

DELIBERA N. 656/07/CONS

Ordinanza-Ingiunzione alla società Tiscali Italia S.p.A. per l'inosservanza degli obblighi imposti in materia di unbundling del local loop (ull) dall'articolo 6, comma 3, dell'allegato a alla delibera 2/00/CIR e dall'articolo 4, comma 2, della delibera 13/00/CIR

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 modifiche e 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 e integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 2/00/CIR del 16 marzo 2000, recante "Linee guida per l'implementazione dei servizi di accesso disaggregato a livello di rete locale e disposizioni per la promozione della diffusione dei servizi innovativi";

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 collocazione";

VISTO l'atto di contestazione n. 41/07/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 2.300, con riferimento all'utenza XX intestata all'utente Sig. XY ha attivato, in data 19 luglio 2006, il servizio di accesso disaggregato Tiscali Tandem 8 Mega Flat, senza aver preventivamente acquisito *"l'esplicita manifestazione di volontà"*

del cliente di accedere a detti servizi”, così come previsto dall’art. 6, comma 3, della delibera 2/00/CIR, e non è stato in grado di fornire idonea documentazione contrattuale, contravvenendo, altresì, all’obbligo imposto dall’art. 4, comma 2, della delibera 13/00/CIR, di “conservare l’originale dell’ordine trasmesso, unitamente alla copia del contratto sottoscritto con il proprio cliente e, nel caso di cliente precedentemente titolare di un contratto di abbonamento con Telecom Italia, alla manifestazione di volontà di tale cliente di recedere dal contratto con Telecom Italia”;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la memoria difensiva della società Tiscali Italia S.p.A.,

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

1. Tiscali ha evidenziato di aver inserito l’ordine di attivazione del servizio ADSL Tandem Mega Flat sui sistemi della Società (CRM) in data 06/07/2006, 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. WY, nato a xxxx (SS) il xxxxx, codice fiscale:xxxx, di attivare il servizio richiesto relativamente all’utenza telefonica XX.

In particolare l’operatore ha precisato che:

- la procedura di registrazione del servizio rispettava 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 delle conclusioni di qualsiasi contratto” comunicava all’utente tutte le informazioni cui all’art. 52 del Codice del consumo;
- l’accettazione da parte di Tiscali 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 della accettazione dell’altra parte” e la “...proposta e la accettazione (...) si reputano conosciute nel momento in cui giungono all’indirizzo del destinatario ...” in base all’art. 1335 c.c.
- “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, infatti, richiedono per il perfezionarsi del contratto a distanza la forma scritta *ad substantiam*, risultando perfettamente valido ed efficace il consenso espresso verbalmente;

- la suddetta società esponente non aveva motivo di dubitare della legittimazione del richiedente il servizio. Infatti, il Sig. WY attestava di essere intestatario della linea telefonica interessata;
- “se anche il richiedente l’attivazione del servizio avesse agito senza avere i poteri o comunque eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, in tal caso non potrebbe ravvisarsi una responsabilità a carico di Tiscali, la quale non poteva che fare affidamento su quanto dichiarato dal richiedente. 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 necessari poteri di rappresentanza. – “se anche, dunque, la linea attivata fosse risultata intestata a persona diversa dal richiedente, in ogni caso nessuna responsabilità può porsi a carico di Tiscali, in quanto fuorviata dalle dichiarazioni non veritiere dell’utente”.

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.

SENTITA in audizione Tiscali Italia S.p.A. in data 11 ottobre 2007;

II. Valutazioni dell’Autorità in merito:

a) Il caso di specie riguarda l’ipotesi di attivazione del servizio di accesso disaggregato “Tandem 8 Mega Flat” da parte dell’operatore Tiscali sull’utenza n. XY intestata al Sig. XY, autore della summenzionata segnalazione, che ha dato avvio alle attività ispettive di questa Autorità. In particolare tale attivazione non risulta essere stata richiesta dal titolare dell’utenza n.XX, come emerge chiaramente dal contenuto della registrazione della firma vocale prodotta in atti da Tiscali. Peraltro, già in sede di ispezione Tiscali

testualmente riferiva che “il contratto è stato attivato in outbound con registrazione vocale che a Tiscali risulta, a posteriori, non regolare in quanto l’interlocutore non risultava il legittimo intestatario del contratto né dallo stesso formalmente delegato”.

Più specificamente va ulteriormente precisato che le violazioni accertate nel verbale di accertamento e contestate nell’atto di contestazione n. 41/07/DIT risultano confermate dal contenuto del supporto informatico prodotto da Tiscali nell’audizione dell’11 ottobre 2007, in quanto il cd rom depositato in atti dal citato operatore non contiene la registrazione vocale del consenso manifestato dal titolare dell’utenza n. XX, oggetto della segnalazione da parte del Sig. XY, bensì contiene la registrazione vocale del consenso manifestato dal Sig. WY che non risulta essere titolare dell’utenza in questione. Ed infatti dall’ascolto del su indicato cd rom emerge chiaramente che è l’utente, Sig. WY, ad aver aderito all’offerta prospettata da un operatore di call center di Tiscali, manifestando la propria volontà di attivare il servizio di ADSL, tramite la registrazione vocale del consenso.

Dall’analisi della vicenda, dunque, risulta facilmente rilevabile la mancanza di legittimazione da parte di un soggetto diverso dal Sig. XY a stipulare un contratto di ULL. 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.

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 culpa 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 (culpa in vigilando). Sarebbe bastato, infatti, un controllo minimale per verificare che il Sig. WY non era, ancorché da lui stesso dichiarato, il titolare della linea XX.

Il comportamento di Tiscali Italia S.p.A., invece, denuncia la 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.

b) 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.

Quanto alla valutazione dei motivi in fatto, muovendo dagli elementi istruttori disponibili, è possibile affermare quanto in appresso:

1. per quanto concerne la fattispecie rilevata l'utente non aveva manifestato l'inequivoca volontà di concludere alcun contratto né posto in essere comportamenti concludenti in tal senso;
2. pertanto, si tratta di un'ipotesi di attivazione di un servizio di unbundling non richiesto dall'utente.

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. XY;

- 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 il ripristino dello status quo ante;
- 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 in oggetto 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 2.300, il pagamento di € 34.000,00 (Euro trentaquattromila/00) per la violazione dell'articolo 6, comma 3 della delibera n. 2/00/CIR, e dell'articolo 4, comma 2, della delibera 13/00/CIR, così come in motivazione, 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. 656/07/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