

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N.213

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Russo xxx c/ Tiscali Italia xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 29/11/2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro Presidente
Prof. Carmelo Carabetta Componente
Dott. Gregorio Corigliano Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

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";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

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

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.re.com." 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.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico" ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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 Co.Re.Com. 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";

l'istanza del 19 aprile 2012, acquisita al protocollo del Co.Re.Com. Calabria n. 19366, con cui l'utente xxx Russo, ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la società Tiscali Italia xxx, 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.;

la nota del 26 aprile 2012 (prot. n. 20111 del 27 aprile 2012), 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;

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

Dato atto che nessuna delle parti ha richiesto l'udienza di discussione;

considerato quanto segue

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il sig. Russo xxx, in qualità di titolare della ditta Russo Gioielli di xxx Russo, ha promosso, dinanzi a questo Co.Re.Com., un procedimento di conciliazione nei confronti della società Tiscali Italia xxx La conciliazione si è conclusa con esito negativo.

Il 19 aprile 2012, l'istante ha domandato la definizione della controversia esponendo quanto segue:

- 1) il ricorrente esercita un'attività commerciale il cui esercizio richiede l'utilizzo di sistemi di allarme, del servizio pos e della telesorveglianza, tutti collegati alla linea telefonica e adsl.
- 2) Dal 13 dicembre 2009 fino ai primi di gennaio 2010, il servizio telefonico è stato sospeso senza alcun preavviso, ostacolando l'esercizio dell'attività commerciale. Il disservizio è stato denunciato con fax del 14 e del 17 dicembre 2009.
- 3) Il 5 febbraio 2010, il disservizio si è ripetuto per ulteriori tre giorni. La problematica è stata segnalata dapprima con fax e, successivamente, con racc. a/r.
- 4) Il 21 febbraio 2010 si sono verificati nuovamente i predetti malfunzionamenti, obbligando il ricorrente a rivolgersi ad una agenzia di vigilanza privata per la sorveglianza notturna dell'esercizio commerciale, nonché a rifiutare i pagamenti con carta di credito per il mancato funzionamento del pos. Inoltre, il numero del sig. Russo veniva spesso scambiato con quello di un concittadino con l'effetto di ricevere numerose telefonate dirette ad altro utente.
- 5) Tutti gli anzidetti disservizi sono durati oltre 30 giorni.
- 6) Tiscali si è resa responsabile di non aver informato l'istante - in occasione della stipula del contratto - dell'incompatibilità dei servizi di allarme, pos e telesorveglianza con la linea Voip. Con il fax inviato il 14 dicembre 2009 il sig. Russo ha chiarito la necessità di fruire di tutti i predetti servizi. Il comportamento di Tiscali assume carattere di particolare gravità, in quanto il contratto, ai sensi degli artt. 1375 e 1175 c.c., dev'essere eseguito secondo correttezza e buona fede, soprattutto da parte di un operatore qualificato qual è l'azienda resistente.

- 7) La società telefonica si è resa inadempiente ed ha sospeso illegittimamente tutti servizi telefonici, incluso quello internet. Nessuna risposta è, poi, mai pervenuta all'utente in occasione dei suoi numerosi reclami.

Il ricorrente ha, pertanto, domandato:

- A) la corresponsione di un indennizzo o un risarcimento del danno di € 4.000,00;
- B) il riconoscimento delle spese di procedura.

L'istante ha depositato, tra l'altro, copia:

- a) dei fax di segnalazione dei malfunzionamenti, con richiesta di ripristino dello status quo ante, del 14 dicembre 2009 e del 17 dicembre 2009;
- b) del fax 5 febbraio 2010 (seguito da racc. a/r) e di quello del 22 febbraio 2010 con cui sono stati nuovamente segnalati dei malfunzionamenti ed è stata riproposta la richiesta di rientro in Telecom.

