



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 7 giugno 2017;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la Parte III, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*” e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*” (di seguito, Regolamento), adottato dall’Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTO il proprio provvedimento del 9 novembre 2016, con il quale è stato disposto l’accertamento ispettivo, ai sensi dell’art. 27, commi 2 e 3, del Codice del Consumo, presso le sedi di Tiscali Italia S.p.A.;

VISTO il proprio provvedimento del 6 marzo 2017, con il quale, ai sensi dell’art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

1. Tiscali Italia S.p.A. (di seguito Tiscali), in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, lettera b), del Codice del Consumo. Il bilancio della società, relativo all’esercizio chiuso al 31 dicembre 2015, presenta ricavi totali per 189.491.164 euro.

II. LE CONDOTTE OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

2. Il procedimento concerne i comportamenti posti in essere dal professionista nella commercializzazione di servizi di telefonia fissa anche in abbinamento al servizio dati e/o nella commercializzazione di servizi di telefonia mobile e consistenti, tra l'altro:

a) nella conclusione di contratti a distanza mediante telefono, senza rispettare i requisiti di forma prescritti dall'art. 51, commi 6 e 7, del Codice del Consumo;

b) nella conclusione di contratti a distanza (*online* mediante il sito internet *www.tiscali.it* e/o al telefono), senza aver fornito, prima che il consumatore fosse vincolato dal contratto o da una corrispondente offerta, l'informazione che nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 51, comma 8, del Codice del Consumo egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 57, comma 3, del Codice del Consumo;

c) nella conclusione di contratti a distanza (mediante telefono nonché *online* mediante il sito internet *www.tiscali.it*) procedendo all'avvio del processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso, senza esigere la relativa richiesta esplicita da parte del consumatore prevista dall'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo;

d) in assenza dell'informativa sulle conseguenze del recesso dopo che il consumatore ha presentato una richiesta di attivazione durante il periodo dello stesso recesso e/o di tale richiesta espressa di cui all'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, nella richiesta e/o l'addebito al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento dei costi "*per la fruizione del Servizio fino al completamento della procedura di migrazione/portabilità*" che, in ogni caso, appaiono superiori rispetto a quanto dovuto "*sino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso*" ai sensi dell'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

3. In relazione alle condotte sopra descritte in data 9 novembre 2016 è stato comunicato alla Parte l'avvio del procedimento istruttorio n. PS10027 nei confronti di Tiscali per possibile violazione degli artt. 49, lettera l), 51, commi 6, 7 e 8, 57, comma 3 e comma 4, lettera a) punti 1) e 2) del Codice del Consumo, come modificato dal Decreto Legislativo 21/2014 di recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori nei contratti.

4. In tale sede, veniva in particolare ipotizzato:

- in relazione alla condotta *sub a)*: da un lato, la violazione dell'articolo 51, comma 6, del Codice del Consumo, qualora accertato che per i contratti a distanza che devono essere conclusi per telefono il professionista considerasse concluso il contratto senza confermare l'offerta al consumatore e senza che quest'ultimo l'avesse firmata o accettata per iscritto ovvero, previo consenso del consumatore, senza che “*dette conferme*” fossero state effettuate su di un “*supporto durevole*”; dall'altro, la violazione dell'articolo 51, comma 7, del Codice del Consumo qualora accertato che il professionista non avesse fornito l'ulteriore conferma ivi prescritta entro un termine ragionevole dopo la conclusione del contratto a distanza o al più tardi prima che l'esecuzione dei servizi avesse inizio;
- in relazione alla condotta *sub b)*, la violazione dell'art. 49 lettera l), del Codice del Consumo qualora accertato che il professionista avesse concluso contratti a distanza aventi ad oggetto servizi di telefonia fissa anche in abbinamento al servizio dati e/o servizi mobili (conclusi mediante telefono nonché *online* mediante il sito internet *www.tiscali.it*), senza aver fornito, prima che il consumatore fosse vincolato dal contratto o da una corrispondente offerta, l'informazione che nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo la presentazione di una richiesta ai sensi dell'art. 51, comma 8 del Codice del Consumo, egli sarebbe stato responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 57, comma 3, del Codice del Consumo;
- in relazione alla condotta *sub c)*, la violazione dell'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo qualora accertato che per i contratti a distanza aventi ad oggetto servizi di telefonia fissa, anche in abbinamento al servizio dati e/o servizi mobili (conclusi mediante telefono nonché *online* mediante il sito internet *www.tiscali.it*), il professionista procedesse all'avvio del processo di

attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso di cui all'art. 52 del Codice del Consumo, senza esigere la relativa richiesta esplicita da parte del consumatore;

– in relazione alla condotta *sub d)*, la violazione dell'art. 57 comma 4, lettera a) punti 1 e/o 2, del Codice del Consumo qualora il professionista avesse previsto di richiedere e/o addebitato - in assenza dell'informativa sulle conseguenze del recesso dopo l'attivazione di cui all'art. 49, lettera *l)*, del Codice del Consumo e/o in assenza della richiesta espressa di attivazione durante il periodo di recesso di cui all'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo -, al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento somme a titolo di costi "*per la fruizione del Servizio fino al completamento della procedura di migrazione/portabilità*" che, peraltro, appaiono superiori rispetto a quanto previsto dall'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo.

5. Nella medesima data sono stati svolti accertamenti ispettivi presso le sedi di Tiscali, a seguito dei quali sono state acquisite al fascicolo informazioni e documentazione inerenti alle condotte descritte.

6. In data 19 dicembre 2016 Tiscali ha depositato la propria memoria difensiva fornendo altresì le informazioni richieste nella comunicazione di avvio.

7. Nella medesima data, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, il professionista ha presentato impegni volti a rimuovere i profili di illiceità delle condotte oggetto di contestazione.

8. Tali impegni sono stati rigettati dall'Autorità nella sua adunanza del 1° febbraio 2017 in quanto considerati inidonei rispetto alla condotta *sub a)* e concernenti, quanto alle restanti condotte *sub b)*, *c)* e *d)*, fattispecie di manifesta illiceità e gravità. La relativa decisione di rigetto è stata comunicata al professionista il 3 febbraio 2017.

9. In data 31 marzo 2017 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

10. In data 11 aprile 2017 Tiscali stata sentita in audizione presso i locali dell'Autorità.

11. In data 21 aprile 2017 la Parte ha fatto pervenire la propria memoria conclusiva.

12. In data 21 aprile 2017 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo, pervenuto in data 23 maggio 2017.

2) *Le evidenze acquisite*

13. Rispetto alla condotta *sub a)*, nel settore della **telefonia fissa**, voce e dati, le risultanze in atti evidenziano che, le procedure di *teleselling out-bound e in-bound* (che si verifica quando il consumatore contatta il numero 130 ovvero quando nel corso della procedura web il consumatore clicchi sul pulsante “*Ti richiamiamo noi*”) seguite da giugno 2014 ad oggi¹, sono caratterizzate dalla registrazione di un'unica telefonata nell'ambito della quale viene acquisita la proposta irrevocabile di acquisto del servizio di Tiscali da parte del consumatore *ex art. 1329 c.c.* verso il professionista che l'accetta in un momento successivo (con l'invio della *welcome pack v. infra*).

14. Più nello specifico, i *vocal order* – identici per entrambi i canali – ai quali l'operatore deve attenersi, sono caratterizzati dalla acquisizione del consenso del consumatore a procedere con la registrazione della telefonata (mediante espressioni del tipo: “*op. Autorizza (...) codice operatore (...) per conto di Tiscali, alla registrazione vocale della sua richiesta di attivazione del servizio? Cliente: sì*”) e dalla informativa che con il consenso vocale alla richiesta di attivazione, il consumatore autorizza Tiscali a procedere immediatamente all'attivazione del servizio (“*Desidero informarla che, prestando il suo consenso vocale a questa richiesta di attivazione, autorizza Tiscali a procedere immediatamente all'attivazione del servizio di cui le riepilogo le caratteristiche*”).

15. Immediatamente dopo la conclusione della telefonata, il cliente riceve un sms del seguente tenore: “*IMPORTANTE: L'email che riceverai a breve contiene il contratto Tiscali e tutti i codici di accesso ai servizi ed al My Tiscali; conservala con cura!*”.

16. Una volta effettuate le verifiche di solvibilità del cliente e/o le verifiche tecniche di erogazione del servizio, Tiscali invia al cliente una *mail* (all'indirizzo di posta elettronica rilasciato durante la registrazione) alla quale è allegata la c.d. *welcome pack* contenente una lettera di accompagnamento, le caratteristiche del servizio, le condizioni di contratto, l'informativa *privacy* nonché il codice cliente e le credenziali per accedere all'area di *self-care* denominata “*My Tiscali*” dove può visualizzare e scaricare le informazioni relative al servizio prescelto ivi compresa la documentazione contrattuale. La *mail* che contiene la *welcome pack* è caratterizzata dal seguente *incipit*: “*Gentile Cliente, grazie per aver scelto Tiscali! La tua*

¹ Nella propria memoria difensiva Tiscali ha precisato di aver utilizzato fino all'aprile 2016 esclusivamente il *teleselling in -bound* affiancandovi da aprile 2016 anche il *teleselling out -bound* effettuato da fornitori esterni alla società.

registrazione è avvenuta con successo” e la lettera che accompagna la welcome pack si apre con l’indicazione “Gentile cliente la ringraziamo per aver scelto il servizio (Tutto incluso light) e le diamo il benvenuto nel mondo Tiscali”.

17. L’avvio della procedura di attivazione del servizio (nuova attivazione o cambio operatore) parte contestualmente all’invio della *welcome pack* e, dunque, entro 24 ore dalla conclusione della telefonata², salvo eccezioni.

