

Co.Re.Com. Cal/Rip

DELIBERAZIONE N. 57

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Giglio xxx & c. xxx c/ Tiscali Italia xxx

IL PRESIDENTE

Giorno 05 ottobre 2011, nella sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, assistita dall'Avv. Rosario Carnevale, Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali – Affari generali e legali del Comitato;

dato atto che la seduta del Comitato, prevista per oggi in cui si doveva procedere all'approvazione delle definizioni delle controversie, non si è potuta tenere per mancanza del numero legale;

ritenuto che i termini procedurali previsti dalla normativa vigente sono scaduti per tutti i ricorsi posti oggi in decisione;

considerato che per la natura provvedimento delle deliberazioni de quibus non è dato rinviare ulteriormente la decisione di essi, anche nella considerazione che la loro approvazione era stata già fissata per la seduta del 19 gennaio 2011, appositamente convocata;

visto il verbale della seduta odierna che forma parte integrante del presente deliberato;

visto l'art. 3, comma 2, lettera d) del Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni;

Visti:

la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

la legge 14 novembre 1995, n. 481, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Corecom" e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: " Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons, "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e succ. modif. ed int.;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262;

gli artt. 17 e 17 bis della Delibera n. 274/07/Cons, "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

la Delibera 664/06/Cons, allegato A;

l'Accordo quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Corecom Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

Vista l'istanza del 09 febbraio 2011, acquisita al prot. Corecom Calabria n. 7060/11, con cui la società Giglio xxx & C. xxx ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società Tiscali Italia Xxxxx, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons e succ. modif. ed int.;

Vista la nota del 14 febbraio 2011 (prot. n. 7785/11), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

Visto, altresì, l'avviso di convocazione (prot. n. 34591/11 del 08 luglio 2011) con cui il Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 15, comma 2 dell'anzidetto Regolamento, ha invitato le parti a comparire, per il giorno 21 luglio 2011, alla relativa udienza di discussione;

Preso atto del verbale di discussione, redatto in data 21 luglio 2011, con riserva di svolgere le opportune valutazioni al fine di definire la controversia;

Visti gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

La ditta Giglio xxx & c. xx, in persona del legale rappresentante p.t., promuoveva, dinanzi al Corecom Calabria, un procedimento di conciliazione nei confronti della società Tiscali Italia Xxxxx

La conciliazione si concludeva con esito negativo ai sensi **dell'art. 8 comma 3 del regolamento**.

Il 09 febbraio 2011, la società ricorrente demandava all'adito Corecom la definizione della controversia.

Esponava l'istante, di aver stipulato con Tiscali un contratto di servizi voce e adsl, per utenza business, aderendo all'offerta denominata "Office One 2 Linee".

La proposta prevedeva, oltre alla migrazione di due utenze fisse (identificate, rispettivamente, con il numero xxxxx e xxxxx), le seguenti condizioni:

- navigazione internet, senza limiti di traffico e temporali, con tariffazione flat;
- 2 linee telefoniche con chiamate gratuite illimitate verso tutti i numeri di rete fissa nazionale;
- Concessione in comodato d'uso del router wi-fi abilitato al servizio di telefonia;
- portabilità dei due numeri precedentemente posseduti;
- compatibilità del servizio con gli apparecchi telefax e pos.

In particolare, l'utente lamentava:

- 1) la mancata attivazione, dalla data di stipula del contratto (25 marzo 2010), di tutti i servizi pattuiti;
- 2) la mancata portabilità delle due utenze telefoniche;
- 3) la tardiva spedizione del modem voip wi-fi, avvenuta solo nel mese di maggio 2010;
- 4) l'assenza di riscontro ai reclami proposti in merito ai disservizi anzidetti;
- 5) la spedizione di fatture con addebito in assenza dell'erogazione di un servizio;
- 6) l'invio di fatture relative ad altro contratto di fornitura adsl ("*adsl professional plus*") già cessato ed incompatibile con la nuova offerta, giacchè ivi ricompresa;
- 7) il ritardo nel rientro in Telecom dovuto all'atteggiamento ostruzionistico di Tiscali, non avendo quest'ultima proceduto alla liberazione della linea;
- 8) l'interruzione del servizio dal 06 ottobre 2010 al 24 novembre 2010.

