limiti in cui questi abbia agito con la coscienza e volontà di commettere un'azione od omissione costituente illecito amministrativo, sì che l'errore sul fatto esclude la responsabilità dell'agente. Se questo è il criterio fondamentale di imputabilità dell'illecito amministrativo, deve certamente riconoscersi che nessuna responsabilità può configurarsi nella posizione della società Tiscali Italia S.p.A., la quale ha agito in completa buona fede". Inoltre l'operatore ha evidenziato che "se anche

dunque la violazione amministrativa prevista dall'art.98, comma 11 del D.lgs n. 259/2003 fosse ravvisabile nella sua materialità, deve certamente riconoscersi che nessun addebito di responsabilità possa essere formulato a carico di Tiscali, di cui non può essere messa in dubbio l'assoluta buona fede. Tiscali, infatti, non poteva che fare pieno affidamento sul rapporto contrattuale di fiducia esistente con la società XXX, della cui affidabilità - all'epoca - non poteva certo dubitare. Sul piano soggettivo non può dunque ritenersi sussistente neppure la coscienza e volontà della condotta, atteso che l'operatore in nessun modo poteva rappresentarsi e avere la consapevolezza di eventuali irregolarità commesse dall'appaltatore, sì che la buona fede esimerebbe comunque da ogni responsabilità la società Tiscali, in applicazione della regola prevista dall'art.3 della legge 689/81.

L'affidamento di tale attività all'appaltatore, i controlli periodicamente effettuati sull'attività da questo svolta, le assicurazioni della società XXX non possono, infatti non essere considerati quali elementi positivi idonei (così come richiesto dalla giurisprudenza di legittimità, cfr. ex plurimis: Cassazione civile, sez. II, 11 giugno 2007, n. 136109) ad escludere la coscienza e la volontà della condotta costituente la violazione contestata, la quale è materialmente riconducibile unicamente alla società XXX”.

3. La società resistente eccepiva, inoltre, “l’illegittimità della contestazione per la mancata osservanza dei termini perentori previsti per la notificazione degli estremi della violazione previsti dall’art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689 e ribaditi dall’art.5, comma 4 della delibera n. 136/06/CONS”. In particolare la società evidenziava che “come è noto, ai sensi dell’art.14 cit., se non è avvenuta la contestazione immediata gli estremi della violazione devono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro novanta giorni dall’accertamento”. Inoltre la società richiamava il disposto dell’art.5, comma 4, della delibera 136/06/CONS recante il Regolamento in materia di procedure sanzionatorie, il quale prevede che “l’atto di contestazione della violazione deve essere notificato al trasgressore entro novanta giorni dal completo accertamento del fatto con le modalità di cui all’art.14 della legge 24 novembre 1981, n. 689”. Tiscali eccepiva la presunta tardività della contestazione ed in particolare sosteneva che “(...) la violazione contestata risulta accertata già dalla data del 3 dicembre 2007 e che la contestazione della violazione è stata notificata solo in data 16 aprile 2008 (...) e sottolineava, quindi, “(...) che la notificazione della contestazione debba considerarsi inevitabilmente tardiva. Il mancato rispetto dei termini previsti per la notificazione della contestazione determina senz’altro l’estinzione *ope legis* dell’obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione, operando la causa estintiva prevista dall’art.14, ultimo capoverso della Legge 24 novembre 1981, n.689”.

4. La società ha, inoltre, evidenziato che “la contestazione in oggetto risulta identica nel genere e nella specie alle contestazioni 35/07/DIT e 36/07/DIT già notificate (...) alla società in data 28/01/2008 e materialmente riconducibili alla società XXX S.r.l.”.

Tiscali sostiene, sul punto, che tutte le violazioni siano state poste in essere in attuazione di una condotta unitaria. Rilevando, in particolare, che, anche nelle precedenti

occasioni, la società XXX S.r.l. non forniva a Tiscali le registrazioni vocali comprovanti l'acquisizione del consenso da parte dei rispettivi titolari delle utenze interessate.