18. Secondo quanto dichiarato da Tiscali³, il contratto viene concluso a prescindere dalla firma sul modulo contrattuale inviato tramite mail e la *welcome pack* rappresenta la conferma della conclusione del contratto. Nel caso dell’*out-bound* dopo la prima telefonata registrata, a campione (circa il 10% delle vendite), il consumatore può ricevere una seconda telefonata cd. *Welcome call* non registrata che non prevede uno *script* predefinito in quanto l’attività in questione viene svolta dai dipendenti interni in fase di verifica delle informazioni fornite e acquisite durante la prima telefonata. Durante questa chiamata vengono verificati i dati e la qualità del contatto con il *call center* al fine di prevenire eventuali forniture non richieste. La telefonata viene censita nei sistemi di CRM interni.

19. A seguito dell’attivazione del servizio, l’utente riceve un sms (“*Tiscali: il servizio è attivo sul numero [...]. Ricordiamo che è necessario collegare il telefono al modem. Il servizio telefonico sarà disponibile entro 48 ore*”) ed una *mail* di conferma.

20. Per quanto concerne la conferma del contratto concluso mediante supporto durevole richiesta dall’art. 51, comma 7, del Codice del Consumo, dalle evidenze in atti emerge che nelle procedure descritte, la c.d. *welcome pack* che, secondo quanto dichiarato da Tiscali, dovrebbe assolvere a tale funzione⁴, non contiene un esplicito riferimento alla conferma che il contratto è stato concluso su supporto durevole.

21. Nel settore della **telefonia mobile ricaricabile consumer** il canale *teleselling in-bound* viene utilizzato in via del tutto residuale. Il cliente chiama il numero 130 e l’operatore illustra l’offerta commerciale. Una volta acquisito l’interesse del cliente all’acquisto dell’offerta nella prima parte della telefonata non registrata, l’operatore procede alla registrazione della chiamata secondo il *vocal order* acquisito agli atti caratterizzato da

² Tiscali ha infatti dichiarato in sede ispettiva che le verifiche tecniche di erogazione del servizio che precedono l’invio per mail della *welcome pack* dovrebbero esaurirsi, salvo eccezioni, entro 24 ore dalla conclusione della telefonata.

³ Cfr. verbale ispettivo Doc. n. 24 dell’indice del fascicolo.

⁴ Cfr. verbale ispettivo Doc. n. 24 dell’indice del fascicolo.

espressioni analoghe a quelle utilizzate nel settore della telefonia fissa (*“Desidero informarla che, prestando il suo consenso vocale a questa richiesta di attivazione, autorizza Tiscali a procedere all’attivazione del servizio di cui le riepilogo le caratteristiche”* ecc.).

22. Conclusa la telefonata il cliente riceve una *mail* caratterizzata da espressioni quali *“Gentile Cliente In allegato trovi il Modulo di attivazione SIM e le Condizioni Generali di Contratto Tiscali”* e *“Grazie per aver scelto Tiscali!”* e, in allegato, le condizioni generali di contratto, l’informativa sulla *privacy* nonché un modulo precompilato con tutti i dati rilasciati nel corso della chiamata denominato *“Modulo di identificazione e attivazione sim e richiesta di portabilità del numero”* che non contiene un esplicito riferimento alla conferma che il contratto è stato concluso su supporto durevole.

23. Entro qualche ora dalla conclusione della telefonata viene poi addebitato il costo dell’offerta sulla carta di credito del cliente i cui dati sono rilasciati durante il contatto. In particolare, viene addebitato il costo della sim di 10 euro nonché una prima ricarica obbligatoria che varia da 10 a 20 euro.

24. Dopo circa 10 giorni, il cliente riceve via posta la *sim* non attiva con la documentazione già inviata per *mail*. Il consumatore può attivare la sim o mediante l’area clienti My Tiscali sul sito, oppure completando la documentazione e re-inviandola per posta, *fax* o mail a Tiscali. Ricevuta la documentazione e dopo aver identificato il cliente ai sensi della normativa Pisanu, parte il processo di attivazione. Se si tratta di un nuovo numero l’attivazione avviene entro poche ore, nel caso di MNP entro 48 ore.

25. In tutte le procedure di *teleselling* descritte la registrazione delle telefonate viene messa a disposizione del cliente solo su sua richiesta.

26. Quanto alla **condotta sub b)** le condizioni generali di contratto ADSL e voce su rete fissa (vigenti dal 14 giugno 2014 al 4 ottobre 2016) e le condizioni generali di contratto su rete mobile (nelle diverse versioni vigenti dal 16 giugno 2014 ad oggi) contengono l’informativa sul diritto di recesso senza specificare, così come richiesto dall’art. 49, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo, che, se il consumatore esercita il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell’articolo 51, comma 8, del Codice del Consumo egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell’articolo 57, comma 3, del Codice del Consumo. Tale circostanza è stata confermata nel corso del procedimento dall’operatore che ha precisato di aver inserito la suddetta informativa nelle condizioni generali di contratto per la rete fissa e nel sito *internet* dal mese di

ottobre 2016⁵.

27. Rispetto alla **condotta sub c)**, dalle risultanze in atti emerge che nel caso dei contratti a distanza di telefonia fissa voce e/o dati (sia al telefono che via *web*) Tiscali procede ad avviare il processo di attivazione del servizio ovvero il processo di migrazione da altro operatore durante la seconda settimana dalla data in cui il servizio è stato richiesto (e dunque durante il periodo di recesso di 14 giorni)⁶ senza esigere la relativa richiesta esplicita da parte del consumatore.

28. In particolare, da un lato, come evidenziato, quanto al canale telefonico, gli *script* di vendita utilizzati nelle procedure di *teleselling* non contengono la suddetta richiesta esplicita del consumatore ma unicamente la seguente informativa: “*Desidero informarla che, prestando il suo consenso vocale a questa richiesta di attivazione, autorizza Tiscali a procedere immediatamente all’attivazione del servizio di cui le riepilogo le caratteristiche*”; dall’altro, le rilevazioni effettuate d’ufficio nelle date del 14 e 24 ottobre 2016⁷ e le simulazioni di acquisto verbalizzate nel corso dell’ispezione⁸ dimostrano che nella procedura di acquisto di servizi di telefonia fissa e/o mobile tramite il sito internet www.tiscali.it, l’operatore si limita a richiedere la dichiarazione del consumatore di “*aver letto e accettato integralmente le condizioni generali di contratto*” scaricabili dal sito flaggando sull’apposito spazio “sì”, senza contemplare la possibilità del consumatore di poter richiedere espressamente che la prestazione del servizio avvenga nella pendenza del termine per l’esercizio del diritto di ripensamento così come richiesto dall’art. 51, comma 8, del Codice del Consumo.

29. Rispetto al profilo dei costi (**condotta sub d)** le condizioni generali di contratto per la telefonia fissa voce e/o dati (Adsl), in vigore dal 4 ottobre 2016 prevedono che, “*nel caso in cui su richiesta espressa del cliente il servizio sia stato attivato*” durante il periodo di recesso, il cliente debba corrispondere “*i costi addebitati da Tiscali per la fruizione del Servizio fino al completamento della procedura di migrazione/portabilità*”⁹ laddove, ai

⁵ Cfr. Memoria difensiva Doc. n. 30 dell’indice del fascicolo.

⁶ Cfr. Guida all’attivazione acquisita agli atti.

⁷ Cfr. Doc. nn. 14 e 15 dell’indice del fascicolo.

⁸ Cfr. Doc. n. 26 dell’indice del fascicolo.

⁹ In particolare nelle condizioni contrattuali si legge: “Nel caso in cui, su richiesta espressa del Cliente, il Servizio sia stato attivato durante i 14 giorni sopra indicati, e il Cliente receda entro tale termine, ma non sia più tecnicamente possibile interrompere la migrazione/portabilità avviata in fase di richiesta di attivazione del Servizio, il Cliente dovrà corrispondere i costi addebitati da Tiscali per la fruizione del Servizio fino al completamento della procedura di migrazione/portabilità. Inoltre, il rientro o il passaggio verso un altro Operatore dovrà essere effettuato previa richiesta del Cliente di una nuova procedura di cambio operatore a suo cambio e spese”.

sensi dell'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo il consumatore è tenuto a “*versare al professionista un importo proporzionale a quanto è stato fornito fino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso, rispetto a tutte le prestazioni previste dal contratto*”.

30. In proposito, Tiscali ha dichiarato di non aver applicato da giugno 2014 e almeno sino a dicembre 2016¹⁰ alcun costo ai consumatori che hanno esercitato il recesso *ex art. 52* del Codice del Consumo.

3) *Le argomentazioni difensive della Parte*

31. Nelle proprie memorie difensive del 19 dicembre 2016 e 21 aprile 2017 nonché nel corso dell'audizione dell'11 aprile 2017, Tiscali ha svolto, tra le altre, le argomentazioni di seguito sintetizzate.

32. La decisione dell'Autorità non dovrebbe prescindere dalla scarsa chiarezza del quadro normativo applicabile alla materia inerente il perfezionamento dei contratti a distanza e l'esercizio del diritto di recesso.

33. L'adeguamento alla suddetta normativa, ancora parzialmente in divenire, non è stato completamente implementato dalla Società, posto che, data la complessità ed onerosità degli sviluppi tecnici dei sistemi e delle piattaforme informatiche, non può essere attuato in un tale contesto di incertezza normativa.

34. Nel merito, con riferimento alla contestazioni *sub b-c-d)*, la Società si sarebbe conformata al dettato dell'art. 57 comma 4 del Codice del Consumo, in quanto, in assenza delle informazioni richieste dall'art. 49 comma 1 lettera *l)* e della richiesta di cui all'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, Tiscali non avrebbe applicato alcun costo ai clienti che hanno esercitato il diritto di recesso, né in termini di corrispettivo per il servizio erogato né di corrispettivo *una tantum*. Nessun costo sarebbe stato addebitato neanche nel caso di attivazioni di servizi tramite procedura di cambio operatore, in cui il cliente abbia richiesto non già la semplice cessazione del servizio ma una procedura inversa per tornare a fruire del servizio con altro gestore.

35. Pertanto, i clienti che dal giugno 2014 hanno esercitato il diritto di recesso, non sarebbero stati lesi né nella sfera patrimoniale né in quella sociale, posto che è stata loro assicurata la fruizione gratuita di un servizio di connettività, anche per lunghi periodi, in caso di processi di cambio operatore, e ciò fino alla conclusione definitiva del rapporto contrattuale.

