

DELIBERA N. 653/07/CONS

Ordinanza-Ingiunzione alla società Tiscali Italia S.p.A. per l'inosservanza dell'articolo 4, comma 2, 6 e 7 della delibera 13/00/CIR e dell'articolo 17, comma 4, della delibera 4/06/CONS e successive modifiche ed integrazioni

L'AUTORITA',

NELLA riunione del Consiglio del 19 dicembre 2007;

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, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 31 marzo 2006, n. 76, ed il relativo Allegato, recante "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie" e successive modificazioni 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. 13/00/CIR del 6 dicembre 2000, concernente "La valutazione dell'offerta di riferimento di Telecom Italia avente ad oggetto gli aspetti tecnici e procedurali dei servizi di accesso disaggregato a livello di rete locale e procedure per le attività di predisposizione ed attribuzione degli spazi di co-locazione";

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. 37/07/DIT del 9/08/2007, con il quale si è accertato che l'operatore Tiscali Italia S.p.A., con sede in Cagliari, località Sa Illetta, S.S. 195, Km 2300, con riferimento all'utenza XX intestata all'utente XY, non ha

rispettato gli obblighi imposti ai sensi dell'articolo 4, comma 2, 6 e 7 della delibera dell'Autorità n.13/00/CIR del 6 dicembre 2000 e dell'articolo 17, comma 4 della delibera 4/06/CONS e successive modifiche ed integrazioni;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la memoria difensiva della società Tiscali Italia S.p.A. del 12 settembre 2007, pervenuta a questa Autorità in data 14 settembre 2007, con riferimento all'utenza di cui trattasi;

CONSIDERATO quanto segue:

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

1. La società Tiscali Italia S.p.A. ha rappresentato che l'ordine di attivazione del servizio ADSL "Tandem 8 Mega Flat" sui sistemi della Società (CRM) è stato inserito in data 31/08/2006, solo dopo aver ricevuto, da parte di una delle società esterne appartenenti alla rete di vendita indiretta di Tiscali, la registrazione vocale comprovante la volontà inequivoca del Sig. XY di attivare il servizio sopra indicato.

In particolare l'operatore evidenziava :

- che dalla registrazione vocale si desume che il Sig. XY dichiarava di essere espressamente autorizzato dal Sig. WY, titolare dell'utenza telefonica n. XX;
- che le procedure tese alla registrazione del servizio rispettavano "nelle forme quanto disposto dal Capo I Sezione II del decreto legislativo 206/2005 che regola le modalità di conclusione dei contratti c.d. a distanza; infatti attraverso tali modalità l'utente, autorizzava preliminarmente l'operatore telefonico alla richiesta di attivazione del servizio proposto, procedendo alla registrazione vocale della propria scelta commerciale, durante la quale Tiscali, "in tempo utile e prima della conclusione di qualsiasi contratto" comunicava all'utente tutte le informazioni di cui all'art.52 del Codice del consumo;
- che l'accettazione da parte della società scrivente della richiesta di adesione al servizio formalizzata tramite registrazione vocale del consenso, rappresentava il momento perfezionativo del contratto. Infatti anche sulla base dell'art.1326 c.c. il contratto si conclude "...nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte" e la "...proposta e la accettazione (...) si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario... Art. 1355 c.c.".
- che il consenso prestato dal rappresentante dell'interessato non può considerarsi invalido o inefficace, sulla base dei principi generali in materia di rappresentanza negoziale. Infatti, nel caso di specie, l'attivazione del servizio da parte del Sig. XY, avvenuta previo rilascio di esplicita autorizzazione del titolare della utenza telefonica, rientra a pieno titolo nella fattispecie regolata dall'art. 1388 c.c. per cui "il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato (...) produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato". "Giova osservare a tale proposito che la conclusione dei contratti di somministrazione aventi ad oggetto servizi di

telecomunicazioni non è soggetta ad oneri formali. Né il codice civile né quello del consumo richiedono, infatti, per il perfezionarsi del contratto a distanza la forma scritta *ad substantiam* e neppure una forma scritta *ad probationem*, risultando perfettamente valido ed efficace il consenso espresso verbalmente”;