Sulla base di questo assunto l'operatore riteneva certamente configurabile tale vicenda sotto l'istituto della continuazione tra le diverse violazioni, per cui, in applicazione della disposizione prevista dall'articolo 8 della legge 689/1981, secondo la quale "chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo", deve riconoscersi la sussistenza di tutti i presupposti per l'applicazione del cumulo giuridico previsto dall'art.8 della legge 689/1981.

5. La società precisava, altresì, che "se anche le considerazioni richiamate non fossero (...) ritenute sufficienti ad esimerla da responsabilità, non potendosi escludere in assoluto che il servizio attivato sia stato effettivamente richiesto dall'utente, tuttavia un corretto governo della regola di giudizio prevista dall'ultimo comma dell'art.23 della legge 689/1981 dovrebbe condurre comunque all'accoglimento dell'opposizione, non ravvisandosi davvero nel caso di specie prove sufficienti della responsabilità dell'opponente".

6. Ciò ritenuto, infine, la società Tiscali Italia S.p.A. ha chiesto di essere sentita in audizione ed ha richiesto, altresì, l'archiviazione degli atti e/o l'annullamento o la revoca del verbale di accertamento e contestazione, o, in via subordinata la determinazione di una sanzione amministrativa nella misura minima consentita dalla legge.

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

1. Il caso di specie riguarda l'ipotesi di attivazione di servizi di comunicazione elettronica non richiesti in quanto dalla ricostruzione della vicenda appare chiaro che la società Tiscali Italia S.p.A. ha dato luogo all'attivazione non richiesta del servizio ADSL, denominato "ADSL Tandem 4 Mega Flat", in data 9 novembre 2006.

In particolare, la società Tiscali non ha dato prova di aver conservato copia "scritta" della richiesta del servizio di accesso da parte del cliente attestante la volontà di quest'ultimo di recedere dai contratti preesistenti (la cui esibizione alla parte interessata è espressamente prevista dall'art.17, comma 4, della delibera 4/06/CONS, a riprova della rilevanza che le disposizioni emanate dall'Autorità attribuiscono alla espressione diretta e personale della volontà di contrarre da parte del contraente).

Con riferimento alle eccezioni manifestate da Tiscali, in ordine alle contestate violazioni, si evidenzia che le tesi prospettate nell'ambito delle memorie difensive e sostanzialmente ribadite nel corso dell'audizione (richiesta dall'operatore e tenuta presso la sede dell'Autorità il giorno 28 maggio 2008), non possono ritenersi idonee ad escludere la responsabilità della Tiscali Italia S.p.A.

2. Più specificamente la società ha, innanzitutto, eccepito l'assenza di responsabilità in ordine alla condotta contestata ed ha invocato la sua completa buona fede.

L'assunto della società Tiscali Italia S.p.A., per cui la stessa avrebbe agito in buona fede, sulla base di un consenso che ha ritenuto valido, facendo ragionevolmente affidamento su quanto dichiarato dalla società XXX S.r.l., risulta ampiamente smentito. La responsabilità dell'operatore Tiscali Italia S.p.A. risulta, infatti, pienamente acclarata nella fase di acquisizione del consenso (quantomeno in termini di *culpa in eligendo* con riguardo al soggetto incaricato dell'acquisizione della clientela, nella specie la società di call center XXX S.r.l.) 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*). E' mancato, cioè, ogni tipo di riscontro teso a verificare - prima di procedere all'attivazione del servizio - l'idoneità dell'ordinativo a rappresentare fedelmente la 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.

3. In ordine all'asserita illegittimità della contestazione per la mancata osservanza dei termini perentori previsti per la notificazione degli estremi della violazione, si emargina in questa sede che 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 il "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie", dispone che "*L'atto di contestazione deve essere notificato al trasgressore, entro novanta giorni dal completo accertamento del fatto ai sensi dell'art. 4, comma 6, con le modalità di cui all'art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689*".