¹⁰ È quanto dichiarato nella memoria difensiva pervenuta in data 19 dicembre 2016.

36. In relazione alla condotta *sub d)*, l'esercizio del diritto di recesso, pervenuto quando la procedura di migrazione non può più essere interrotta, da parte del consumatore che manifesti contestualmente la volontà di attivare una procedura di cambio operatore comporterebbe la necessità di proseguire nell'esecuzione del contratto sino al completamento di tale procedura e dovrebbe essere soggetto, in assenza di una espressa previsione legislativa, all'applicazione in via analogica di quanto previsto dalla normativa relativa all'erogazione di servizi di energia elettrica e gas (direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE). Tale normativa, prevede che se un consumatore decide di recedere da un contratto e di cambiare fornitore, il fornitore e il consumatore continuano a essere vincolati dal contratto, alle medesime condizioni, fino a tre settimane. Norma che, secondo le Linee Guida sulla Direttiva 2011/83/UE rappresenta una deroga rispetto a quanto previsto dall'art. 14, paragrafo 3, della direttiva *consumer rights* (recepito dall'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo).

37. Diversamente l'operatore si troverebbe nella situazione di dover erogare gratuitamente i propri servizi fino al completamento del passaggio al nuovo gestore, che avverrebbe tramite procedure di migrazione che sono al di fuori del suo controllo. Difatti da un lato la tempistica di avvio della nuova procedura di cambio operatore è rimessa al consumatore, dall'altro, molteplici sono le variabili che condizionano l'esito dei processi di cambio gestore spesso riconducibili – così come emerge da una indagine condotta da AGCOM – ad una serie di fenomeni quali il parziale o completo malfunzionamento del servizio, la mancata gestione del ripensamento dell'utente, la migrazione di un soggetto diverso dall'effettivo richiedente/migrazione non richiesta, l'eccessivo ritardo nel passaggio ad altro operatore.

38. Del resto la complessità della gestione delle procedure di cambio operatore, rappresenta una delle ragioni che ha indotto l'AGCOM ad introdurre l'art. 4 comma 2 del Regolamento di cui all'Allegato A alla delibera AGCOM 519/15/CONS relativo agli *Obblighi informativi per i contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali* che prevede che “*Nel caso di contratti che comportano il trasferimento ad altro operatore conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, gli operatori, prima della conclusione del contratto, informano i consumatori della conseguente cessazione del rapporto con il precedente fornitore del servizio oggetto del trasferimento e della circostanza che l'eventuale esercizio del diritto di recedere ai sensi dell'articolo 52 del Codice del consumo non comporta il*

ripristino automatico di tale rapporto contrattuale”.

39. In tema di migrazione rileverebbe inoltre la normativa di settore di origine comunitaria recepita nel Decreto Legislativo n. 259/2003 (“Codice delle comunicazioni elettroniche”) e in particolare quanto previsto dall’art. 80 del Codice, ai sensi del quale *“l’Autorità provvede affinché tutti i contraenti con numeri appartenenti al piano nazionale di numerazione dei servizi di comunicazione elettronica che ne facciano richiesta, conservino il proprio o i propri numeri indipendentemente dall’impresa fornitrice del servizio (...)”* e inoltre *“l’Autorità provvede affinché il trasferimento dei numeri e la loro successiva attivazione sono effettuati nel più breve tempo possibile. (...)”*. La norma comunitaria prevede peraltro che l’Autorità di regolazione prenda in considerazione, se necessario *“misure che assicurino la tutela dei contraenti durante tutte le operazioni di trasferimento ...”*.

40. Sul punto l’art. 17, comma 2, della delibera AGCOM n. 4/06/CONS, così come modificata dalla delibera n. 274/07/CONS, precisa che *“in caso di trasferimento delle risorse di rete di accesso tra due operatori, i tempi di interruzione del servizio all’utente finale sono ridotti al minimo [...], con l’obiettivo di non recare disservizio al cliente finale”*.

41. Qualora il consumatore abbia attivato una procedura di migrazione verso altro operatore, l’interruzione del servizio prima del completamento della procedura stessa a seguito della comunicazione da parte del consumatore dell’esercizio del diritto di recesso, comporterebbe un evidente disservizio a danno del cliente finale e il venir meno della possibilità per l’utente stesso di conservare il proprio numero, in aperto contrasto con quanto stabilito nell’art. 80 del Codice delle comunicazioni elettroniche. Conseguentemente, se un operatore applicasse pedissequamente le previsioni degli artt. 57, comma 3 e 55, comma 1, del Codice del Consumo, sarebbe soggetto ad una sanzione amministrativa da parte di AGCOM.

4) Le modifiche prospettate da Tiscali

42. Nella memoria conclusiva Tiscali ha confermato la propria intenzione di attuare le misure oggetto della proposta di impegni presentata in data 19 dicembre 2016 apportando ad esse ulteriori miglioramenti.

43. Più nello specifico, in relazione alle procedure di *teleselling* di cui alla **condotta sub a)**, Tiscali ha dichiarato di aver provveduto, anzitutto, alla modifica degli *script* dei *vocal orders*, tramite i quali vengono conclusi contratti a distanza mediante telefono (in modalità *inbound* e *outbound*) per

la vendita di servizi di telefonia fissa, anche in abbinamento al servizio dati, e mobile procedendo a:

- i) domandare al consumatore l'autorizzazione alla registrazione vocale della richiesta di attivazione del servizio;
- ii) fornire al consumatore stesso l'informativa preliminare in merito alle modalità alternative di conclusione del contratto¹¹;
- iii) ottenere l'acquisizione del consenso alla conclusione telefonica del contratto, con la contestuale conferma della rinuncia alla forma scritta (in caso di risposta negativa, Tiscali offrirà al consumatore la possibilità di ricevere copia del materiale contrattuale all'indirizzo di posta elettronica da lui indicato per poi, in via alternativa, (i) ricontattarlo per la sottoscrizione telefonica o (ii) attendere che il consumatore invii alla Società la documentazione contrattuale compilata e sottoscritta);
- iv) confermare l'offerta al consumatore, riepilogandone le caratteristiche;
- v) precisare al consumatore che la registrazione della chiamata con la quale si perfeziona il contratto a distanza verrà messa nella sua piena disponibilità all'interno dell'area *My Tiscali* (su cui si veda *infra*). Il Consumatore, per tutto il periodo di vigenza contrattuale, potrà consultare e riprodurre la registrazione vocale, sia online, accedendo al proprio My Tiscali, che scaricando e salvando il file su un proprio apparato personale, anche più volte in modo da poterlo liberamente utilizzare;
- vi) dopo l'illustrazione dell'offerta, formulare apposita richiesta di conferma dell'effettiva comprensione della stessa da parte dell'utente;
- vii) richiedere il consenso del consumatore a confermare l'accettazione dell'offerta illustrata mediante supporto durevole, con contestuale rinuncia alla successiva sottoscrizione separata;
- viii) ottenere l'accettazione finale, da parte del consumatore, del servizio proposto.

44. Inoltre, al fine di conformare le procedure alla definizione di “supporto durevole” dettata dall'articolo 45, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo la società si è dichiarata intenzionata a implementare entro il 15 giugno 2017 un sistema che consenta di mettere nella piena disponibilità dell'utente il file audio contenente il *vocal order* registrato all'atto

¹¹ Si precisa che il consumatore può liberamente scegliere di non utilizzare la modalità di conclusione del contratto mediante telefono poiché Tiscali offre diverse modalità alternative di stipulazione del contratto: (i) la forma cartacea presso i numerosi negozi Tiscali, (ii) la procedura di sottoscrizione via web, durante la quale il consumatore, prima del perfezionamento del contratto, può consultare tutta la documentazione contrattuale relativa al servizio prescelto, (iii) l'invio da parte di Tiscali, dopo un primo contatto telefonico, del materiale contrattuale via email, da rispedire a Tiscali a cura del consumatore.

dell'adesione telefonica al servizio Tiscali. In particolare, il suddetto file audio verrà reso disponibile entro al massimo 7 giorni dalla data della registrazione vocale (e comunque prima che l'esecuzione del servizio abbia inizio), e per tutta la durata del rapporto contrattuale, nell'area di *selfcare* denominata *My Tiscali* (accessibile in ogni momento dall'utente inserendo *userid* e *password* personali) in modo che l'utente possa riprodurlo online e/o conservarlo (salvandolo su un proprio dispositivo tramite l'opzione "download") e utilizzarlo in futuro.

45. Rispetto alla conferma del contratto concluso su un mezzo durevole sono stati avviati degli sviluppi informatici per: (i) inserire l'informativa nel *welcome pack* e nel modulo di identificazione e attivazione sim e richiesta di portabilità del numero, (ii) inviare al consumatore una ulteriore comunicazione email contenente la conferma della sottoscrizione del contratto su supporto durevole appena la registrazione del vocal order sia disponibile nel My Tiscali. Le suddette funzionalità saranno operative entro il 15 giugno 2017.

46. Infine, allo scopo di impedire situazioni nelle quali, nonostante il pieno rispetto degli obblighi di cui all'art. 51, commi 6 e 7, del Codice del Consumo, possano residuare possibili carenze di consapevolezza e comprensione da parte del consumatore, la Società sta negoziando con un fornitore esterno la possibilità di applicare, in via sperimentale, l'ulteriore cautela di una *welcome call* sull'intera *customer base* acquisita mediante *teleselling* con modalità *outbound*.

47. In relazione alla **condotte sub b) e d)**, è stato inserito, all'interno degli *script* che gli operatori telefonici seguono per la conclusione del contratto con il consumatore mediante procedura di *teleselling*, un avvertimento con il quale Tiscali precisa che, qualora l'utente richieda esplicitamente l'attivazione del servizio in pendenza del periodo di recesso (ai sensi dell'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo) ed in seguito eserciti il diritto di recesso (ai sensi dell'art. 52 del Codice del Consumo), questi sarà responsabile del pagamento al professionista degli importi a titolo di corrispettivo per il servizio erogato fino alla data in cui il consumatore abbia informato Tiscali della sua volontà di recedere secondo quanto stabilito dall'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo.