- che la suddetta società esponente non aveva motivo di dubitare della legittimazione del richiedente il servizio né dei poteri della rappresentanza negoziale. Infatti, il Sig. XY risultava legittimamente autorizzato dal Sig. WY – intestataria della linea – a stipulare il contratto in parola, dichiarando, pertanto, di agire in nome e per conto dell’intestatario medesimo in virtù di un potere rappresentativo (c.d. *contemplatio domini*). Né la società, a fronte della espressa spendita del nome del soggetto rappresentato, avrebbe potuto richiedere la giustificazione dei poteri, atteso che, ai sensi dell’art.1392 c.c., la procura può essere rilasciata con le stesse “forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere” e quindi, nel caso di specie, anche *verbis*;

- che anche se il richiedente l’attivazione del servizio avesse agito senza avere i poteri o comunque eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, non si sarebbe potuta ravvisare una responsabilità a carico dell’operatore stesso, il quale non poteva fare affidamento su quanto dichiarato dal richiedente. Tiscali rilevava che se anche, dunque, il consenso espresso dal *falsus procurator* fosse inefficace, unico responsabile - anche nei confronti del terzo contraente - sarebbe comunque il soggetto che ha agito privo dei poteri di rappresentanza.

2. Tiscali ha eccepito “da ultimo, l’illegittimità della contestazione per la mancata osservanza dei termini perentori previsti per la notificazione degli estremi della violazione di cui all’art.14 della Legge 24 novembre 1981, n. 689 e ribaditi dall’art.5, comma 4 della delibera n.136/06/CONS; ed ha evidenziato in particolare che, come è noto, ai sensi dell’art.14 cit. se non è avvenuta la contestazione immediata, “gli estremi della violazione debbono esser notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni dall’accertamento”. A tal proposito ha, altresì, rappresentato che “tale disposizione è (...) richiamata dal disposto dell’art.5, comma 4, della delibera 136/06/CONS recante il Regolamento in materia di procedure sanzionatorie, il quale pure 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. Atteso che la violazione contestata risulta accertata nel corso del procedimento ispettivo disposto in data 27 novembre 2006 e che la contestazione della violazione è stata notificata solo nell’agosto 2007, è evidente che la notificazione della contestazione debba considerarsi tardiva. Il decorso 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.

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

Il caso di specie riguarda l'ipotesi di attivazione di servizio di accesso disaggregato non richiesto 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 delle dichiarazioni espresse dal Sig. XY, che non risulta essere titolare del precedente contratto con Telecom Italia per l'utenza n. XX, che era intestata al padre Sig. WY;
- il consenso espresso dal Sig. XY non poteva, pertanto, essere ritenuto idoneo a manifestare, come invece asserisce la società in questione, l'inequivoca volontà del titolare dell'utenza Sig. WY all'attivazione del citato servizio ADSL, atteso che il Sig. XY non era dotato dei poteri di rappresentanza necessari per mutare il rapporto contrattuale stipulato dal titolare dell'utenza in questione con altro operatore;
- tale considerazione riveste particolare importanza in quanto, se, in base alla giurisprudenza della Suprema Corte (Sez.III, 7 luglio 1995, n.7501), è verosimile ipotizzare che il coniuge contraente abbia agito non soltanto in proprio ma anche a nome dell'altro coniuge, ciò non trova giustificazione nel caso di soggetti legati al titolare dell'abbonamento da differenti rapporti di parentela essendo richiesta dalla normativa di settore una cautela maggiore;
- peraltro, la società Tiscali non ha 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 iniziale, o con delega che non può essere verbale ma a sua volta scritta.

Dall'analisi della vicenda, dunque, risulta facilmente rilevabile la mancanza di legittimazione da parte di un soggetto diverso dal Sig. WY, titolare del contratto iniziale (cioè quello con Telecom Italia) a stipulare un contratto di ULL sulla base di una non meglio dimostrata delega verbale. Emerge, quindi, l'assoluta invalidità ed inidoneità di un simile contratto a produrre effetti civili e, ancor più, a dimostrare l'esistenza della inequivoca volontà dell'abbonato a cambiare operatore di comunicazione, ai sensi delle delibere dell'Autorità in materia.