Avanzava, quindi, richiesta di:

- a) annullamento delle fatture n. xxx, xxx, xxx, xxx, xxx e xxx, con storno integrale degli importi e restituzione dell'importo di € 208,49, per la mancata erogazione dei servizi;
- b) annullamento con storno delle fatture n. xxx e xxx, in quanto afferenti al vecchio contratto adsl (v. precedente punto 6);
- c) indennizzo di € 5,16 al giorno, per mancata attivazione di tutti i servizi e della connessa portabilità.
- d) indennizzo di € 5,16 al giorno, per mancata risposta ai reclami dal 25 marzo 2010;
- e) indennizzo di € 5,16 al giorno, per l'interruzione del servizio senza preavviso;
- f) indennizzo € 5,16 al giorno, per il ritardo nel rientro, determinato dalla mancata liberazione della linea da parte di Tiscali;
- g) rimborso spese di procedura.

Produceva, tra l'altro, il ricorrente:

- I) copia di vari reclami (tra cui il fax del 11 giugno 2010 e del 16 giugno 2010);
- II) copia della missiva dell'utente - inviata con fax del 05 luglio 2010 - contenente la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, alla quale faceva seguito la racc. a/r pervenuta a Tiscali il 09 luglio 2010;
- III) copia del fax del 15 luglio 2010, contenente la richiesta di rientro in Telecom;
- IV) copia della disdetta dal precedente contratto, inerente la fornitura del servizio adsl, inviata al gestore con telefax del 24 marzo 2010;

Tiscali, tempestivamente costituita, domandava il rigetto delle avverse domande, affermando all'uopo che:

- 1) il servizio veniva attivato prima su linea dati e poi, previa richiesta del cliente, in Number Portability (di seguito NP);
- 2) il servizio era stato attivato su linea dati il 06 aprile 2010;
- 3) il 17 maggio 2010, l'ordine di NP veniva processato sui sistemi Telecom;
- 4) il 25 maggio 2010, Telecom Italia notificava a Tiscali l'intervenuto completamento della procedura di cui al punto precedente;
- 5) il 17 giugno 2010, l'utente contestava il ritardo nell'attivazione della NP sulla linea Telecom con numerazione xxxxx e, per l'effetto, Tiscali disponeva l'esecuzione di un intervento di configurazione completato il 29 giugno 2010;
- 6) in data 06 ottobre 2010, a seguito della segnalazione, da parte dell'utente, del malfunzionamento del servizio, il gestore si attivava contattandolo telefonicamente e fornendogli le indicazioni necessarie al reset del modem VOIP;
- 7) in data 15 ottobre 2010, la società Tiscali, a seguito di nuova segnalazione, interpellava il cliente per offrirgli il supporto d'uopo; quest'ultimo, tuttavia, non era in grado di seguire le indicazioni, stante l'indisponibilità del pc (riposto nella propria autovettura);
- 8) il 12 ottobre 2010, procedeva alla cessazione del servizio, riscontrando al reclamo del cliente;
- 9) il 26 novembre 2010, veniva espletata la cessazione del servizio con rientro in Telecom.

In ordine alle contestazioni proposte dall'utente, Tiscali affermava all'uopo che:

- A) tutte le fatture emesse, in relazione al servizio "Office One 2 Linee", erano giustificate, in quanto riferite ad un servizio fruito con regolarità;
- B) il modem VOIP wi-fi veniva consegnato all'utente il 23 aprile 2010;
- C) la richiesta di attivazione dei servizi adsl e voce era stata evasa correttamente e nei termini;
- D) la mancata attivazione della NP sulla linea xxxxx era conseguenza di un errore dell'utente, il quale, nell'apposito modulo di richiesta, aveva erroneamente classificato la linea non come tradizionale, bensì come secondaria di una ISDN;
- E) l'isolamento della linea telefonica era la conseguenza della mancata reinizializzazione del modem VOIP da parte del cliente;
- F) l'unico reclamo proposto dall'utente in data 7 luglio 2010 era stato riscontrato il 12 ottobre 2010
- G) per il vecchio servizio adsl, denominato "adsl professional plus", non era mai pervenuta al gestore comunicazione di disdetta;
- H) in ogni caso, Tiscali provvedeva alla cessazione del servizio di cui al punto precedente a far data dalla disdetta.