48. Viene altresì precisato, all'interno della telefonata, che, in simili casi, il rientro o il passaggio verso un altro operatore dovrà essere effettuato previa richiesta del Cliente di una nuova procedura di cambio operatore e che tale procedura sarà interamente a sue spese.

49. Solo per le attivazioni con Tiscali nelle vesti di operatore destinatario del trasferimento di un'utenza (c.d. operatore *recipient*) viene ulteriormente precisato, ai sensi dell'art. 4, comma 2, del “*Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*” (allegato A alla delibera AGCOM n. 519/15/CONS) che il rapporto con il precedente fornitore del servizio terminerà e che l'eventuale esercizio del diritto di recesso ai sensi dell'art. 52 del Codice del Consumo, non comporterà l'automatico ripristino del precedente rapporto contrattuale.

50. Modifiche analoghe hanno riguardato il contenuto delle condizioni generali di contratto e dell'informativa presente nel sito web.

51. Rispetto alla **condotta sub c)**, Tiscali ha dichiarato, inoltre, di essersi attivata al fine di modificare le procedure di vendita di servizi di telefonia fissa e mobile inserendo sia nel canale *teleselling* che online la richiesta esplicita di attivazione durante il periodo di recesso. Più nello specifico, sia negli *script* dei *vocal order* che nella procedura online è previsto l'inserimento di una domanda da porre al consumatore in merito alla sua espressa volontà di richiedere che l'esecuzione del contratto sia avviata durante il periodo di recesso di 14 giorni previsto dall'art. 52 del Codice del Consumo¹². Nel caso in cui il consumatore fornisca risposta negativa, al telefono o selezionando la casella “*No*” *online*, Tiscali attenderà 14 giorni prima di far partire il processo di attivazione. L'operatività per il canale online è prevista entro il 15 giugno 2017.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

52. Poiché le condotte oggetto del presente provvedimento sono state diffuse attraverso mezzi di telecomunicazione (in particolare, tramite telefono e internet), in data 21 aprile 2017 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

53. Con parere pervenuto in data 23 maggio 2017 l'Autorità ritenuta la propria competenza ad esprimere il parere richiesto ai sensi dell'articolo 27,

¹²In particolare, l'espressione che Tiscali intende utilizzare è la seguente: “Richiede l'attivazione immediata del servizio anche se non è decorso il periodo di recesso di 14 giorni previsto dal Codice del Consumo? SI/ No [in tal caso prevedere lo slittamento del provisioning]”.

comma 6, del Codice del consumo, in ragione della diffusione delle condotte tramite telefono e *Internet*, ha rilevato in sintesi quanto segue:

- che le condotte di cui ai punti a) e b), sulla base della documentazione ricevuta, riguardano la conformità delle procedure seguite, delle informazioni rese e delle clausole contrattuali predisposte dalla società Tiscali a quanto disciplinato dal Codice del consumo in merito alla conclusione dei contratti a distanza e non risultano direttamente riconducibili al quadro normativo del settore delle comunicazioni elettroniche. Al tempo stesso la disciplina di settore conferisce all'Autorità specifiche competenze finalizzate a garantire che i consumatori e altri utenti finali che ne facciano richiesta abbiano il diritto di stipulare contratti con una o più imprese che forniscono servizi di comunicazioni elettroniche, le quali sono tenute al rispetto di precisi obblighi in materia di completezza e trasparenza delle condizioni contrattuali applicate;
- che, in ordine alle condotte di cui ai punti c) e d), la regolamentazione settoriale disciplina i processi, le procedure e le tempistiche di portabilità/migrazione nel rispetto dei diritti dei consumatori;
- che per quanto riguarda la **telefonia fissa**, l'Autorità ha adottato la delibera n. 4/06/CONS, successivamente modificata dalla delibera n. 274/07/CONS (a sua volta integrata da numerosi provvedimenti), e approvato un Accordo quadro tra gli operatori, allegato alla circolare dell'Autorità del 9 aprile 2008 (sottoscritto anche dalla società Tiscali), che disciplina in maniera dettagliata gli aspetti necessari a rendere operative le procedure tecniche concordate tra gli operatori per le attivazioni e migrazioni dei servizi di accesso, mentre la delibera n. 35/10/CIR, come successivamente integrata, definisce le procedure per la portabilità del solo numero su rete fissa. In particolare, nel citato Accordo vengono individuate con chiarezza le varie fasi, e la relativa scansione temporale, dei diversi processi gestionali connessi alle richieste di attivazione e migrazione, con fissazione di un preciso momento in cui vanno svolte le singole azioni che consentano, senza soluzione di continuità nella fruizione dei servizi da parte dei clienti, il contestuale passaggio da un operatore a un altro. Analogo discorso vale per le specifiche tecniche che implementano le procedure di cui alla delibera n. 35/10/CIR;
- che in tale contesto, sulla base della richiamata regolamentazione di settore, l'operatore (c.d. *recipient*) che riceve la richiesta di trasferimento del numero, se del caso incluso il servizio di accesso alla rete fissa e di connessione a internet, da parte di un utente “fornisce la comunicazione della

richiesta di migrazione, con appositi mezzi informatici, all'operatore *donating* [n. d. r. operatore che cede il cliente], senza indugio e comunque entro un giorno lavorativo dalla sua ricezione” e può, ove acquisisca una manifestazione di mutata volontà da parte del cliente, interrompere tecnicamente il processo di portabilità/migrazione solo entro la fase iniziale del processo già avviato, il quale, di norma, dovrebbe concludersi in un intervallo temporale inferiore ai 14 giorni accordati dall'articolo 52 del Codice del consumo per esercitare il diritto di ripensamento;

– che nelle specifiche tecniche, individuate al fine di regolare le procedure di trasferimento delle numerazioni di rete fissa, è previsto che: a) se il cliente esprime il ripensamento al *recipient* prima della data di attesa consegna (c.d. DAC) concordata in sede di adesione alla proposta contrattuale, *"il recipient invia al donating una notifica che interrompe il processo di migrazione"*; b) se il cliente esprime il ripensamento al *donating*, questi può *"inviare all'operatore recipient la notifica di mutata volontà. Tale notifica non interrompe il processo di migrazione e può essere inviata dall'operatore donating solamente dopo avere registrato la volontà del cliente secondo le modalità previste dalla normativa vigente"*;

– che, da un punto di vista tecnico, facendo riferimento alla procedura di cui alla delibera n. 274/07/CONS, se il *recipient* riceve la comunicazione di ripensamento da parte del cliente nei primi giorni dall'avvio della procedura (tipicamente entro 5 giorni, tale è la durata della cosiddetta fase II della procedura), lo stesso blocca la procedura di passaggio, semplicemente non inoltrando l'ordine di migrazione verso Telecom Italia, che agisce come pivot della procedura tecnica. In tal caso il trasferimento della linea non avviene e il cliente non subisce alcuna interruzione nel servizio. Viceversa, se la comunicazione di ripensamento avviene dopo i suddetti 5 giorni, essendo stata già avviata la procedura tecnica (cosiddetta fase III che coinvolge Telecom Italia), la procedura non è in genere interrompibile;

– che in tale evenienza gli operatori, di comune accordo, attendono il completamento della procedura e ne avviano una inversa, ripristinando la situazione iniziale;

– che l'AGCOM ha da tempo istituito un Tavolo tecnico permanente finalizzato al costante monitoraggio dell'efficacia e dell'efficienza dei processi di trasferimento del numero nonché alla tempestiva rilevazione di eventuali criticità riscontrate nella ordinaria gestione delle istanze provenienti dall'utenza finale;

– che il tema del ripensamento ha formato oggetto di confronto con gli

operatori assoggettati agli obblighi previsti dalla richiamata regolamentazione, i quali hanno dichiarato di non aver avuto, nella prassi corrente, particolari difficoltà a gestire, tramite la reciproca collaborazione e senza addebitare alcun costo agli utenti, le richieste di ripensamento dei clienti mediante il rilascio immediato del codice di migrazione e l'avvio di una migrazione inversa;

– che per quanto concerne la **telefonia mobile**, le specifiche tecniche stabilite per la portabilità del numero (c.d. Mobile Number Portability-MNP) sono contenute, attualmente, nella delibera n. 147/11/CIR e nell'Accordo quadro (sottoscritto anche da Tiscali) approvato con delibera n. 651/13/CONS. In particolare, le procedure in esame prevedono che la richiesta di attivazione della prestazione di MNP sia sottoscritta dal cliente e contenga, tra l'altro, *"la manifestazione inequivoca della volontà del cliente d'interrompere il rapporto giuridico con il donating relativamente al numero di telefono da portare, configurato sulla rete del donating, recedendo dal contratto in caso di abbonamento, e di instaurare, usufruendo della prestazione di MNP, un rapporto giuridico con il recipient con la conseguente attivazione del numero sulla rete mobile utilizzata dal recipient"* e *"la dichiarazione che attesti di essere stato informato che, una volta avviata la procedura, la richiesta di portabilità non può essere revocata e che, in caso di ripensamento, può chiedere di portare nuovamente il numero verso l'operatore che sta lasciando o verso qualunque altro operatore"*. La procedura di passaggio è avviata il giorno in cui la medesima richiesta è immessa dalle reti di vendita nei sistemi del *recipient* stesso, avuto riguardo alla data eventualmente indicata dal cliente, e ormai si conclude in meno di tre giorni lavorativi;

– che con la delibera n. 519/15/CONS, recante *"Approvazione del Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche"*, l'Autorità ha prescritto che *"nel caso di contratti che comportano il trasferimento ad altro operatore conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, gli operatori, prima della conclusione del contratto, informano i consumatori della conseguente cessazione del rapporto con il precedente fornitore del servizio oggetto del trasferimento e della circostanza che l'eventuale esercizio del diritto di recedere ai sensi dell'articolo 52 del Codice del consumo non comporta il ripristino automatico di tale rapporto contrattuale"*.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