Tiscali Italia xxx, ritualmente costituita, ha eccepito quanto segue:

- 1) il sig. Russo ha stipulato con Tiscali, sin dal mese di maggio del 2007, un contratto di somministrazione del servizio adsl.
- 2) Il 10 dicembre 2009 ha richiesto la modifica del contratto sottoscrivendo un pacchetto per servizi voce e adsl, con portabilità della linea. Come attestato dalle schermate allegate, la portabilità della linea è stata espletata il 24 gennaio 2010.
- 3) il 14 dicembre 2009 ed il 17 dicembre 2009, il cliente ha segnalato con fax un malfunzionamento a carico del servizio. I reclami venivano riscontrati il 17 febbraio 2010 con il riconoscimento di uno sconto (di € 3,92) applicato alla fattura n. xxx del 2 aprile 2010.
- 4) Il ricorrente, ha lamentato con l'istanza di definizione, una sospensione sia del servizio voce che di quello adsl dal 13 dicembre 2009. Tuttavia, con il reclamo del 17 dicembre 2009, contraddicendosi, ha segnalato solo il malfunzionamento del servizio adsl. I log di connessione, poi, attestano un'assenza di collegamento adsl limitata al solo periodo tra il 14 dicembre 2009 ed il 26 dicembre 2009.
- 5) Dalla ricostruzione dei fatti nessun inadempimento può essere imputato a Tiscali per il servizio voce, in quanto tali inconvenienti si sono verificati prima della presa in carico della numerazione. Come risulta dalle schermate di sistema allegate, infatti, la portabilità è stata espletata solamente il 24 gennaio 2010.
- 6) Nel GV14 viene segnalato un ulteriore periodo di disservizio dal 5 all'8 febbraio 2010. Diversamente da quanto lamentato da parte ricorrente, la resistente, dopo un'attenta verifica dei corrispondenti log di connessione e dei tabulati del traffico telefonico, non ha riscontrato l'assenza del servizio.
- 7) L'ultimo disservizio si riferisce al periodo tra il 21 ed il 26 febbraio 2010. Sempre dall'esame dei tabulati risulta un'assenza di connessioni adsl dal 20 al 22 febbraio, mentre per il servizio voce il disservizio è limitato alla sola giornata del 21 febbraio 2010. La bontà di quest'ultima affermazione è confermata dal ticket (depositato in atti) aperto verso Telecom, il 20 febbraio 2010, per permuta errata, risolto il 22 febbraio 2010.
- 8) Le segnalazioni inviate mediante fax del 5 febbraio 2010, seguito da racc. a/r dell'11 febbraio 2010 e con fax del 22 febbraio del 2010, sono state riscontrate da Tiscali sia telefonicamente che per iscritto. La risposta scritta è stata unica, in quanto inerente sempre lo stesso motivo di doglianza ed è stata inviata all'utente il 27 aprile 2010. E' pervenuto infine un reclamo il 15 aprile 2010, da parte del legale dell'utente, riscontrato il 22 giugno 2010.
- 9) Tiscali, in occasione della registrazione del contratto con il cliente, lo ha informato dell'impossibilità di garantire il funzionamento di dispositivi particolari quali la gestione remota dei sistemi di videosorveglianza, centralino digitale e telesoccorso. Perciò nessun inadempimento è imputabile alla resistente che ha fornito al ricorrente ogni informazione utile a valutare la proposta di abbonamento.

In forza di tutte le anzidette considerazioni Tiscali ha offerto il riconoscimento di un indennizzo di € 90,00 in favore dell'istante, di cui € 70,00 per i quattordici giorni di malfunzionamento del servizio adsl avvenuti durante il

mese di dicembre 2009 ed € 20,00, per ulteriori quattro giorni di malfunzionamento (di cui tre per il servizio adsl ed uno per quello voce), entrambi del mese di febbraio 2010.

La società resistente ha allegato copiosa documentazione con esibizione, tra l'altro: a) di una copia delle schermate di sistema attestante un contatto, tra un addetto della società telefonica ed il ricorrente, avvenuto il 27 aprile 2010; b) di una copia del trouble ticket, aperto il 20 febbraio verso Telecom; c) di una copia dei tabulati contenenti il traffico telefonico e dei log di connessione; d) due note di riscontro ai reclami del 27 aprile 2010 e del 22 giugno 2010; e) copia della schermata pride attestante l'avvenuto espletamento dell'ordine di attivazione del servizio voce.

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.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono parzialmente fondate e meritano accoglimento nei limiti del dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi telefonici. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

In particolare, nel contratto di somministrazione *"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.

2.1 Con riferimento ai malfunzionamenti.

Il sig. Russo lamenta, come visto, di aver dovuto sopportare l'interruzione dei servizi voce e adsl per un periodo superiore a 30 giorni.

