

## DELIBERA N. 69/10/CONS

Ordinanza - ingiunzione alla società Tiscali Italia S.p.A. per violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 259 del 1° agosto 2003 e dell' articolo 17, commi 4 e 6 della delibera 4/06/CONS come modificata dalla delibera 274/07/CONS

### L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio dell' 11 marzo 2010;

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 in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 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. 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 274/07/CONS del 6 giugno 2007, in particolare l'articolo 17, commi 4 e 6 ;

VISTO l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 47/09//DIT del 19 ottobre 2009, 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 del decreto legislativo 1° agosto 2003 n. 259 in combinato disposto con l'articolo 17, commi 4 e 6 della delibera dell'Autorità n. 4/06/CONS, così come modificata dalla delibera 274/07/CONS, per aver attivato il servizio Adsl e voce denominato "*Tutto Incluso Vull*" sull'utenza xxxx intestata a XXX senza aver dato prova di aver trasmesso al cliente un modulo d'ordine contenente tutte le informazioni prescritte dalla normativa vigente, né ha fornito copia scritta della richiesta del servizio d'accesso da parte del cliente attestante la volontà di quest'ultimo di recedere dai

contratti preesistenti, condotta sanzionabile ai sensi dell'articolo 98, comma 16 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

VISTA la memoria difensiva presentata dalla società Tiscali Italia S.p.A., in data 16 novembre 2009, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 87092 del 20 novembre 2009;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

### **I. Deduzioni della società interessata.**

La società Tiscali Italia S.p.A. nelle memorie difensive ha rappresentato quanto segue.

1. in via preliminare l'operatore ha eccepito che il fatto accertato non può configurare violazione delle disposizioni regolamentari richiamate in quanto le stesse si limitano ad impartire prescrizioni operative per la fornitura di accesso disaggregato. L'attivazione del servizio, nel caso di specie, è avvenuta infatti solo dopo l'acquisizione del consenso con il quale l'utente autorizzava Tiscali a richiedere la disdetta dell'abbonamento Telecom e così trasferire sulla rete del primo operatore il numero telefonico per la fornitura del servizio. Pertanto il consenso fornito, registrato su supporto informatico in atti, è da considerarsi valido ai fini del distacco dell'utenza dalla rete dall'operatore d'accesso e per l'attivazione del servizio Adsl con il nuovo operatore *recipient*. L'operatore inoltre ha evidenziato che, al più, i fatti accertati potrebbero configurare la violazione del disposto dell'articolo 57 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 recante il Codice del Consumo, con conseguente applicazione delle sanzioni amministrative ivi previste all'articolo 62, e comunque di competenza di altro organo amministrativo. Di conseguenza la predetta società eccepisce l'inapplicabilità dei presidi sanzionatori previsti dall'articolo 98 del D.Lgs. n. 259/03, in quanto applicabili unicamente nei confronti dei soggetti che non ottemperano agli ordini e alle diffide ai sensi del Codice delle comunicazioni elettroniche. Tuttavia, a parere dell'operatore, le disposizioni contenute nella delibera 4/06/CONS non possono essere considerate norme di dettaglio, in quanto tale delibera si configurerebbe come provvedimento di natura regolamentare a portata generale contenente previsioni caratterizzate dalla generalità e dall'astrattezza e quindi non direttamente applicabili nei confronti dei destinatari del provvedimento.

Infine la parte evidenzia che, pur se si dovesse ritenere astrattamente applicabile al caso di specie la disposizione prevista dal citato articolo 98, comma 16, il conflitto apparente di norme si risolverebbe a favore della prevalenza delle disposizioni contenute nei citati articoli 57 e 62 del codice del consumo in attuazione del principio "*lex specialis derogat generali*" espresso dall'articolo 9, della legge 689/81.

2. inoltre la predetta Società evidenzia l'insussistenza nel caso in esame dell'elemento soggettivo previsto dall'articolo 3 della legge 689/81, che, per l'appunto, richiede ai fini dell'applicazione della sanzione che il fatto previsto come illecito amministrativo possa essere attribuito al solo soggetto che abbia agito con coscienza e volontà di commettere un'azione od omissione costituente illecito amministrativo. Per i fatti rilevati nessuna responsabilità può essere di addebitata a Tiscali in quanto l'errore sul fatto, in cui è incorsa la predetta società in buona fede, escluderebbe la responsabilità dell'agente: la società convenuta, infatti, dichiara di aver agito facendo totale affidamento sul rapporto contrattuale e di fiducia instaurato con la società, operante in *outsourcing*, che ha gestito il rapporto contrattuale da cui ha preso origine il procedimento *de quo*.