54. Il provvedimento concerne quattro condotte poste in essere da Tiscali dopo il 13 giugno 2014 consistenti:

a) nella conclusione di contratti a distanza mediante telefono (*out-bound* e *in-bound*), aventi ad oggetto la prestazione del servizio di telefonia fissa e/o mobile, senza rispettare i requisiti di forma prescritti dall'articolo 51, commi 6 e 7, del Codice del Consumo;

b) nella conclusione di contratti a distanza (*online* mediante il sito internet www.tiscali.it e/o al telefono), senza aver fornito, prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o da una corrispondente offerta, l'informazione che nel caso di esercizio del diritto di recesso dopo la presentazione di una richiesta ai sensi dell'articolo 51, comma 8, del Codice del Consumo egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 57, comma 3, del Codice del Consumo;

c) nella conclusione di contratti a distanza (mediante telefono nonché *online* mediante il sito internet www.tiscali.it) con avvio del processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso, senza esigere la relativa richiesta esplicita da parte del consumatore prevista dall'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo;

d) in assenza dell'informativa sulle conseguenze del recesso dopo che il consumatore ha presentato una richiesta di attivazione durante il periodo dello stesso recesso e/o di tale richiesta espressa di cui all'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, nella richiesta e/o l'addebito al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento dei costi "*per la fruizione del Servizio fino al completamento della procedura di migrazione/portabilità*" che, in ogni caso, appaiono superiori rispetto a quanto dovuto "*sino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di recesso*" ai sensi dell'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo.

55. I comportamenti descritti, risultano integrare quattro condotte illecite dotate di autonomia strutturale e funzionale.

56. In particolare, da un lato, la condotta *sub a)* concerne l'adozione di procedure di *teleselling*, in violazione di requisiti formali prescritti dall'art. 51, comma 6, del Codice del Consumo, il cui ambito di applicazione è circoscritto a tale specifica tipologia di contratto a distanza (i "contratti a distanza che devono essere conclusi per telefono"). Dall'altro, le condotte *sub b), c) e d)* che, a differenza delle condotte *sub a)*, riguardano tutti i contratti a distanza (per telefono, via web ecc.) e oltre ad essere realizzate in

fasi distinte del rapporto contrattuale - pre-contrattuale (condotta *sub b*), di acquisizione del consenso (condotta *sub c*) e di esecuzione del contratto (condotta *sub d*), risultano tra loro indipendenti in quanto ciascuna realizzabile in assenza dell'altre e poste in essere in violazione di disposizioni che assolvono a diverse funzioni.

Condotta sub a)

57. Nell'ambito della commercializzazione al telefono di servizi di telefonia fissa anche in abbinamento a servizi dati e mobile, il professionista ha adottato una procedura di vendita (valida sia per l'*out-bound* che per l'*in-bound*), in forza della quale nel corso di un'unica telefonata registrata viene acquisita la proposta irrevocabile del consumatore di acquisto del servizio di Tiscali a prescindere dalla firma sul contratto.

La violazione dell'art. 51, comma 6, del Codice del Consumo

58. Le evidenze in atti dimostrano che la procedura di *teleselling* adottata da Tiscali per la vendita tramite telefono dei servizi di **telefonia fissa** dal 14 giugno 2014 ad oggi, non risulta rispettosa dei requisiti formali individuati dal legislatore nell'articolo 51, comma 6, del Codice del Consumo al fine di salvaguardare l'autodeterminazione del consumatore.

59. L'articolo 51 del Codice del Consumo rubricato "*requisiti formali per i contratti a distanza*" nella sua formulazione attuale al comma 6 prevede che "*Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono*" il professionista deve confermare l'offerta effettuata telefonicamente al consumatore il quale è vincolato solo qualora abbia apposto la propria firma sull'offerta o qualora l'abbia accettata per iscritto. Il terzo periodo del medesimo comma specifica, altresì, che "*dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole*".

60. Al riguardo, deve ritenersi che l'articolo 51, comma 6, del Codice del Consumo terzo periodo, contempri una procedura semplificata e alternativa rispetto alla regola di forma di cui al primo periodo – lo scambio di conferme per iscritto – prescrivendo espressamente che il consumatore esprima il proprio consenso allo scambio di dette conferme mediante supporto durevole ("*se il consumatore acconsente*").

61. Il consenso richiesto dal legislatore implica che il consumatore accetti espressamente, in riscontro a quanto proposto dal professionista, di ricevere

la conferma dell'offerta su di un supporto durevole anziché in forma cartacea (o elettronica) e di formulare la propria dichiarazione di conferma mediante supporto durevole, rinunciando così alla cautela di una successiva sottoscrizione separata.

62. Infatti, il legislatore, al fine di garantire la consapevolezza di contrarre del consumatore, individua nella forma scritta la regola per la conclusione del contratto e consente l'adozione della procedura derogatoria solo ove vengano rispettate determinate condizioni.

63. In questo contesto, la prestazione consapevole di tale consenso pone in capo al professionista l'onere di informare preliminarmente il consumatore, in un linguaggio e con modalità comprensibili, in merito alle modalità alternative di "conclusione" del contratto contemplate dalla norma e alle conseguenze giuridiche che ne discendono: la rinuncia alla forma scritta, ossia la rinuncia a ricevere la conferma dell'offerta in forma cartacea e ad accettare l'offerta per iscritto.

64. Tale onere informativo si giustifica in ragione della posizione di vantaggio di cui il professionista gode rispetto all'altro contraente, oltre che in ragione dell'asimmetria informativa e contrattuale in cui versa il consumatore, anche in considerazione del fatto che il contenuto della conversazione telefonica registrata è predefinito unilateralmente dalla società (c.d. *vocal order*) ed è caratterizzato da domande che richiedono unicamente risposte affermative o negative da parte del potenziale cliente.

65. Pertanto, nel settore della telefonia fissa, la mera richiesta del consenso alla registrazione vocale della richiesta del servizio¹³, senza essere preliminarmente e adeguatamente informato, in un linguaggio e con modalità comprensibili, in merito alle modalità alternative di "conclusione" del contratto contemplate dalla norma (la possibilità per il consumatore di concludere il contratto per iscritto) e senza che sia acquisita la sua rinuncia esplicita alla forma scritta, non soddisfano il requisito di cui all'articolo 51, comma 6, del Codice del Consumo.

66. Inoltre, la registrazione della telefonata non appare idonea ad integrare la nozione di supporto durevole di cui all'articolo 45, lettera l), del Codice del Consumo nella misura in cui la società non ha previsto di mettere nella piena disponibilità del consumatore il supporto ove è memorizzata la registrazione telefonica in modo che questi possa conservarla e riprodurla in futuro.

67. Oltre al tenore letterale dell'articolo 45, lettera l), del Codice del

¹³ Cfr. *supra* punto 13, l'espressione utilizzata negli script di registrazione vocale del teleselling out-bound e in-bound ("op. Autorizza (...) codice operatore (...) per conto di Tiscali, alla registrazione vocale della sua richiesta di attivazione del servizio? Cliente: sì").

Consumo che considera tale lo strumento che permette al consumatore di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate¹⁴, rileva ai fini della individuazione della nozione di supporto durevole anche il contenuto del considerando 23 della direttiva 2011/83/UE che, oltre a contenere alcune esemplificazioni di tale strumento¹⁵, specifica: “*I supporti durevoli dovrebbero permettere al consumatore di conservare le informazioni per il tempo ritenuto necessario ai fini della protezione dei suoi interessi derivanti dalla relazione con il professionista*”.

68. Ciò che si richiede quindi, secondo la definizione comunitaria di “supporto durevole” sopra richiamata, è che tale supporto – materiale o elettronico – possa essere “conservato” dal destinatario della dichiarazione; sia, in altri termini, messo nella piena disponibilità di fatto di quest’ultimo per un congruo periodo di tempo¹⁶.

69. Non basta, dunque, una registrazione vocale della telefonata conservata dall’operatore stesso, tenuta a disposizione del consumatore e a lui comunicata su semplice richiesta, come nel caso di Tiscali, in quanto manca la piena disponibilità di fatto del supporto da parte del consumatore.

70. La procedura, inoltre, prevede l’invio della c.d. *Welcome pack* che non contiene né la conferma dell’offerta né la conferma della sua accettazione da parte del consumatore, non potendo dunque integrare il requisito formale della forma scritta di cui al primo periodo dell’art. 51, comma 6, del Codice del Consumo

71. Nel caso di specie, pertanto, le procedure seguite da Tiscali per la vendita al telefono di servizi di telefonia fissa anche in abbinamento al servizio dati, non appaiono idonee ad integrare i requisiti formali richiesti dall’articolo 51, comma 6, del Codice del Consumo.

72. Analoghi profili di illiceità risultano integrati nell’ambito della

¹⁴ L’art. 45, lett. l) cod. cons. rubricato “supporto durevole” recita: “ogni strumento che permetta al consumatore o al professionista di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate”.

¹⁵ In particolare, il considerando 23 citato prosegue: “Dovrebbero rientrare tra detti supporti in particolare documenti su carta, chiavi USB, CD-ROM, DVD, schede di memoria o dischi rigidi del computer nonché messaggi di posta elettronica”.

¹⁶ La stessa Corte di Giustizia ha a più riprese evidenziato che un supporto può essere considerato durevole nella misura in cui consente al consumatore di conservare le informazioni a lui destinate personalmente, garantisce l’assenza di alterazione del loro contenuto nonché la loro accessibilità per un congruo periodo e offre al consumatore la possibilità di riprodurle identiche. Cfr. Corte di giustizia, sentenza 5 luglio 2012, causa C-49/11, Content Services LTD.

commercializzazione di servizi di **telefonia mobile ricaricabile**.