La società resistente riconosce, per il servizio adsl, l'esistenza di un malfunzionamento totale dal 14 dicembre 2009 al 26 dicembre 2009. Per il servizio voce, invece, Tiscali eccepisce che sino al 24 gennaio 2010 (data di acquisizione della linea) la numerazione era gestita del precedente operatore. Per il disservizio lamentato dal 5 all'8 febbraio 2010, il gestore eccepisce, poi, previa verifica dei corrispondenti log di connessione e dei tabulati del traffico telefonico, di non aver riscontrato l'assenza del servizio.

Con riferimento, invece, all'ultimo periodo di disservizio lamentato dal ricorrente (tra il 21 ed il 26 febbraio 2010), secondo il gestore risulta - sempre dall'esame dei tabulati - un'assenza di connessioni adsl dal 20 al 22 febbraio, mentre per il servizio voce il disservizio è limitato alla sola giornata del 21 febbraio 2010.

La domanda della ricorrente, come già anticipato, è parzialmente fondata e merita accoglimento, limitatamente alla tipologia di disservizio ed all'arco temporale indennizzatorio sotto delineato.

Con riferimento al servizio adsl, la mancata fornitura dal 14 dicembre 2009 al 26 dicembre 2009 è riconosciuta da Tiscali. In seguito, non si rilevano malfunzionamenti totali del servizio, né il ricorrente ha allegato reclami o segnalazioni proposti successivamente al fax del 17 dicembre 2009. A partire dal 26 dicembre i tabulati esibiti attestano, invece, la presenza di connessioni.

Il 20 febbraio 2010, invece, viene riscontrata l'ulteriore segnalazione del ricorrente, attraverso un intervento tecnico concluso con l'accertamento di un guasto, risolto il 22 febbraio 2010.

Va invece rigettata, la domanda dell'istante **per l'interruzione totale del servizio voce durante l'arco temporale dal 5 all'8 febbraio 2010**. I tabulati in atti attestano la presenza di connessioni e chiamate durante quel periodo. Perciò nessuna responsabilità può essere imputata a Tiscali a titolo di malfunzionamento **totale** dei servizi voce e adsl.

Stessa sorte merita la domanda inerente le telefonate inoltrate a diverso utente, ma ricevute dal sig. Russo. La doglianza è generica, in quanto il ricorrente non indica l'arco temporale interessato dalla problematica.

Parimenti va respinta la domanda inerente **l'interruzione del servizio voce per il mese di dicembre 2009**, in quanto, come attestato in atti, la numerazione è stata acquisita da Tiscali solo il 24 gennaio 2010.

L'unica interruzione totale del servizio voce che merita di essere indennizzata è quella, riconosciuta da parte resistente, per un giorno di malfunzionamento totale del servizio voce nella giornata del 21 febbraio 2010.

Ciò posto, sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti, si giunge a comporre gli interessi in conflitto, avvalendosi dei principi di ripartizione del carico probatorio concretamente applicati nel processo civile. In particolare, secondo giurisprudenza pacifica, l'onere della prova, nell'ambito delle controversie inerenti il settore delle telecomunicazioni è ripartito tra utente (creditore) e gestore (debitore) in tal senso: *"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). Parimenti consolidato è il principio di vicinanza della prova, anch'esso fatto proprio da questo Co.re.com., secondo cui: *"l'onere della prova, poi, dev'essere ripartito oltreché secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo; principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge tendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio"* (Cass. Sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533 e 10 gennaio 2006 n. 141). Il nodo va sciolto, quindi, alla luce degli anzidetti criteri di ripartizione del carico probatorio e tenuto conto delle risultanze istruttorie. A fronte, pertanto, della deduzione dell'utente di un malfunzionamento, è onere del gestore contestare l'affermazione, dimostrandone la regolarità nella fornitura, ovvero provare – sempre ex art. 1218 c.c. – che **l'inadempimento o il ritardo sia stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile allo stesso operatore**. Nel caso di specie, il gestore non ha dimostrato di aver risolto il disservizio nei tempi sanciti dalla carta dei servizi e parte ricorrente dovrà essere indennizzata per il periodo *ut supra* delineato.