Pertanto, l'assunto delle 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 dal Sig. XY, e, dunque, sui poteri di rappresentanza dallo stesso manifestati, risulta ampiamente smentito relativamente sia all'affidamento sulla validità del consenso manifestato da persona non legittimata ad esprimerlo, sia a quello sui poteri di rappresentanza.

Dunque con riferimento alle eccezioni manifestate da Tiscali in ordine alle contestate violazioni, si evidenzia che le tesi prospettate sia nell'ambito delle memorie difensive che nell'ambito dell'audizione tenuta il giorno 11 ottobre 2007, presso la sede dell'Autorità, non possono ritenersi idonee ad escludere la responsabilità della Tiscali Italia S.p.A.; anzi, dalla documentazione raccolta nel corso dell'ispezione (nella specie firma vocale su supporto magnetico) risulta evidente il mancato rispetto delle norme

oggetto della contestazione. Risulta, quindi, confermata la responsabilità della Società in epigrafe nella violazione contestata.

La responsabilità dell'operatore Tiscali Italia S.p.A. risulta, quindi, acclarata, sia nella fase di acquisizione del consenso (quantomeno in termini di colpa in eligendo con riguardo al soggetto incaricato dell'acquisizione della clientela, nella specie l'operatore del call center di 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 (colpa in vigilando). Sarebbe bastato, infatti, un controllo minimamente attento per evidenziare la inidoneità del contratto a rappresentare la volontà del titolare dell'utenza. In effetti, dinanzi ad una registrazione della firma vocale (come quella depositata in atti) di un soggetto non titolare dell'utenza in questione, 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 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, il Servizio Ispettivo ha provveduto ad eseguire la dovuta ispezione presso la società Tiscali Italia S.p.A. mediante la semplice acquisizione di atti e documenti.

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 9 agosto 2007), 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 dell'ispezione; l'acquisizione documentale si è, infatti, rivelata quale fase propedeutica all'individuazione dei casi specifici in ordine ai quali instaurare un procedimento sanzionatorio.

Va, altresì, evidenziato che relativamente ai vari casi oggetto della citata ispezione effettuata dall'Autorità presso la sede di Tiscali vi sono state valutazioni giuridiche

differenti che hanno determinato per 8 casi l'avvio dei relativi procedimenti sanzionatori e l'archiviazione in via amministrativa per gli altri.

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 accesso disaggregato, con conseguente distacco dell'utenza dalla rete di Telecom Italia, in mancanza di richiesta da parte del Sig. WY;
- 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, a cessare il contratto e ad avviare lo storno integrale della fattura emessa a carico dell'utente,
- c) con riferimento alla personalità dell'agente, va precisato che Tiscali Italia S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire la corretta attivazione del servizio di unbundling;
- d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, la situazione patrimoniale della società Tiscali Italia S.p.A. è tale da poter senza dubbio sostenere la sanzione prevista per le violazioni contestate.

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione pecuniaria per la violazione di cui trattasi nella misura pari al doppio del minimo edittale, previsto dall'articolo 98, comma 13, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, equivalente ad euro 34.000,00 (trentaquattromila/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 del Commissario Sebastiano Sortino, relatore 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 € 34.000,00 (Euro trentaquattromila/00) per la violazione dell'articolo 4, comma 2, 6 e 7 della delibera 13/00/CIR e dell'articolo 17, comma 4, della delibera 4/06/CONS e successive modifiche ed integrazioni, quale sanzione

amministrativa pecuniaria irrogata ai sensi del combinato disposto dell'art. 44, comma 1, e 98, comma 13, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259

INGIUNGE

alla citata società di versare la somma di € 34.000,00 (trentaquattromila/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 del combinato disposto dell'art. 44, comma 1, e 98, comma 13, 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 “DEL. 653/07/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.

Napoli, 19 dicembre 2007

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

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