## II. Valutazioni dell'Autorità.

Con riferimento a quanto eccepito dall'operatore si evidenzia quanto segue:

1) come premessa di carattere generale si evidenzia che i fatti contestati riguardano l'attivazione del servizio Adsl e voce denominato "*Tutto Incluso Vull*" a seguito di registrazione di consenso vocale, senza che l'operatore abbia fornito prova di aver trasmesso al cliente il modulo d'ordine contenente tutte le informazioni prescritte dalla normativa vigente, e copia scritta della richiesta del cliente che autorizzi l'operatore *recipient* ad effettuare il distacco dalla rete d'accesso e cioè la sua volontà inequivoca di recedere dai contratti preesistenti per l'erogazione del servizio. Dal tenore letterale della segnalazione si evince che: *i*) l'utente in data 16 aprile 2008 è stato contattato tramite operatore di *call center* (canale *inbound*) per una promozione commerciale e che in tale data è stato "registrato" il consenso; *ii*) l'utente non ha ricevuto copia cartacea delle condizioni contrattuali e non ha firmato alcun documento contenente l'autorizzazione al distacco della fornitura Adsl da parte di Telecom, attestante peraltro la sua volontà inequivoca di recedere dai contratti preesistenti. Per quanto è emerso in istruttoria il titolare della linea avrebbe fornito il consenso all'attivazione del servizio in modalità ULL, con particolare riferimento anche all'attivazione del servizio internet Adsl (con conseguente distacco totale della risorsa numerica dalla rete dell'operatore d'accesso), condizionandolo al ricevimento della documentazione cartacea del contratto concluso e quindi, qualora avesse ritenuto conveniente la proposta, al recesso dal contratto in essere con l'operatore d'accesso. Pertanto gli addebiti contestati evidenziano una prassi, notoriamente diffusa nell'ambito della conclusione dei contratti di comunicazione elettronica tramite acquisizione del consenso per telefono, di attivare un servizio (nel caso di specie il servizio internet Adsl) facendo recedere il cliente dalla fornitura del servizio in questione in virtù di un contratto preesistente, contro la sua volontà. Nello specifico il citato operatore si è reso responsabile di comportamenti illegittimi nella fase di esecuzione del contratto e di recesso dell'utente dal contratto in essere con l'operatore d'accesso per la fornitura dell'Adsl (quanto meno in termini di *culpa in eligendo*), sia per aver omesso di inviare al cliente la modulistica afferente l'offerta commerciale attivata, sia soprattutto, nella

fase di gestione dell'ordinativo di attivazione del servizio di ULL, che risulta essere stato trasmesso all'operatore d'accesso senza alcun tipo di controllo comportando il distacco completo della postazione del cliente dalla rete dell'operatore d'accesso comprensiva anche del servizio internet;

2) passando ad esaminare le singole eccezioni avanzate in memoria, in via preliminare non può non respingersi quella relativa alla applicabilità, alla fattispecie contestata, degli articoli 57 e 62 del codice del consumo in quanto norma speciale rispetto a quella prevista dall'articolo 17, commi 4 e 6 della delibera dell'Autorità n. 4/06/CONS. Per inquadrare esattamente la questione è importante sottolineare che quanto contestato, insieme con il regolamento di cui alla delibera 664/06/CONS e ad altre disposizioni settoriali emanate dall'Autorità, concorrono ad individuare le norme applicative di dettaglio dei principi contenuti nell'articolo 70 del codice delle comunicazioni elettroniche riguardo ai contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica. La normativa primaria, di cui al citato articolo 70, insieme con la normativa di secondo grado dettata dall'Autorità, si configura come normativa speciale *rationae materiae* rispetto alla normativa generale prevista dalla Sezione II denominata "Contratti a distanza" (articoli 50 e ss del codice del consumo) in base al noto principio *lex specialis derogat generali*. Varie sono le argomentazioni di ordine sistematico che inducono a sostenere la legittimità di tale interpretazione: *i)* innanzitutto il particolare corredo sanzionatorio annunciato dal legislatore in caso di violazione della normativa generale e di dettaglio, di cui all'art 70, ai sensi del citato articolo 98, comma 16 del codice delle comunicazioni elettroniche che, per l'appunto, prevede, data la specialità della materia, un trattamento ben più severo di quello sancito dall'articolo 62 del codice del consumo. D'altro canto la specialità delle sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità nei casi di specie è desunta anche dal fatto che, a norma dell'articolo 98, comma 17 bis, non si applicano le disposizioni sul pagamento a misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge 689/81, a differenza di quanto accade per le pene inflitte ai sensi dell'articolo 62 citato; *ii)* il fatto che le disposizioni violate costituiscono norme di condotta che si limitano a richiamare all'attenzione degli operatori le modalità per la fornitura dei servizi di accesso, ivi compresa la necessità di preconstituirsì prova della volontà dell'utente di voler recedere dalla fornitura del servizio (nel caso di specie Adsl), resa in virtù di un contratto preesistente, prima di procedere all'attivazione del servizio come operatore *recipient*; *iii)* è la stessa delibera n. 274/07/CONS, che ha modificato l'articolo 17 della delibera 4/06/CONS, che nelle premesse esplicitamente richiama, quale base giuridica dei nuovi obblighi imposti dalla citata delibera, l'articolo 70 del Codice delle comunicazioni;