Nulla deduceva il gestore in merito alla richiesta di rientro in Telecom.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'**art. 14 del Regolamento** ed è pertanto procedibile.

Si rammenta, altresì, che ai sensi **dell'art. 19, comma 4, del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti**, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria, giacché è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

E' fatto salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria per il maggior danno.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono fondate e meritano parziale accoglimento, come da dispositivo, nei limiti dei poteri devoluti a questo Corecom.

Come accennato, fatte salve le precisazioni riportate al successivo capoverso, il contratto stipulato tra le parti è indubbiamente un contratto di somministrazione, per cui "una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose"(art. 1559 c.c.).

Nell'ambito del contratto le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione. Il Gestore, infatti, propone all'utente offerte contrattuali diverse, con tariffe predeterminate, limitandosi la trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

Così propedeuticamente delimitati i confini giuridici della controversia è possibile passare all'esame del merito.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato, in data 25 marzo 2010, un contratto di somministrazione di servizi di telefonia fissa, voce e adsl, per utenza business. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

2.1 Sulla mancata attivazione dei servizi voce e adsl e sul ritardo nella ricezione del modem.

L'utente deduce la mancata attivazione dei servizi pattuiti.

In realtà, Tiscali ha prodotto copia dei tabulati relativi al traffico telefonico e adsl proveniente dall'utenza xxxxx, intestata all'utente, offrendo un indizio preciso. In sede di replica l'utente nulla deduce in merito, talchè si può ritenere provata la rituale attivazione dei servizi voce e adsl.

Tali servizi sono stati assicurati all'utente, rispettivamente, il 27 maggio 2010 (voce) e il 26 aprile 2010 (adsl), dunque, nel rispetto delle indicazioni offerte all'interno della carta dei servizi, fatto salvo quanto indicato nel capo successivo (2.2.) in merito alla sospensione del precedente servizio adsl.

In particolare, con riguardo al servizio voce, **l'art. 2.2. della Carta Servizi Tiscali (Tempi di attivazione del servizio)**, testualmente recita: "*Tempo di attivazione del servizio Voce (su rete internet): Tiscali si impegna ad attivare il servizio Voce con numero telefonico fornito da Tiscali entro 20 giorni dall'esito positivo delle verifiche tecniche e il servizio Voce principale con servizio di portabilità entro 40 giorni dall'esito positivo delle verifiche tecniche, che avverranno entro 30 giorni dalla ricezione da parte di Tiscali della proposta di abbonamento, salvo i casi in cui subentrino impedimenti oggettivi, non imputabili a Tiscali*".

Il servizio voce, pertanto, andava attivato entro il 03 giugno 2010 (70 giorni successivi al 25 marzo 2010), così come avvenuto.

Anche il servizio adsl è stato attivato entro i termini previsti dalla carta dei servizi (40 gg.).

Con riferimento all'asserita tardiva spedizione del modem voip wi-fi, intervenuta secondo l'utente nel mese di maggio 2010, il Gestore ha prodotto la copia di una stampa ove si legge l'intervenuta consegna di un plico, eseguita dal corriere espresso, in data 23 aprile 2010. Sebbene la stampa rivesta valenza meramente indiziaria, l'affermazione di Tiscali convince, anche perché non contestata dall'utente.

Si ritiene, dunque, che la ricezione del plico sia avvenuta nella data indicata dal Gestore (23 aprile 2010). Tra l'altro, anche le connessioni internet hanno avuto inizio in prossimità della data di presunta consegna dell'apparato, confermando ulteriormente la tesi della resistente.