Nel caso di specie, in seguito a segnalazione pervenuta a questa Autorità, l'Ufficio gestione delle segnalazioni della Direzione tutela dei consumatori ha provveduto, nell'esercizio delle ordinarie funzioni istituzionali di vigilanza, alla mera acquisizione di informazioni e documenti trasmessi al citato Ufficio dalla società Tiscali Italia S.p.A..

Deve, quindi, ritenersi che, nella fattispecie *de qua*, l'accertamento sia consistito nella qualificazione giuridica dei fatti, qualificazione compiuta dal Responsabile del procedimento all'atto dell'accertamento e della contestazione della violazione. Essendo, pertanto, coincisi i tempi di tali formalità (accertamento e contestazione avvenuti in data 10 aprile 2008 e notificati presso la sede dell'operatore in data 16 aprile 2008), è di tutta evidenza che il termine perentorio di 90 giorni, richiamato dall'operatore telefonico, è stato in concreto rispettato.

Si evidenzia, inoltre, che l'accertamento della violazione debba essere necessariamente collocato in epoca successiva a quella della segnalazione dell'utente e dell'acquisizione dei documenti. L'acquisizione documentale (realizzata attraverso l'invio da parte dello stesso operatore di una nota di riscontro (con i relativi allegati) inviata all'UGS in data 14/11/2007, in cui Tiscali afferma testualmente "al momento la scrivente non è in

possesso della registrazione vocale comprovante l'adesione al contratto ...) si è, infatti, rivelata quale fase propedeutica all'individuazione, in data 10 aprile 2008, del caso specifico (da parte del responsabile del procedimento) in ordine al quale instaurare il procedimento sanzionatorio.

4. Tiscali invoca, inoltre, l'applicazione dell'istituto del cumulo giuridico, previsto per sanzionare più illeciti amministrativi compiuti con una sola azione o omissione.

In particolare la società evidenzia che la contestazione di cui al procedimento n. 10/08/DIT risulta identica nel genere e nella specie alle contestazioni n. 35/07/DIT e n. 36/07/DIT (le cui violazioni risulterebbero, a parere dell'operatore, materialmente riconducibili alla società XXX S.r.l.) sostenendo che "tutte le violazioni siano state poste in essere in attuazione di una condotta unitaria". L'operatore rileva che, "anche nelle precedenti occasioni la società XXX S.r.l. non forniva a Tiscali le registrazioni vocali, comprovanti l'acquisizione del consenso da parte dei rispettivi titolari delle utenze interessate"; pertanto, a parere dell'operatore, la vicenda che ha originato l'apertura del procedimento sanzionatorio sarebbe sussumibile sotto l'istituto della continuazione tra le diverse violazioni. In aggiunta la società destinataria dell'atto di contestazione ritiene che "deve riconoscersi la sussistenza di tutti i presupposti per l'applicazione del cumulo giuridico previsto dall'art.8 della Legge 689/1981".

Il richiamato motivo, eccetto dalla società in contestazione, non può trovare accoglimento, poiché il principio sotteso all'applicabilità del cumulo giuridico è quello desumibile dall'art.8, comma 1, che considera come presupposto ineludibile che si tratti di violazioni ricollegabili ad un' "unica" e "ben individuata" azione od omissione, ossia ad un comportamento commissivo od omissivo tenuto dal soggetto in uno specifico, preciso arco temporale entro il quale ha svolto ed esaurito i propri effetti. Ne deriva che, in funzione della qualificazione dell'azione come unica, è ininfluenza che essa possa essersi tradotta in una pluralità di atti, atteso che ciò che rileva è che questi siano preordinati ad un unico obiettivo, da raggiungere con riferimento ad una ben specifica situazione e nell'ambito di un'unica sequenza temporale.