3) anche l'eccezione concernente l'inapplicabilità del presidio sanzionatorio previsto dal comma 16 dell'articolo 98 del predetto Codice, in quanto il disposto dell'articolo 17, commi 4 e 6 della delibera dell'Autorità n. 4/06/CONS sarebbe norma regolamentare generale e astratta, risulta priva di fondamento. Tali disposizioni, in effetti, integrano la disciplina prevista dall'articolo 70 del codice delle comunicazioni elettroniche nella fase della formazione del consenso all'attivazione del servizio, e pertanto sono configurabili come normativa di dettaglio da cui scaturiscono precisi

obblighi a cui l'operatore di comunicazioni deve diligentemente attenersi nell'esecuzione;

4) in merito alla eccezione sollevata da parte resistente sulla presunta insussistenza dell'elemento soggettivo previsto dall'articolo 3 della legge n. 689/81 si evidenzia che in base agli elementi di fatto sopra citati è possibile sostenere che Tiscali è responsabile sia oggettivamente che soggettivamente per gli addebiti contestati in quanto: *i)* non ha inviato al domicilio dell'utente le condizioni generali di contratto in formato cartaceo del contratto concluso con la tecnica a distanza; *ii)* non ha conservato copia scritta della richiesta del servizio d'accesso da parte del cliente attestante la volontà di quest'ultimo di recedere dai contratti preesistenti, e idonea - per il caso di specie - a giustificare la disattivazione del servizio Adsl con l'operatore d'accesso; *iii)* non ha vigilato sull'operato del proprio agente in "outsourcing" effettuando, in maniera più puntuale, le opportune verifiche prima di attivare il servizio di comunicazione elettronica. Avendo optato, invece, per il "totale affidamento" sull'operato del proprio *partner* commerciale, non può non assumersene anche la conseguente responsabilità in caso di condotte illegittime.

RITENUTO, per le considerazioni sopra esposte, che la società Tiscali Italia S.p.A. nel caso di specie abbia violato l'articolo 70 del decreto legislativo 1° agosto 2003 n. 259 in combinato disposto con l'articolo 17, commi 4 e 6 della delibera dell'Autorità n. 4/06/CONS, così come modificata dalla delibera 274/07/CONS;

RITENUTA, in conclusione, 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 alla libertà di scelta del proprio operatore di comunicazioni elettroniche, attivando nei suoi confronti il servizio Adsl non richiesto con contemporaneo distacco della fornitura del predetto servizio da parte dell'operatore d'accesso, senza aver preventivamente acquisito la effettiva volontà del titolare dell'utenza di recedere dai contratti preesistenti;

b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che la Tiscali Italia S.p.A. ha disattivato, successivamente ai reclami da parte dell'utente, il servizio di ULL predisponendo il rientro della linea per l'erogazione del servizio con l'operatore d'accesso, comprensivo del servizio internet, con storno totale delle fatture emesse;

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 attivazione delle offerte e dei servizi di comunicazione elettronica in ottemperanza alle disposizioni vigenti;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da far ritenere sufficientemente afflittiva l'applicazione della sanzione pecuniaria determinata nella misura del minimo edittale.

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, Loc. Sa Illetta Strada Statale 195, KM 2,3 CAP 09122, 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, per violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1° agosto 2003 n. 259 in combinato disposto con l'articolo 17, commi 4 e 6 della delibera dell'Autorità n. 4/06/CONS;

### **DIFFIDA**

la società Tiscali Italia S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti violazione dell'articolo 70 del decreto legislativo 1° agosto 2003 n. 259 in combinato disposto con l'articolo 17, commi 4 e 6 della delibera dell'Autorità n. 4/06/CONS;

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. 69/10/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. 69/10/CONS".

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).

Ai sensi dell'articolo 9, del decreto legislativo n.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.

Napoli, 11 marzo 2010

**IL PRESIDENTE**  
Corrado Calabrò

**I COMMISSARI RELATORI**  
Gianluigi Magri  
Sebastiano Sortino

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