Per le ragioni anzidette si rigetta, dunque, la richiesta di indennizzo per l'asserito inadempimento nell'attivazione dei servizi e nella consegna del modem.

2.2 Riguardo alla sospensione del vecchio servizio adsl.

Il servizio adsl, come visto, era precedentemente attivo con Tiscali. Nelle more dell'attivazione, tuttavia, l'erogazione di tale servizio è stata sospesa per motivi non chiariti dal Gestore.

Tiscali deduce l'attivazione del nuovo servizio dal 06 aprile 2010, producendo però un tabulato attestante connessioni internet solo a partire dal 26 aprile 2010. A fronte della contestazione della ricorrente, dunque, la società telefonica non dimostra la somministrazione del servizio - precedentemente attivo e fruibile - per il periodo dal 25 marzo al 26 aprile del 2010, né d'altronde adduce le ragioni della mancata somministrazione.

Orbene, l'operatore telefonico avrebbe dovuto osservare **l'articolo 3, co. 4, della delibera n. 179/03/CSP**: "*I servizi sono offerti dagli organismi di telecomunicazioni in modo regolare, continuo e senza interruzioni, ad eccezione di quelle dovute ad interventi di manutenzione e riparazione...omissis*".

Tiscali, d'altronde, **non ha fornito la prova di avere inviato all'utente il preavviso di sospensione**, il cui obbligo è previsto dall'**art. 5 Delibera AgCom 173/07/CONS**. In mancanza della dimostrazione dell'invio e ricezione del preavviso di sospensione - il cui onere incombe su Tiscali - la successiva sospensione del servizio è indebita, non avendo il Gestore offerto la prova liberatoria **ex art. 1218 cc.** (sul tema v. anche il capo 2.3).

Sussistono giusti motivi, dunque, per disporre la corresponsione di un'indennizzo, per la sospensione del servizio adsl dal 25 marzo 2010 al 25 aprile 2010, nella misura prevista **dall'art. 3.6 della Carta dei servizi di Tiscali (€ 5,16 pro-die)**.

2.3 Sulla mancata portabilità del numero.

L'assenza della portabilità di un numero è pacifica, giacché non è solo non contestata, ma è addirittura ammessa da Tiscali.

Tiscali imputa l'assenza di portabilità del numero xxxxx ad un errore dell'utente nella compilazione del modulo di richiesta. Afferma l'operatore telefonico, che l'utente non avrebbe dovuto qualificare la linea come secondaria di una ISDN, bensì come tradizionale. In proposito, il gestore deduce espressamente che: *"Telecom Italia non consente ai gestori di classificare le linee in possesso ai clienti e che per l'attivazione dei servizi richiesti ci si deve attenere a quanto comunicato dagli stessi attraverso i moduli di sottoscrizione dei servizi"*. D'altronde, però, Tiscali asserisce che *"solo in sede di gestione delle verifiche necessarie alla redazione della memoria riscontrava la presenza dell'errore"*.

Le affermazioni riportate al capoverso precedente non sono convincenti.

L'utente ha qualificato il numero xxxxx come secondario di una linea ISDN, ma ciò non è verosimilmente sufficiente a giustificare la mancata esecuzione della portabilità, dalla data di stipula del contratto (25 marzo 2010) sino alla data del recesso esercitato dall'utente (5 luglio 2010).

Sussistono, tra l'altro, tutta una serie di indizi che spingono verso altra direzione:

- 1) all'interno della copia riepilogativa del contratto, prodotta da Tiscali, il n. xxxxx - diversamente dall'altra numerazione - non viene qualificato ISDN;
- 2) L'utente ha concluso il contratto *"per il tramite dell'agente Tiscali Aeracom srl"*, siccome riportato nella memoria del gestore (e, probabilmente, con la sua assistenza);
- 3) Il gestore non documenta in alcun modo le ragioni che ostano alla verifica della natura della linea, ma si limita a dedurre che *"omissisTelecom Italia non consente ai gestori di classificare le linee ...omissis"*;
- 4) Tiscali non chiarisce perché avrebbe scoperto la tipologia della linea posseduta dall'utente solo in pendenza della procedura di definizione.