2.2 Sull'inadempimento agli obblighi informativi nei confronti del cliente e sul diritto di ripensamento.

L'istante, come visto, lamenta il mancato rispetto degli oneri informativi posti a carico di Tiscali, la quale non avrebbe informato l'utente dell'incompatibilità del servizio voce da attivare con i dispositivi pos, videosorveglianza e con i sistemi di allarme.

Tiscali eccepisce di aver informato il sig. Russo dell'esistenza di tali problematiche sin dal principio. In particolare, le informazioni sarebbero state acquisite in occasione della registrazione telefonica con cui parte istante avrebbe prestato il proprio consenso all'attivazione del servizio voce. Tale registrazione sarebbe in possesso di Tiscali.

La doglianza del ricorrente è fondata e merita accoglimento.

Il punto di partenza dell'indagine è l'esame della normativa di settore.

La delibera **664/06/CONS**, disciplina le modalità di conclusione dei contratti telefonici a distanza. In particolare, secondo, l'**art. 2, co. 5, 6 e 7**: *"5. La volontà inequivoca del titolare dell'utenza telefonica di concludere il contratto deve risultare da un modulo ovvero altro documento contrattuale, anche elettronico, recante la data e l'ora dell'avvenuto accordo e la relativa sottoscrizione del titolare dell'utenza telefonica. Se è utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento degli obblighi informativi di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, e il consenso informato del titolare dell'utenza telefonica possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, previo consenso dell'interessato alla registrazione, sempre che l'operatore abbia adempiuto anche gli oneri di cui al comma seguente.*

6. Prima o al più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto di fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica concluso a distanza, il titolare dell'utenza telefonica deve ricevere un apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni elencate al comma 1 e all'articolo 53 Codice del consumo. Con il medesimo modulo, l'operatore comunica al titolare dell'utenza telefonica che, ove ritenga che il servizio non sia stato da lui richiesto, può proporre opposizione, a mezzo di fax o di posta elettronica, ai recapiti indicati nella stessa informativa, ferma restando la sua facoltà di opporsi in ogni tempo e con qualsiasi mezzo ad una fornitura non richiesta ai sensi dell'art. 3 e dall'art. 57 del Codice del consumo.

Ciò premesso, Tiscali, invitata con lettera di avvio del procedimento a depositare una copia del contratto, non ha adempiuto a quanto richiesto. Il gestore non ha depositato, né una copia della registrazione asseritamente posseduta, né la copia cartacea del modulo di conferma del contratto.

Tiscali, attraverso il deposito di una copia della registrazione telefonica, avrebbe potuto dimostrare di avere informato l'istante dell'incompatibilità del servizio voce con i servizi pos, videosorveglianza e telesoccorso, precedentemente goduti da quest'ultimo. In particolare, il citato art. 2 dispone inequivocabilmente: *"prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica l'operatore fornisce all'utente tutte le informazioni di cui all'art. 52 del Codice di consumo e le informazioni sugli elementi del contratto che si accinge a concludere elencate nell'art. 70 del Codice. 2. L'operatore fornisce altresì adeguata informativa relativamente alle eventuali modifiche o restrizioni del servizio di natura tecnica o economica che possano derivare dalla conclusione al contratto che l'utente si accinge a concludere...omissis".*

Parimenti, la parte resistente avrebbe dovuto anche provare di avere inviato una copia del modulo di conferma del contratto come previsto anche dall'**art. 53 del codice del consumo**. In tal senso, la condotta dell'operatore, oltre a contrastare con la normativa di settore, risulta contraria ai canoni di correttezza e buona fede espressi dagli **artt. 1175 e 1375 c.c.**. A tale proposito, la Suprema Corte, richiamando espressamente alcuni precedenti arresti di legittimità, hanno affermato che: *"i principi di buona fede e correttezza, come previsti dagli artt. 1175 e 1375 c.c., costituiscono ormai parte del tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico e sono espressione di un generale principio di solidarietà sociale - la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica. Nell'ambito contrattuale, e' principio ormai consolidato quello per cui la buona fede oggettiva, cioè la reciproca lealtà di condotta, debba presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase. La buona fede, pertanto, si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del neminem laedere, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte."* (ex multis, **Cassazione Civ., sez. III, n. 10182/09**)