73. Difatti, il professionista ha adottato una procedura di *teleselling inbound*, in forza della quale il contratto si conclude nel corso di un'unica telefonata registrata, che presenta le medesime carenze informative riscontrate nell'ambito della procedura di *teleselling* per la telefonia fissa (assenza di informativa preliminare e di rinuncia alla forma scritta) e la cui registrazione non è messa nella piena disponibilità del consumatore in modo che questo possa conservarla ai sensi dell'art. 45, lettera l) del Codice del Consumo.

74. Inoltre, la documentazione inviata al cliente per mail e per posta e, segnatamente, il “*Modulo di identificazione e attivazione sim e richiesta di portabilità del numero*” non contiene né la conferma dell'offerta né la conferma della sua accettazione da parte del consumatore, non potendo dunque integrare il requisito formale della forma scritta di cui al primo periodo dell'art. 51, comma 6, del Codice del Consumo.

La violazione dell'art. 51, comma 7, del Codice del Consumo

75. Inoltre, sia con riferimento al settore della telefonia fissa che mobile, le procedure appaiono contrastare con l'art. 51, comma 7, del Codice del consumo.

76. In proposito, si osserva che l'obbligo prescritto dall'articolo 51, comma 7, si applica anche alle fattispecie in cui il contratto sia stato concluso su un mezzo durevole e consiste in una comunicazione confermativa circa il fatto che il contratto è stato concluso.

77. Poiché nel caso di specie, come accertato, non è stata rispettata la procedura prevista dall'articolo 51, comma 6, del Codice del Consumo per la conclusione del contratto, conseguentemente risulta violato anche l'articolo 51, comma 7, del Codice del Consumo.

78. Invero, la violazione *de qua* sussiste, oltre che quale diretta conseguenza del mancato rispetto dei requisiti formali prescritti dall'art. 51, comma 6, del Codice del Consumo, anche in quanto sia la *welcome pack* (inviata nell'ambito delle procedure di *teleselling* per la telefonia fissa) che il modulo di identificazione e attivazione sim e richiesta di portabilità del numero (inviato al cliente nel caso di commercializzazione al telefono di servizi di telefonia mobile) non contengono un esplicito riferimento alla conferma che il contratto è stato concluso su supporto durevole.

79. In conclusione, per le considerazioni che precedono, le procedure di

teleselling out-bound e in-bound per la telefonia fissa e mobile in uso dal 14 giugno 2014, integrano una violazione dell'articolo 51, commi 6 e 7, del Codice del Consumo.

Condotta sub b)

80. Dalle evidenze in atti emerge che il professionista ha concluso contratti a distanza aventi ad oggetto servizi di telefonia fissa anche in abbinamento al servizio dati e/o servizi mobili (mediante telefono nonché *online* mediante il sito internet *www.tiscali.it*), senza aver assolto, prima che il consumatore fosse vincolato dal contratto o da una corrispondente offerta, l'obbligo informativo prescritto dall'art. 49 comma 1, lettera l), del Codice del Consumo.

81. In particolare, secondo la suddetta disposizione, il professionista è tenuto a fornire al consumatore nella fase precontrattuale, in maniera chiara e comprensibile, l'informazione che, “in caso di esercizio del diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 50, comma 3, o dell'articolo 51, comma 8, egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 57, comma 3, cod. cons.”.

82. Nel caso di specie, come confermato dal professionista nelle proprie memorie difensive, nelle condizioni generali di contratto ADSL e voce su rete fissa, vigenti dal 14 giugno 2014 al 4 ottobre 2016, e nelle condizioni generali di contratto su rete mobile (nelle diverse versioni vigenti dal 16 giugno 2014 ad oggi) le informazioni richieste dall'art. 49, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo sono del tutto assenti con conseguente violazione della disposizione.

83. L'illiceità della condotta non può considerarsi esclusa in considerazione del fatto che Tiscali avrebbe esonerato i consumatori che dal 14 giugno 2014 ad oggi hanno esercitato il diritto di recesso da un contratto a distanza concluso al telefono o via *web*, da qualsiasi costo.

84. Il dettato dell'art. 49 comma 1, lettera l), del Codice del Consumo infatti, per un verso, nel richiedere che il professionista comunichi, nella fase precontrattuale, il regime dei costi praticati qualora il consumatore eserciti il diritto di ripensamento in un regime di anticipazione dell'esecuzione del contratto durante la pendenza del termine di cui all'art. 52, del Codice del Consumo, non può che essere interpretato nel senso di ricomprendere anche l'ipotesi in cui l'operatore scelga di fatto di esonerarlo da qualsiasi costo.

Infatti, proprio la previsione, di cui all'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo, di determinati costi in caso di recesso impone la massima chiarezza nell'indicazione della loro presenza o assenza, non potendo essere il consumatore lasciato nell'incertezza sulla loro applicazione qualora eserciti il suo legittimo diritto di ripensamento. Per altro verso, la norma presuppone che l'informativa assolva al compito di rendere consapevole il consumatore anche in merito alla circostanza che eventuali costi sono dovuti solo nel caso in cui l'anticipazione dell'esecuzione del contratto durante la pendenza del periodo di recesso contemplata dall'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo (e dall'art. 50, comma 3, del Codice del Consumo) sia stata espressamente richiesta dal consumatore.

85. Obbligo informativo quest'ultimo che grava sul professionista oltre che in ragione della posizione di vantaggio di cui quest'ultimo gode rispetto all'altro contraente, anche in considerazione del fatto che la procedura di conclusione del contratto via *web* analogamente alla procedura di *teleselling* sono predefinite unilateralmente dal professionista.

86. L'informazione *de quo*, rappresenta, peraltro, uno strumento di tutela di cui il consumatore gode per verificare l'aderenza delle procedure seguite dal professionista alle prescrizioni di cui all'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo e arginare le conseguenze che discendono nel settore di riferimento dall'avvio delle procedure di *provisioning* durante la pendenza del periodo di recesso e che non si esauriscono, come evidenziato in seguito, nell'addebito dei costi ragionevoli di cui all'art. 57, comma 3, del Codice del Consumo.

87. In conclusione, per le considerazioni che precedono, la condotta di Tiscali consistente nella conclusione di contratti a distanza (online mediante il sito internet www.tiscali.it e/o al telefono), senza aver fornito, prima che il consumatore fosse vincolato dal contratto o da una corrispondente offerta, le suddette informazioni, integra una violazione dell'art. 49, comma 1, lettera l) del Codice del Consumo.

Condotta sub c)

88. Dalle risultanze istruttorie emerge, altresì, che per i contratti a distanza aventi ad oggetto servizi di telefonia fissa anche in abbinamento al servizio dati (conclusi mediante telefono nonché *online* tramite il sito internet www.tiscali.it), il professionista procede all'avvio del processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso

senza rispettare il requisito formale individuato dal legislatore nell'articolo 51, comma 8, del Codice del Consumo al fine di salvaguardare l'autodeterminazione del consumatore.

89. Come noto, prima dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo 21/2014 di recepimento della Direttiva *Consumer rights*, la disciplina dei contratti a distanza prevedeva sotto il previgente art. 55, comma 2, del Codice del Consumo che, salvo diverso accordo delle parti, il consumatore non potesse esercitare il diritto di recesso, tra l'altro, nel caso *“di fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine previsto dall'art. 64, comma 1”*.

90. Rispetto alla originaria disciplina, il Decreto Legislativo 21/2014 di attuazione della Direttiva 2011/83/UE ha introdotto una serie di norme volte a regolare il fenomeno che, oltre a consentire l'esercizio del diritto di recesso anche rispetto ai contratti di fornitura la cui esecuzione sia iniziata durante la pendenza del termine - rendendo più circostanziata l'ipotesi in cui è prevista una esclusione del diritto¹⁷ - , prevedono che sia il consumatore a dover richiedere espressamente che la prestazione dei servizi abbia inizio durante la pendenza del termine.

91. In particolare, l'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo che attua in Italia l'art. 8 comma 8 della Direttiva 2011/83/UE prevede che *“Se un consumatore vuole che la prestazione di servizi (...) inizi durante il periodo di recesso previsto all'articolo 52, comma 2, il professionista esige che il consumatore ne faccia richiesta esplicita”*¹⁸.

92. Il tenore testuale della disposizione che contiene espressioni inequivocabilmente riferite alla volontà del consumatore (*“se il consumatore vuole”*) e alla sua iniziativa (*“il professionista esige che il consumatore ne faccia richiesta esplicita”*) così come l'espressione che compare nella successiva norma in cui l'art. 51, comma 8, è richiamato *“il consumatore non ha espressamente chiesto”* (di cui all'art. 57, comma 4, punto 2), lasciano intendere chiaramente che, nei contratti a distanza (siano essi conclusi *online* o tramite telefono) il professionista deve mettere il

¹⁷ Secondo la previsione contenuta nell'art. 59, comma 1, lett. a) cod. cons. il diritto di recesso è escluso relativamente a contratti di servizi *“dopo la completa prestazione del servizio se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con l'accettazione della perdita del diritto di recesso a seguito della piena esecuzione del contratto da parte del professionista”*. L'esclusione appare dunque circoscritta ai contratti che sono destinati ad avere *“piena esecuzione”* con evidente esclusione dei contratti a prestazione continuata.

¹⁸ Disposizione analoga è prevista per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali. L'art. 50, comma 3, cod. cons. recita: *“Se un consumatore vuole che la prestazione dei servizi ovvero la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento inizi durante il periodo di recesso previsto all'articolo 52, comma 2, il professionista esige che il consumatore ne faccia esplicita richiesta su un supporto durevole”*.

consumatore nella condizione di poter richiedere esplicitamente l'inizio dell'esecuzione durante il periodo di recesso senza che la conclusione del contratto possa in alcun modo essere condizionata dalla sussistenza di tale richiesta.

93. La previsione che attua, lo si ricorda, una direttiva comunitaria contraddistinta da un approccio di massima armonizzazione e il cui ambito di applicazione è circoscritto solo ad alcune modalità di contrattazione (i contratti a distanza) attiene ad una fase - la formazione del consenso del consumatore a concludere il contratto - del tutto estranea alla regolamentazione di settore contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche e nelle delibere adottate dall'AGCOM. Queste ultime, infatti, disciplinano le modalità e le tempistiche di migrazione della linea e di portabilità del numero tra gli operatori e riguardano, pertanto, la fase successiva di esecuzione del contratto che, *per tabulas*, presuppone la sussistenza di una valida richiesta di attivazione del servizio da parte del consumatore.