Tali considerazioni inducono a ritenere che, nella fattispecie, il comportamento del gestore sia stato poco diligente.

Ricorre nella fattispecie l'inosservanza di quanto prescritto dalla **delibera 247/07/CONS**, per la quale *"omissis.la portabilità del numero, indipendentemente dagli operatori coinvolti e dai servizi intermedi sottostanti alla migrazione, è sincronizzata al passaggio della/e linea/e di accesso; nel caso di linea con più numeri è prevista una modalità di gestione sincronizzata della portabilità di tali numeri"*.

In ogni caso, poi, nell'ambito dei rapporti contrattuali, è principio assolutamente pacifico quello secondo cui *"in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento"* (**Cass. Civ. n.2387/04; conf. Cassazione civile, sezione II, 20 gennaio 2010n.936**). In mancanza di prova, dunque, dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, si presume la responsabilità contrattuale di questi, giacché lo stesso non ha provato - giusta previsione **ex art. 1218 c.c.** - che *"l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*.

L'assenza di una prova liberatoria della società Tiscali permette, *ex adverso*, di ritenere comprovata la versione dei fatti rappresentata dall'utente.

La ditta Xxxxx, poi, si lamenta dell'assenza della portabilità di entrambe le numerazioni possedute.

Dai tabulati allegati dal gestore emerge, però, l'assenza di telefonate per uno solo dei due numeri portati. La misura dell'indennizzo, pertanto, terrà conto della mancata portabilità di un solo numero.

2.4 Con riferimento all'interruzione/sospensione dei servizi voce e adsl.

L'utente lamenta anche l'interruzione di tutti i servizi dal 6 ottobre 2010 sino alla data di rientro in Telecom.

L'operatore, invece, addebita l'evento ad una negligenza dell'utente: quale "*omiss.....conseguenza del mancato completamento della procedura di reinizializzazione del modem voip.....omissis*". Il gestore, a sostegno delle proprie argomentazioni, produce alcune schermate ove vengono descritte le fasi del contatto intercorso con il cliente.

La documentazione probatoria offerta da Tiscali è, invero, insufficiente.

Tiscali, infatti, non dimostra, come avrebbe dovuto, di essersi adoperato con ogni mezzo per risolvere il disservizio. Pur essendo incontroverso l'intervento dell'operatore (avvenuto il 6 ottobre 2010 su segnalazione dell'utente), ad esso non ha fatto, però, seguito il ripristino dei servizi.

I tabulati inerenti le connessioni internet e le telefonate comprovano chiaramente l'assenza di collegamenti a decorrere dal 7 ottobre 2010.

D'altro canto, Tiscali cade in contraddizione nel momento in cui asserisce di aver provveduto, il 12 ottobre 2010, alla cessazione del servizio - finalizzata al rientro in Telecom - facendo verosimilmente supporre che, da quella data, la causa efficiente del disservizio sia stata la cessazione non seguita da un tempestivo rientro (avvenuto solo il 26 novembre 2010).

In assenza, dunque, di prova contraria, il gestore è ritenuto responsabile della mancata erogazione dei due servizi, voce e adsl, per entrambe le utenze telefoniche, dal giorno 08 ottobre 2010 (giorno successivo a quello del primo contatto telefonico tra l'utente e l'addetto Tiscali) al 25 novembre 2010 (giorno antecedente all'intervenuto rientro).

Il gestore, quindi, non ha assolto all'onere della prova posto a suo carico non avendo dimostrato - sempre **ex art. 1218 c.c.** - che "*l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*".

D'altro canto, in forza **dell'art. 2.3 della carta dei servizi (Interventi a seguito di segnalazioni)**, il Gestore sarebbe dovuto intervenire "*entro le 24 ore successive alla segnalazione da parte della Clientela*".