D'altro canto, il comportamento della resistente, siccome emerso dalla ricostruzione dei fatti, appalesa un contrasto con i principi espressi nella **Delibera n. 179/03/CSP**, ivi incluso quello del diritto di scelta dell'utente finale di cui all'art 3, comma 5. Parte istante - diversamente da quanto emerso nel corso del presente procedimento - avrebbe dovuto essere informata in modo chiaro, esatto e completo sulle effettive condizioni tecniche di attivazione del servizio voce e delle corrispondenti incompatibilità, **poiché solo in questa maniera sarebbe stato effettivamente tutelato il suo diritto di scelta, e la conseguente possibilità di orientarsi verso diverso operatore telefonico o verso una diversa soluzione**. Sicché, fino a quando l'istante non è stato messo nella piena conoscenza delle problematiche tecniche, ha subito un pregiudizio per il mancato godimento dei dispositivi collegati alla linea telefonica, che merita un congruo indennizzo da qualificare diversamente in relazione all'avvicinarsi degli avvenimenti. Inizialmente, per il periodo dal 14 dicembre 2009 sino al 10 febbraio 2010, può essere imputato a Tiscali sia un difetto di trasparenza contrattuale che un comportamento contrario ai canoni di correttezza e buona fede, entrambi meritevoli di un indennizzo.

A partire dal giorno successivo, **la ricezione della raccomandata a/r rappresenta fatto significativo**. La missiva è di contenuto inequivocabile, manifestando il diritto di ripensamento del ricorrente.

A tale proposito, non appare pleonastico ribadire che Tiscali non ha provato di aver adempiuto a tutti gli obblighi informativi appena citati. La mancata dimostrazione dell'adempimento implica – secondo la legge nonché per la normativa di settore – un ampliamento fino a novanta giorni dei termini per esercitare il diritto di recesso. In tal senso, **l'art. 5 (Esercizio del diritto di recesso) della delibera 664/06/CONS**, dispone: "5. Nel caso in cui l'operatore non abbia soddisfatto gli obblighi di informazione di cui all'art. 2, comma 6, e quelli in materia di esistenza ed esercizio del diritto di recesso, di cui all'art. 52, comma 1, lettere f) e g), del Codice di consumo, il termine per l'esercizio del diritto di recesso è, rispettivamente, di sessanta (per i beni) o di novanta giorni (per i servizi) e decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte dell'utente, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto".

Il rilievo non è privo di pregio. L'istante si è lamentato dell'incompatibilità dei diversi dispositivi posseduti – prima ancora della presa in carico della numerazione da parte di Tiscali – precisando che in tal caso avrebbe voluto restare con il precedente gestore. Le doglianze sono state manifestate dapprima attraverso i due fax di dicembre 2009. Il 5 febbraio 2010, poi, all'invio del reclamo tramite fax, ha fatto seguito una raccomandata a/r, la cui ricezione (in data 11 febbraio 2010) viene riconosciuta da Tiscali. **Il comportamento assume particolare gravità e le richieste del ricorrente, già ampiamente disattese, non avrebbero meritato di rimanere inevase**. Sicché il servizio voce avrebbe dovuto essere cessato con ripristino della precedente configurazione e restituzione del numero al precedente operatore. Infatti, in presenza del ripensamento, la conservazione **immotivata** del servizio è valutabile alla stregua dell'attivazione di un servizio non richiesto con le correlative conseguenze.

Pertanto, sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti si giunge a comporre gli interessi in conflitto avvalendosi dei principi di ripartizione del carico probatorio riportati nel paragrafo precedente.

A fronte, pertanto, della puntuale deduzione dell'istante della scarsa trasparenza contrattuale, nonché della sua volontà di ripristino del servizio voce con il vecchio operatore, sarebbe stato onere del gestore contestare l'affermazione, dimostrando di avere assolto a tutti gli obblighi sanciti dalla legge e dai regolamenti. Non avendo offerto il gestore alcuna prova in proposito, va senz'altro riconosciuto il diritto dell'utente al riconoscimento di un congruo indennizzo dal 14 dicembre 2009 sino alla data di ricezione della nota di Tiscali del 22 giugno 2010, attraverso cui il gestore conferma l'incompatibilità dei servizi. A tale proposito, è necessario individuare il giorno in cui la missiva è pervenuta nella sfera di conoscenza del destinatario, tenuto conto che la ricezione è rimasta fatto incontestato tra le parti. In tal senso, si ricorre all'ausilio dei canoni di esperienza suggeriti dall'*id quod plerumque accidit*, per cui si reputa verosimilmente avvenuta la ricezione il 29 giugno 2010, ovvero sette giorni dopo la data di redazione e stampa riportata sulla nota.