94. Difatti, come evidenziato dalla stessa AGCOM, sulla base della richiamata regolamentazione di settore (delibera n. 274/07/CONS), l'operatore (c.d. *recipient*) che riceve, da parte di un utente "*la richiesta di trasferimento del numero, se del caso incluso il servizio di accesso alla rete fissa e di connessione a internet*" fornisce la comunicazione della richiesta di migrazione, con appositi mezzi informatici, all'operatore *donating*, senza indugio e comunque entro un giorno lavorativo dalla ricezione della suddetta richiesta.

95. Il *recipient*, dunque, è tenuto a dare inizio alle procedure di portabilità solo dopo aver concluso il contratto con il consumatore e aver ricevuto la richiesta di attivazione del servizio da parte del cliente che, dal 14 giugno 2014 e limitatamente ai contratti a distanza (nonché negoziati fuori dei locali commerciali), in forza dell'art. 51 comma 8, del Codice del Consumo, avviene, a tutela del medesimo, attraverso una modalità che prevede la facoltà di scegliere se presentare, contestualmente alla richiesta di migrazione, una richiesta di avvio delle suddette procedure - e più in generale di esecuzione del contratto - durante la pendenza del periodo di recesso; ovvero di non richiedere la suddetta anticipazione, condizionando l'efficacia del contratto di servizi al decorso dei 14 giorni previsti dall'art. 52, del Codice del Consumo.

96. Nel caso di specie, pertanto, diversamente da quanto argomentato nelle proprie difese da Tiscali, la previsione contenuta nell'art. 51, comma 8, del

Codice del Consumo che riproduce pedissequamente l'art. 8, comma 8, della Direttiva 2011/83/UE di massima armonizzazione, è del tutto compatibile con la regolazione di settore concernente le modalità e le tempistiche di migrazione della linea e di portabilità del numero tra gli operatori, con conseguente esclusione di qualsiasi ipotesi di “*conflitto*” ai sensi dell'art. 46, comma 2, del Codice del Consumo di attuazione dell'art. 3 comma 2, della Direttiva 2011/83/UE.

97. Peraltro, le disposizioni di settore, non potrebbero in ogni caso considerarsi prevalenti rispetto alla norma contenuta nell'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo atteso che, come emerge dallo stesso parere AGCOM, non sono contenute in un “*Atto dell'Unione Europea che disciplina settori specifici*” secondo quanto richiesto dall'art. 3 comma 2, della Direttiva 2011/83/UE e dalla relativa norma di recepimento.

98. Invero, quanto evidenziato dal professionista e da AGCOM in merito alla circostanza che sia nel settore della telefonia fissa che mobile in caso di *number portability* una volta dato avvio al processo di migrazione, l'esercizio del diritto di ripensamento dopo una certa fase non determina l'automatico ripristino della situazione precedente – con conseguente neutralizzazione della funzione assegnata dall'ordinamento al diritto di ripensamento (nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali) a seguito del quale il contratto dovrebbe considerarsi *tamquam non esset* – rende ancora più evidente l'assoluta importanza di rispettare nel settore di riferimento quanto richiesto dall'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo: l'esecuzione del contratto e/o l'avvio delle procedure di *provisioning* durante la pendenza del diritto di ripensamento, solo in presenza di una volontà in tal senso del consumatore (“*se il consumatore vuole*”) che venga manifestata inequivocabilmente mediante una richiesta esplicita (“*il professionista esige che il consumatore ne faccia richiesta espressa*”).

99. Diversamente, nel caso di specie, da un lato, come evidenziato, quanto al canale telefonico, gli *script* di vendita utilizzati nelle procedure di *teleselling* non contengono la suddetta richiesta esplicita del consumatore ma unicamente la seguente informativa: “*Desidero informarla che, prestando il suo consenso vocale a questa richiesta di attivazione, autorizza Tiscali a procedere immediatamente all'attivazione del servizio di cui le riepilogo le caratteristiche*”; dall'altro, le rilevazioni effettuate d'ufficio nelle date del 14 e 24 ottobre 2016 e le simulazioni di acquisto verbalizzate nel corso dell'ispezione dimostrano che nella procedura di acquisto tramite il sito internet www.tiscali.it dei servizi fissi e mobili, l'operatore si limita a

richiedere la dichiarazione del consumatore di “*aver letto e accettato integralmente le condizioni generali di contratto*” scaricabili dal sito flaggando sull’apposito spazio “sì”, senza contemplare la possibilità del consumatore di poter richiedere espressamente che la prestazione del servizio avvenga nella pendenza del termine per l’esercizio del diritto di ripensamento così come richiesto dall’art. 51, comma 8, del Codice del Consumo.

100. Pertanto, la condotta di Tiscali, consistente nella conclusione di contratti a distanza (mediante telefono nonché *online* mediante il sito internet *www.tiscali.it*) procedendo all’avvio del processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso, senza esigere l’autonoma richiesta espressa proveniente dal consumatore e, in ogni caso, senza mettere il consumatore nella condizione di poter liberamente scegliere tale opzione e di poter concludere il contratto a distanza anche in assenza di tale volontà, integra una violazione dell’art. 51, comma 8, del Codice del Consumo.

Condotta sub d)

101. Quanto al profilo dei costi, il comma 3 dell’art. 57 del Codice del Consumo nella sua nuova formulazione dispone, in coerenza con le previsioni dell’art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, che un eventuale esercizio del diritto di recesso nell’ambito di prestazioni di servizi inerenti a contratti negoziati a distanza e già iniziate durante il periodo di recesso comporta per il consumatore l’obbligo di versare “*al professionista un importo proporzionale a quanto è stato fornito fino al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell’esercizio del diritto di recesso, rispetto a tutte le prestazioni previste dal contratto. L’importo proporzionale che il consumatore deve pagare al professionista è calcolato sulla base del prezzo totale concordato nel contratto*”. La norma pertanto preclude al professionista la richiesta di importi ulteriori per il servizio eventualmente reso dopo aver ricevuto l’informazione che il consumatore ha esercitato il diritto di recesso.

102. Viceversa, secondo quanto disposto all’art. 57, comma 4, lettera a), del Codice del Consumo il consumatore, non è tenuto a sostenere alcun costo qualora non abbia previamente formulato un’esplicita richiesta di ricevere la prestazione del professionista in pendenza del termine (n. 2) ovvero qualora il professionista abbia omesso di informare il consumatore delle condizioni,

dei termini, delle procedure per recedere e dei “*costi ragionevoli*” da sostenere in caso di recesso dopo esecuzione anticipata (n. 1)¹⁹.

103. Le previsioni testé citate, mirano a tutelare il consumatore da un’eventuale violazione di obblighi informativi da parte del professionista e da un’esecuzione anticipata della prestazione senza il suo previo consenso espresso, sanzionando sostanzialmente il professionista con una fornitura a costo zero, nonché a circoscrivere le conseguenze patrimoniali per il consumatore nelle ipotesi di recesso.

104. Nel caso di specie, Tiscali ha dichiarato di non aver applicato da giugno 2014 e almeno sino a dicembre 2016²⁰ alcun costo ai consumatori che hanno esercitato il recesso *ex art. 52* del Codice del Consumo.

105. Tuttavia, le risultanze istruttorie evidenziano che almeno dal 14 ottobre 2016 il professionista ha previsto nelle condizioni generali di contratto per la telefonia fissa, di addebitare al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento in caso di esecuzione anticipata somme a titolo di costi “*per la fruizione del Servizio fino al completamento della procedura di migrazione/portabilità*”. Previsione che, nulla vietando infatti che la prassi sinora seguita di non addebitare costi venga meno alla luce proprio della nuova clausola contrattuale, appare idonea a integrare una violazione dell’art. 57 comma 4, del Codice del Consumo, in quanto, come dimostrato, Tiscali procede ad avviare le procedure di *provisioning* durante la pendenza del periodo di recesso, senza prevedere nei diversi canali di vendita a distanza oggetto del procedimento alcuna richiesta espressa proveniente dal consumatore.

106. La previsione contrattuale, inoltre, si pone in contrasto con l’art. 57 comma 3, del Codice del Consumo in quanto avente ad oggetto costi da porre a carico del consumatore per la fruizione del servizio “*fino al completamento della procedura di migrazione/portabilità*”, che superano il termine temporale fissato dalla disposizione andando oltre il momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell’esercizio del diritto di ripensamento.

107. Né appaiono condivisibili le argomentazioni difensive spese dall’operatore secondo cui, l’esercizio del diritto di ripensamento da parte del consumatore che manifesti contestualmente la volontà di attivare una

¹⁹ L’art. 57, comma 4, lett. a) recita: “Il consumatore non sostiene alcun costo per la prestazione di servizi (...) durante il periodo di recesso quando: 1) il professionista ha omesso di fornire informazioni in conformità all’articolo 49, comma 1, lettere h) ed l); oppure 2) il consumatore non ha espressamente chiesto che la prestazione iniziasse durante il periodo di recesso in conformità all’articolo 50, comma 3, e dell’articolo 51, comma 8”.

²⁰ È quanto dichiarato nella memoria difensiva pervenuta in data 19 dicembre 2016.

procedura di cambio operatore (rientro con il precedente operatore ovvero migrazione verso un nuovo operatore), dovrebbe essere soggetto all'applicazione in via analogica di quanto previsto dalla normativa relativa all'erogazione di servizi di energia elettrica e gas (direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE) per cui il consumatore dovrebbe sostenere costi per il servizio fruito sino al completamento della procedura di migrazione.