Non appare pleonastico osservare, infine, l'inottemperanza da parte dell'operatore telefonico all'obbligo di garantire l'erogazione dei servizi in modo regolare e continuo, in conformità a quanto disposto dall'articolo **3 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP**, provvedendo alla loro corretta erogazione sino al rientro.

Vista l'inosservanza di quanto sancito nelle anzidette disposizioni, l'inadempimento è imputabile al gestore.

2.5 Sul rientro tardivo.

Il gestore, a fronte della richiesta di disdetta contrattuale pervenuta con fax del 05 luglio 2010, ha avviato la procedura di migrazione soltanto il 12 ottobre 2010, portandola a conclusione il 26 novembre dello stesso anno.

Tiscali sottolinea espressamente che l'utente attraverso la comunicazione del 07 luglio 2010 (racc. a/r), domandava la risoluzione del contratto "*preannunciando la richiesta di migrazione, inviata ad altro gestore*".

Dalla lettura della missiva - preceduta dall'anzidetto fax del 5 luglio - emerge la volontà della ditta Xxxxx di esercitare il diritto di recesso. La nota assume invece contenuto interlocutorio avuto riguardo alle modalità di espletamento della migrazione. Al *donating* (Tiscali) si richiedeva solo un *non facere* (scrive l'utente "*non ostacolare in alcun modo la procedura di migrazione*"), senza richiedere il codice di migrazione o altro.

E' soltanto con il fax inviato e ricevuto dall'operatore telefonico il 15 luglio 2010 che viene richiesto un *facere*, cioè il rilascio del codice di migrazione ed è da quella data che l'inadempimento può essere imputato a Tiscali. Il fax del 05 luglio poteva, invece, far sorgere il dubbio che l'utente fosse già in possesso del codice di migrazione.

Dal 15 luglio 2010 decorre il termine per l'adempimento alla richiesta di rientro da parte di Tiscali.

Orbene, l'operatore telefonico non ha addotto alcuna giustificazione in ordine alla ritardata lavorazione del recesso contrattuale, vanificando il disposto dell'articolo **19, comma 2, della delibera n.274/07/CONS**, a mente del quale: "*Nel caso di cessazione di un contratto di servizi di accesso,*

l'operatore donating è tenuto a restituire il controllo delle risorse della rete di accesso all'operatore notificato nei termini e modalità previste al presente articolo".

D'altro canto la legge **40/2007, art. 1, comma 3**, recita in tal senso: *"I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni".*

Il rientro del cliente, pertanto, sarebbe dovuto avvenire entro il 14 agosto 2010, ovvero entro il termine massimo di 30 giorni dal fax del 15 luglio 2010, inviato e ricevuto da Tiscali in pari data.

Alla luce, dunque, del mancato assolvimento dell'onere probatorio posto a carico del gestore, va dichiarata – *contrariis reiectis* – la responsabilità di questi **ex art. 1218 c.c.**

2.6 Sulla mancata risposta ai reclami.

L'utente ha prodotto vari reclami a partire da quello inviato con fax del 11 giugno 2010, ove lamentava dei disservizi e la mancata portabilità.

Invero, il gestore deduce espressamente di aver ricevuto un solo reclamo, in data 7 luglio 2010, il cui riscontro sarebbe poi avvenuto il 12 ottobre 2010. L'assunto è infondato.

L'anzidetto fax costituisce un valido reclamo, giacché con esso l'utente si duole di un disservizio, avvalendosi delle modalità contrattualmente sancite.

Tiscali, d'altronde, non allega la copia della risposta scritta, così come disposto dalla normativa di riferimento ed è pertanto inadempiente.

Diversamente, al fine di non incorrere in responsabilità, l'operatore telefonico avrebbe dovuto allegare una risposta scritta, chiara ed esaustiva al reclamo dimostrando di aver adempiuto a quanto disposto dall'art. 4, comma 1, lettera d), delibera 179/03/CSP.