Per il periodo successivo al 29 giugno 2010, non sono state allegati segnalazioni e/o validi documenti, inviati medio-tempore dal ricorrente verso la resistente, per sollecitare la risoluzione dei disagi, né nulla è stato dedotto o accertato sul punto. **Non può sottacersi, infatti, che l'utente è rimasto da allora verosimilmente inerte** non avendo mai più presentato reclami. Parimenti, il tentativo obbligatorio di conciliazione è stato avviato solo quasi due anni dopo l'ultimo contatto tra le parti. La delimitazione dell'indennizzo all'arco temporale sopra individuato, appare quindi proporzionale al pregiudizio subito dall'istante. **Diversamente, si creerebbe una distonia con i principi di proporzionalità ed adeguatezza**, consuetamente richiamati nei *decisum* dell'Autorità.

2.3 Sulla mancata risposta ai reclami.

Il sig. Russo afferma di aver inviato numerosi reclami, primo fra tutti quello del 14 dicembre 2009.

L'operatore, invece, eccipisce di aver riscontrato alle segnalazioni attraverso il riconoscimento di un indennizzo.

Le ulteriori segnalazioni, inviate mediante fax del 5 febbraio 2010, seguito da racc. a/r dell'11 febbraio 2010 e con fax del 22 febbraio del 2010, sarebbero state riscontrate da Tiscali anche per iscritto attraverso la nota del 27 aprile 2010.

La missiva del 15 aprile 2010, inviata dal legale di parte ricorrente, sarebbe stata poi riscontrata il 22 giugno 2010.

Seguendo le indicazioni provenienti dalla delibera **179/03/CSP**, il reclamo è "l'istanza con cui l'utente si rivolge direttamente all'organismo di telecomunicazioni per segnalare un disservizio, ovvero una questione attinente l'oggetto, le modalità o i costi della prestazione erogata".

Orbene, la comunicazione del 14 dicembre 2009, così come riconosciuto dalla resistente, rappresenta un valido reclamo. Diversamente da quanto affermato da Tiscali, la segnalazione non è diretta solo a lamentare il malfunzionamento dei servizi voce e adsl, bensì anche a sollevare la problematica dell'incompatibilità dei sistemi e degli apparati collegati all'utenza telefonica, con il servizio attivato o da attivare, richiedendo espressamente il ripristino dello *status quo ante*. Nessuna risposta è stata fornita in tal senso dall'operatore prima di quella inviata il 22 giugno 2010. L'invio e la ricezione di quest'ultima nota può dirsi provata in quanto non contestata dall'istante. La nota inviata dall'operatore il 27 aprile 2010, si limita ad informare il cliente dell'inesistenza di malfunzionamenti a carico della linea e non rappresenta una valida risposta all'ulteriore problema sollevato dall'istante.

Diversamente, al fine di non incorrere in responsabilità, Tiscali avrebbe dovuto allegare nei termini sanciti dall'art. 3.3. della propria carta dei servizi (45 giorni) una risposta chiara ed esauritiva al reclamo, allegato dall'utente, dimostrando di aver adempiuto a quanto disposto dall'**art. 4, comma 1, delibera 179/03/CSP**.

Più precisamente, poi, l'**art. 8, comma 4**, della predetta 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".

A tale proposito non appare pleonastico rammentare che il ritardo nella risposta al reclamo determina una mancanza di ascolto, dialogo e contraddittorio tra utente e gestore, meritando quindi il riconoscimento di un indennizzo.

4 Indennizzi, rimborsi e storni.

All'istante va riconosciuto un indennizzo per l'interruzione totale del servizio adsl.

L'interruzione totale del servizio adsl va riconosciuta per due periodi. Il primo, va dal 13 dicembre 2009 al 26 dicembre 2009, il secondo dal 20 febbraio 2010 al 22 febbraio 2010.

Per il servizio voce, è riconosciuto dal gestore un giorno di interruzione totale (il 21 febbraio 2010).

Con riferimento al *quantum* del malfunzionamento totale, invece, l'**articolo 5, co. 1, delibera 73/11/CONS (Indennizzo per malfunzionamento del servizio)**, testualmente recita: *"In caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici, imputabili all'operatore, sarà dovuto un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 5,00 per ogni giorno d'interruzione....omissis..."*.

In tutti i casi, il conteggio dovrà tenere conto del giorno di franchigia previsto dalla carta dei servizi del gestore.

La base di calcolo è poi da raddoppiare, ai sensi dell'**articolo 12, comma 2, dello stesso regolamento**, in considerazione della natura "business" dell'utenza.

Il ricorrente ha altresì diritto al riconoscimento di un indennizzo per la condotta poco trasparente e contraria ai canoni di correttezza e buona fede, così come emersa dall'analisi dei fatti. La misura, in assenza di un valore unitario specificatamente indicato dalla delibera 73/11/CONS, è individuata nel parametro generale fissato dalla carta dei servizi Tiscali (€5,00 al giorno per la categoria business). L'arco temporale indennizzatorio va dal 14 dicembre 2009 al 10 febbraio 2010 (58 giorni).

Spetta altresì all'utente un indennizzo per la fornitura di un servizio non richiesto. Il *dies a quo* è l'11 febbraio 2010, il *dies ad quem* è, invece, il 29 giugno 2010 (138 gg. complessivi). La misura dell'indennizzo è quella prevista dall'**art. 5 della delibera 73/11/CONS**: *"nelle ipotesi di attivazione di servizi non richiestiomissis gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo pari ad euro 5,00 per ogni giorno di attivazione"*.

Si riconosce, infine, all'istante un indennizzo per la mancata risposta al reclamo, dal 14 dicembre 2009 sino al 29 giugno 2010. Come sopra affermato, in assenza di ulteriori riferimenti ed in forza di quanto desumibile dall'*id quod plerumque accidit*, il *dies ad quem* viene individuato nel settimo giorno successivo alla redazione del documento, per un totale complessivo di 152 giorni di ritardo. Anche quest'ultimo conteggio è stato decurtato dei 45 giorni di franchigia previsti dalla carta dei servizi del gestore.

All'utente dovranno, dunque, essere riconosciute le seguenti somme:

- a) € 140,00 (centoquaranta/00), per 14 (quattordici) giorni d'interruzione completa del servizio adsl;
- b) € 10,00 (dieci/00), per un giorno d'interruzione totale del servizio voce;
- c) € 290,00 (duecentonovanta/00), a titolo di indennizzo per scarsa trasparenza contrattuale;
- d) € 690,00 (seicentonovanta/00), per l'attivazione di un servizio non richiesto;
- e) € 152,00 (centocinquanta due/00), per il ritardo nella risposta al reclamo.

Come da orientamento consolidato, il calcolo dell'indennizzo, si conforma altresì ai principi di proporzionalità ed adeguatezza, che presuppongono una corrispondenza tra l'indennizzo erogato ed il pregiudizio subito.

5 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 presenza del ricorrente all'udienza di conciliazione, l'accoglimento dell'istanza, il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese. Si riconosce, pertanto - in conformità a quanto previsto dall'articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS - l'importo di € 150,00 (centocinquanta/00), in favore dell'utente, a titolo di rimborso spese di procedura di conciliazione e di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria, Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti; Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. Alessandro Mangano, nell'odierna seduta; All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza proposta dal sig. Russo xxx, con rigetto delle ulteriori domande.

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

- 1) € 140,00 (centoquaranta/00), per 14 (quattordici) giorni d'interruzione completa del servizio adsl;
- 2) € 10,00 (dieci/00), per un giorno d'interruzione totale del servizio voce;
- 3) € 290,00 (duecentonovanta/00), a titolo di indennizzo per scarsa trasparenza contrattuale;
- 4) € 690,00 (seicentonovanta/00), per l'attivazione di un servizio non richiesto;
- 5) € 152,00 (centocinquanta due/00), per il ritardo nella risposta al reclamo;
- 6) € 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.

I COMPONENTI

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

IL PRESIDENTE

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Direttore del Co.Re.Com.

f.to Avv. Rosario Carnevale