Pertanto il caso di specie non è riconducibile ad una siffatta ipotesi, atteso che le violazioni contestate alla ricorrente, nell'ambito del presente procedimento e nell'ambito dei richiamati procedimenti (n. 35/07/DIT e n. 36/07/DIT), sono state accertate sulla base di distinte segnalazioni ed al termine di verifiche effettuate a distanza, con un considerevole intervallo di tempo l'una dall'altra, e in ciascuna di esse l'operatore ha svolto un'azione diretta a conseguire, a spese del singolo utente, un vantaggio ingiustificato.

Ne risulta che, agli effetti sanzionatori, ciò che rileva non è il sistema adottato, ma il comportamento concretamente assunto dall'operatore, ossia l'applicazione effettiva che di esso si fa nei confronti dei singoli utenti, cioè il modo e la misura in cui esso è stato utilizzato nei confronti di ciascuno di essi, con azioni distinte e separate, realizzate singolarmente, ancorché tutte preordinate all'attivazione di servizi di comunicazione elettronica e finalizzate ad un arricchimento ingiustificato in danno dei singoli utenti.

5. In ordine al punto 5 della memoria difensiva va rilevato che la medesima società, allorché ha evidenziato (nel menzionato atto di difesa) che "deve ritenersi che

tutte le violazioni siano state poste in essere in attuazione di una condotta unitaria”, ha sostanzialmente riconosciuto che il caso di specie rappresenta una violazione alla normativa vigente, ammettendo implicitamente l’antigiuridicità della condotta posta in essere, risultando, quindi, confermata la responsabilità della Società in epigrafe nella violazione contestata.

RITENUTA, in conclusione, la sussistenza dei presupposti per l’applicazione della sanzione amministrativa prevista dall’articolo 98, comma 11, del decreto legislativo n. 259 del 1° agosto 2003, avendo accertato che la società Tiscali Italia S.p.A. non ha rispettato, gli obblighi di cui all’art.17, comma 4 della delibera dell’Autorità n. 4/06/CONS e successive modifiche ed integrazioni;

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 dell’utente, dal momento che la società medesima ha attivato il servizio di ADSL, con conseguente distacco dell’utenza dalla rete di Telecom Italia, in mancanza di richiesta da parte della Signora XXX;

b) con riferimento all’opera svolta dall’agente per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che Tiscali Italia S.p.A. ha provveduto, successivamente al reclamo dell’utente, alla disattivazione del servizio ed allo storno della fattura emessa. Inoltre la società Tiscali, una volta constatata la malafede della società XXX ha provveduto a cessare ogni rapporto contrattuale con la medesima società;

c) con riferimento alla personalità dell’agente, va precisato che Tiscali Italia S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire il rispetto della normativa regolamentare in materia di attivazione del servizio di ADSL;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell’agente, la situazione patrimoniale della società Tiscali Italia S.p.A. è tale da poter sostenere la sanzione prevista per la violazione contestata.

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione pecuniaria per la violazione di cui trattasi nella misura pari al minimo edittale, previsto dall’articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, come modificato dal decreto legge n. 262 del 3 ottobre 2006, equivalente ad euro 120.000,00 (centoventimila/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 relazione del responsabile del procedimento, Avv. Vincenzo Mario Sbrescia, e le risultanze istruttorie;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

SENTITA 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, il pagamento di Euro 120.000,00 (centoventimila/00) per la violazione dell'articolo 17, comma 4, della delibera 4/06/CONS e successive modifiche ed integrazioni, quale sanzione amministrativa pecuniaria irrogata ai sensi dell'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259

DIFFIDA

la medesima società ad adottare le misure necessarie per impedire che possano profilarsi ulteriori condotte in violazione dell'articolo 17, comma 4 della delibera 4/06/CONS e successive modifiche ed integrazioni.

INGIUNGE

alla citata società di versare la somma di Euro 120.000,00 (centoventimila/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 ai sensi dell'art. 98, comma 11, 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 "619/08/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.

Roma, 6 novembre 2008

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