In particolare, poi, l'art. 8, comma 4, della delibera, recita: "gli organismi di telecomunicazioni indicano nelle carte dei servizi il termine per la definizione dei reclami, termine che non può essere superiore a quarantacinque giorni dal ricevimento del reclamo stesso ...omissis In caso di rigetto, la risposta in esito al reclamo è in forma scritta, è adeguatamente motivata ed indica gli accertamenti compiuti".

D'altro canto, l'art. 3.3 della carta dei servizi Tiscali recita: " (mancata risposta ai reclami) Il Cliente può inoltrare formale reclamo in caso di inadempienza dei principi sanciti dalla presente Carta dei Servizi o delle norme che regolano le Condizioni Generali di Contratto attraverso uno dei seguenti canali: o posta presso Tiscali Italia Xxxxx Servizio Clienti, Sa Illetta, xxx; o fax ai numeri dedicati 800910028 per i privati e 800910032 per le aziende;...omissis..... Tiscali riferisce il risultato degli accertamenti entro un tempo massimo di 45 (quarantacinque) giorni dalla presentazione del reclamo; nel caso di rigetto del reclamo risponderà per iscritto fornendo i necessari dettagli e motivazioni".

Alla luce di quanto sopra, è accertata la responsabilità di Tiscali per il mancato riscontro al reclamo.

3. Indennizzi, rimborsi e storni.

Andranno stornate tutte le fatture contenenti addebiti a far data dal 4 agosto 2010, ovvero entro il trentesimo giorno successivo al fax del 05 luglio 2010, attraverso cui l'utente esercitava all'uopo la disdetta dal contratto. Qualora le stesse dovessero contenere richieste relative a periodi precedenti, lo storno dovrà avvenire pro-quota. Ove le fatture siano state saldate, andrà corrisposto il rimborso in favore dell'utente.

Con riferimento al vecchio servizio adsl denominato *"adsl professional plus"*, il gestore afferma di aver già provveduto allo storno delle fatture producendo copia della corrispondente nota di credito. Alla luce di tali superiori argomentazioni, risulta cessata la materia del contendere relativamente a tale capo di domanda.

All'utente dovrà, altresì, essere corrisposto un indennizzo, così determinato:

€ 165,12 (centosessantacinque/12) per 32 giorni di sospensione del vecchio servizio adsl, dal 25 marzo 2010 sino al 26 aprile 2010.

€ 201, 24 (duecentouno/24) per 39 giorni di mancata portabilità di un numero telefonico, con *dies a quo* dal 27 maggio 2010 (giorno in cui doveva essere eseguita la NP, poiché andava sincronizzata al passaggio della linea); il *dies ad quem* è invece offerto dalla data in cui l'utente ha inteso sciogliere il vincolo contrattuale (5 luglio 2010) dimostrando così di non avere più interesse all'esecuzione della portabilità del numero, giacché interessato a passare ad altro operatore.

€ 247,48 (duecentoquarantasette/48) per 48 giorni di interruzione del servizio telefonico voce, per l'utenza principale n. xxxxx, per il periodo di riferimento 08 ottobre 2010 - 25 novembre 2010;

€ 247,48 (duecentoquarantasette/48), per 48 giorni di interruzione del servizio telefonico voce, per l'utenza secondaria, per il periodo di riferimento 08 ottobre 2010 - 25 novembre 2010;

€ 247,48 (duecentoquarantasette/48), per 48 giorni di interruzione del servizio adsl, per il periodo di riferimento 08 ottobre 2010 - 25 novembre 2010;

€ 1062,96 (millesessantadue/96) per 103 giorni di ritardo nell'espletamento della procedura di rientro per ciascuna numerazione telefonica (con decorrenza dal trentesimo giorno successivo al fax del 15 luglio 2010, con cui la ditta ricorrente rendeva nota la volontà di acquisire il codice di migrazione ai fini del rientro);

€ 359,00 (trecentocinquantanove/00) per la mancata risposta al reclamo, dalla data di invio del primo reclamo (11 giugno 2010) - previa decurtazione dei 45 giorni per il riscontro al reclamo *ex art. 3.3 della carta dei servizi Tiscali* - sino alla data in cui si è tenuta l'udienza di definizione della controversia (21 luglio 2011), per un totale complessivo di 359 giorni di ritardo.

L'indennizzo giornaliero riconosciuto all'utente è pari ad € 5,16, per ciascun periodo da indennizzare, fatto salvo l'indennizzo per mancata risposta al reclamo che, in conformità ai più recenti orientamenti dell'Agcom viene parametrato all'importo di € 1,00 *pro-die*.

In proposito, l'**art. 3.6, della Carta dei servizi di Tiscali**, recita: "*Il Cliente qualora rilevi il mancato rispetto degli standard garantiti di cui ai punti 2.1. e 2.2. 3.6. Indennizzi Il Cliente qualora rilevi il mancato rispetto degli standard garantiti di cui ai punti 2.1. (tempi di attivazione dei servizi) e 2.2. potrà far pervenire la segnalazione al Servizio Clienti Tiscali ai sensi del precedente punto 3.3. (interventi a seguito di malfunzionamenti). Qualora venga riconosciuta la validità della richiesta Tiscali provvederà all'accreditamento di una somma commisurata all'ammontare dell'effettivo disservizio subito e ai volumi di traffico sviluppati fino ad un importo massimo pari a 5,16 € per ogni giorno di ritardo. La corresponsione dell'indennizzo non esclude la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito*".

Tuttavia, il calcolo dell'indennizzo, dovrà necessariamente prescindere dai vincoli eventualmente prospettati all'interno della carta dei servizi, in ottemperanza al principio di proporzionalità, che presuppone una corrispondenza tra l'indennizzo erogato ed il pregiudizio subito.

4. Sulle spese di procedura.

L'**art. 6 del Regolamento** sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto "*del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*" e che "*quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi*" vadano comunque "*rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione*".

A tale proposito, è d'uopo sottolineare la mancata comparizione di Tiscali in occasione del tentativo obbligatorio di conciliazione; di tal guisa, si riconosce in favore della ditta Xxxxx, regolarmente assistita durante l'udienza di definizione, l'importo di **€ 150,00 (centocinquanta/00)**, a titolo di rimborso spese per la procedura di conciliazione e di definizione.

Vista la proposta di decisione del Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali – Affari generali e legali di questo Comitato, Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini di quanto già esplicito, dell'istanza presentata dall'utente **Giglio xxx & c. xxx** in data 09 febbraio 2011, la società Tiscali Italia xxx, pertanto, è tenuta a stornare e/o rimborsare tutte le fatture contenenti addebiti a far data dal 4 agosto 2010.

La società Tiscali Italia xxx è tenuta, altresì, a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico:

- 1) € 165,12 (centosessantacinque/12) per la prima interruzione del servizio adsl;
- 2) € 201,24 (duecentouno/24) per la mancata portabilità;
- 3) € 247,48 (duecentoquarantasette/48) per 48 giorni di interruzione del servizio telefonico voce per l'utenza n. xxxxx;
- 4) € 247,48 (duecentoquarantasette/48), per 48 giorni di interruzione del servizio telefonico voce per l'utenza n. xxxxx;
- 5) € 247,48 (duecentoquarantasette/48), per 48 giorni di interruzione del servizio adsl;
- 6) € 1.062,96 (millesessantadue/96) per il ritardo nell'espletamento della procedura di rientro;
- 7) € 359,00 (trecentocinquantanove/00) per la mancata risposta al reclamo;
- 8) € 150,00 (centocinquanta/00), a titolo di rimborso spese di procedura.

Con la precisazione, che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, sino al soddisfo.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'**articolo 11, comma 4, della delibera n. 179/03/CSP**.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n.259.

La presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale, sul sito *web* dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sul sito web del Corecom Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della Legge 69/2009.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

IL PRESIDENTE
f.to Avv. Silvia Gulisano

V.
IL DIRIGENTE
f.to Avv. Rosario Carnevale