108. Difatti, in assenza di un “atto dell’Unione Europea” che, nel settore di riferimento, analogamente al settore dell’energia elettrica e del gas, preveda, ai sensi dell’art. 46 comma 2, del Codice del Consumo²¹ una deroga al regime di cui all’art. 57, del Codice del Consumo – derivante da norma di rango europeo e di massima armonizzazione –, la richiesta di costi per il servizio erogato successivamente “*al momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell’esercizio del diritto di recesso*” appare, allo stato, contrastare con il comma 3 del suddetto articolo.

109. Del resto, la stessa AGCOM ha evidenziato nel proprio parere che, nell’ambito del Tavolo tecnico istituito al fine di consentire il costante monitoraggio dell’efficacia e dell’efficienza dei processi di trasferimento del numero nonché la tempestiva rilevazione di eventuali criticità riscontrate nella ordinaria gestione delle istanze provenienti dall’utenza finale, il tema del ripensamento ha formato oggetto di confronto con gli operatori assoggettati agli obblighi previsti dalla richiamata regolamentazione, i quali hanno dichiarato di non aver avuto, nella prassi corrente, particolari difficoltà a gestire, tramite la reciproca collaborazione e senza addebitare alcun costo agli utenti, le richieste di ripensamento dei clienti mediante il rilascio immediato del codice di migrazione e l’avvio di una migrazione inversa.

110. In conclusione, per le considerazioni che precedono, la previsione nel settore della telefonia fissa di addebitare al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento in caso di esecuzione anticipata somme a titolo di costi “*per la fruizione del Servizio fino al completamento della procedura di migrazione/portabilità*”, si pone in contrasto con l’art. 57, commi 3 e 4, lettera a) del Codice del Consumo.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

111. Ai sensi dell’art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, così come

²¹ Come noto la disposizione recita: “In caso di conflitto tra le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo e una disposizione di un atto dell’Unione europea che disciplina settori specifici, quest’ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici”.

richiamato dall'art. 66 del Codice del Consumo con il provvedimento che accerta l'illiceità della condotta in violazione degli artt. 45 e ss. del Codice del Consumo, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

112. In caso di procedimento che abbia ad oggetto una pluralità di illeciti amministrativi accertati, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale, ascritte alla responsabilità dei professionisti, si applica il criterio del cumulo materiale delle sanzioni, in luogo del cumulo giuridico (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 209 del 19 gennaio 2012).

113. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

114. Rispetto alla condotta sub a) con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della dimensione economica del professionista che presenta un fatturato pari a circa 190 milioni di euro. Si tiene, altresì conto del fatto che la condotta illecita ha riguardato sia i servizi di telefonia fissa che mobile ricaricabile ed è stata posta in essere in violazione dell'art. 51, commi 6 e 7, del Codice del Consumo, norme oggetto di numerosi provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità dal settembre 2015 ad oggi.

115. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la condotta *sub a)* è stata posta in essere dal 14 giugno 2014, data di entrata in vigore dell'art. 51, comma 6 e 7 del Codice del Consumo nella sua attuale formulazione, ed è tuttora in corso.

116. Sulla base di tali elementi, rispetto alla condotta *sub a)*, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Tiscali Italia S.p.A. nella misura di 200.000 € (duecentomila euro).

117. Rispetto alla condotta sub b) con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della dimensione economica del professionista, che presenta un fatturato pari a circa 190 milioni di euro. Si tiene, altresì, conto della circostanza che la condotta si pone in aperto contrasto con lo specifico obbligo informativo precontrattuale prescritto dall'art. 49 comma 1, lettera d), del Codice del Consumo; nonché del fatto

che ha riguardato sia i servizi di telefonia fissa che mobile ricaricabile che è stata posta in essere nell'ambito di due canali di vendita a distanza (via telefono e via *web*).

118. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la condotta *sub b*) è stata posta in essere dal 14 giugno 2014, data di entrata in vigore dell'art. 49, lettera l), del Codice del Consumo nella sua attuale formulazione, ed è tuttora in corso.

119. Sulla base di tali elementi, rispetto alla condotta *sub b*), si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Tiscali Italia S.p.A. nella misura di 250.000 € (duecentocinquantamila euro).

120. Rispetto alla condotta *sub c*) con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della dimensione economica del professionista che presenta un fatturato pari a circa 190 milioni di euro. Si tiene, altresì, conto della circostanza che la condotta pur essendo stata posta in essere in un contesto di prima applicazione dell'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo ha riguardato sia i servizi di telefonia fissa che mobile ricaricabile ed è stata posta in essere nell'ambito di due canali di vendita a distanza (via telefono e via *web*). Rileva, inoltre, nel settore della telefonia fissa la consapevolezza del professionista in merito alle conseguenze derivanti a carico del consumatore che provenga da altro operatore, in termini di impossibilità di ripristinare la situazione precedente qualora lo stesso eserciti il diritto di ripensamento in un regime di anticipazione dell'esecuzione del contratto durante il periodo di recesso.

121. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la condotta *sub c*) è stata posta in essere dal 14 giugno 2014, data di entrata in vigore dell'art. 51 comma 8 del Codice del consumo nella sua attuale formulazione, ed è tuttora in corso.

122. Sulla base di tali elementi, rispetto alla condotta *sub c*), si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Tiscali Italia S.p.A. nella misura di 370.000 € (trecentosettantamila euro).

123. Rispetto alla condotta *sub d*) con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della dimensione economica del professionista che presenta un fatturato pari a circa 190 milioni di euro e della circostanza che la condotta illecita è stata posta in essere nell'ambito di due canali di vendita a distanza (via telefono e via *web*). Rileva, inoltre la circostanza che la condotta illecita è stata posta in essere in un contesto di prima applicazione degli artt. 57, comma 3 e comma 4 del Codice del Consumo nonché limitatamente al settore della telefonia fissa.

124. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la condotta *sub d)* è stata posta in essere dall'ottobre 2016 ad oggi, ed è tuttora in corso.

125. Sulla base di tali elementi, rispetto alla condotta *sub d)*, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Tiscali Italia S.p.A. nella misura di 180.000 € (centottantamila euro).

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta *sub a)* posta in essere nell'ambito del canale di vendita *teleselling (out-bound e in-bound)* dopo il 13 giugno 2014 integra, nel settore della telefonia fissa e mobile una violazione dell'articolo 51, commi 6 e 7, del Codice del Consumo, in quanto: il professionista non procede ad acquisire il consenso espresso e informato del consumatore ad effettuare le conferme su supporto durevole; non mette nella piena disponibilità del consumatore la registrazione della telefonata in modo che quest'ultimo possa conservarla e accedervi in futuro per tempo adeguato alle finalità cui sono destinate le informazioni memorizzate e che ne permetta la riproduzione identica ai sensi dell'art. 45, lettera *l)*, del Codice del Consumo; non ottiene la sottoscrizione del contratto che contiene la conferma dell'offerta o l'accettazione scritta da parte del consumatore prima di considerarlo vincolato; non fornisce al consumatore la conferma del contratto concluso su un mezzo durevole, secondo quanto previsto dall'articolo 51, comma 7, del Codice del Consumo;

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta *sub b)* posta in essere nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile dopo il 13 giugno 2014, integra una violazione dell'art. 49, comma 1, lettera *l)*, del Codice del Consumo, in quanto il professionista non ha assolto l'obbligo informativo ivi prescritto;

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta *sub c)* posta in essere nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile dopo il 13 giugno 2014, integra una violazione dell'art. 51 comma 8 del Codice del Consumo, in quanto il professionista ha concluso contratti a distanza (mediante telefono nonché *online* mediante il sito internet *www.tiscali.it*) procedendo all'avvio del

processo di attivazione della linea e/o di migrazione da altro operatore durante il periodo di recesso, senza esigere l'autonoma richiesta espressa proveniente dal consumatore e, in ogni caso, senza mettere il consumatore nella condizione di poter liberamente scegliere tale opzione e di poter concludere il contratto a distanza anche in assenza di tale volontà;

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta sub d) posta in essere nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa da ottobre 2016, si pone in contrasto con l'art. 57, commi 3 e 4, lettera a), del Codice del Consumo in quanto il professionista ha previsto di addebitare al consumatore che eserciti il diritto di ripensamento in caso di esecuzione anticipata somme a titolo di costi "*per la fruizione del Servizio fino al completamento della procedura di migrazione/portabilità*", che oltre a non essere dovute a fronte di procedure di conclusione di contratti a distanza (al telefono e *online*) che non contemplano la richiesta esplicita richiesta dall'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, superano il termine temporale indicato dall'art. 57 comma 3, del Codice del Consumo andando oltre il momento in cui il consumatore ha informato il professionista dell'esercizio del diritto di ripensamento.

DELIBERA

a) che la condotta descritta al punto II, lettera a), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Tiscali Italia S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una condotta illecita in violazione dell'art. 51, commi 6 e 7, del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) che la condotta descritta al punto II, lettera b), del presente provvedimento, posta in essere da Tiscali Italia S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una condotta illecita in violazione dell'art. 49, comma 1, lettera l), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

c) che la condotta descritta al punto II, lettera c), del presente

provvedimento, posta in essere dalla società Tiscali Italia S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una condotta illecita in violazione dell'art. 51, comma 8, del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

d) che la condotta descritta al punto II, lettera d), del presente provvedimento, posta in essere dalla società Tiscali Italia S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una condotta illecita in violazione dell'art. 57, commi 3 e 4 lettera a), del Codice del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

e) che con riferimento alla condotta *sub a)* sia irrogata alla società Tiscali Italia S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 200.000 € (duecentomila euro);

f) che, con riferimento alla condotta *sub b)* sia irrogata alla società Tiscali Italia S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 250.000 € (duecentocinquantamila euro);

g) che, con riferimento alla condotta *sub c)* sia irrogata alla società Tiscali Italia S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 370.000 € (trecentosettantamila euro);

h) che, con riferimento alla condotta *sub d)* sia irrogata alla società Tiscali Italia S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 180.000 € (centottantamila euro);

i) che il professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui ai punti a), b) c) e d).

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di home-banking e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero

utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet *www.agenziaentrate.gov.it*.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 8, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella