



*Autorità per le Garanzie
nelle Comunicazioni*

*Consiglio Regionale
della Calabria*

Comitato Regionale per le Comunicazioni

Co.Re.Com. Cal/Rip

DELIBERAZIONE N.28

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA. Benedetto xxxxxx c/ Tiscali Italia Xxxx.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 20 aprile 2011, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Avv. Silvia Gulisano	Presidente
Dr. Mario Campanella	Componente
Prof. Alessandro Manganaro	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali – Affari generali e legali del Comitato;

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 16 dicembre 2010, acquisita al prot. Corecom Calabria n. 12301/10, con cui il Sig. De Benedetto XXXX ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società Tiscali Italia XXXX., 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 le note del 24 dicembre 2010 (prot. n. 9032/10), 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. 10027/11 del 24 febbraio 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 14 marzo 2011, alla relativa udienza di discussione;

Preso atto del verbale di discussione, redatto in data 14 marzo 2010, 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

Con istanza di conciliazione, depositata il 16 novembre 2010, il sig. De Benedetto promuoveva, dinanzi al Corecom Calabria, un procedimento di conciliazione nei confronti della società Tiscali Italia XXXX.

Esponiva il ricorrente, di aver stipulato con Tiscali un contratto adsl per utenza residenziale, lamentando la fornitura di una velocità di connessione diversa da quella contrattualmente pattuita.

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

Il 16 dicembre 2010, il ricorrente demandava all'adito Corecom la definizione della controversia, ribadendo le precedenti doglianze.

In particolare, precisava di aver aderito all'offerta denominata "Tiscali Tandem 8 Mega Flat", lamentando:

- 1) la fornitura di una velocità di connessione inferiore rispetto a quella contrattualmente prevista (8 o 12 mega);

- 2) la mancata esecuzione del downgrade commerciale, con riduzione del canone mensile da corrispondere per l'adesione ad un profilo più economico (con velocità di connessione di 4 mega), così come consigliato dai tecnici Tiscali e chiesto dall'istante;
- 3) l'assenza di riscontro, da parte del settore commerciale di Tiscali, in merito alla richiesta di downgrade.

Avanzava, quindi, richiesta di:

- a) restituzione di tutte le somme pagate per l'inadempimento contrattuale del Gestore;
- b) indennizzo pari alle somme pagate all'operatore in pendenza del rapporto.

Produceva il ricorrente copia dello scambio di mail intercorso con il servizio clienti nel quale: l'utente si doleva dell'inadeguatezza del servizio; il servizio clienti del Gestore, rappresentava - dopo le verifiche tecniche eseguite in collaborazione con l'utente - la mancata corrispondenza del servizio adsl offerto rispetto a quello pattuito e proponeva il downgrade commerciale affidato al settore di competenza.

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

- 1) l'offerta commerciale non prevedeva una banda minima garantita ed era in linea, dunque, con le **condizioni generali del contratto punto 11.2**;
- 2) dopo l'attivazione del servizio l'utente aveva regolarmente fruito del servizio adsl e voce (in modalità voip), come provato dagli allegati;
- 3) a seguito di verifiche tecniche si era accertata la velocità di connessione, attestandola in una misura ricompresa tra i 3 e i 4 mega;
- 4) l'anzidetta velocità era senz'altro sufficiente per una piena fruizione del servizio;
- 5) il downgrade, proposto dallo stesso Gestore al fine di riscontrare alle esigenze dell'istante, non poteva essere eseguito, giacchè, *"trattandosi di un prodotto adsl e voce con tecnologia voip, i servizi non erano scindibili"*;
- 6) il cliente informato il 10 luglio 2007 (dal servizio clienti) dei fatti, avrebbe potuto recedere dal contratto senza incorrere in penalità contrattuali, mentre aveva atteso sino al 31 marzo 2010 facendo regolarmente uso del servizio.

In particolare il Gestore produceva: copia del dettaglio del traffico adsl e voce, copia di maschera di segnalazione tecniche, schermata del contatto tra il servizio clienti e l'utente, lettera di riscontro al reclamo del 24 aprile 2010.

L'adito Corecom si avvaleva dei poteri istruttori - ex **art. 18 della Delibera n. 173/03/CONS** - e, pertanto, onerava l'operatore dal descrivere analiticamente le concrete ragioni che ostacolavano il downgrade dapprima proposto all'utente. Di tal guisa, il Gestore produceva apposita memoria esplicativa.

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, giacchè 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 parzialmente fondate e vengono accolte, come da dispositivo, nei limiti dei poteri devoluti a questo Corecom.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia fissa, voce (in tecnologia voip) e adsl, per utenza residenziale. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

2.1 Sul malfunzionamento (*rectius*: sulla incongrua velocità di connessione) del servizio adsl e sul mancato downgrade dell'offerta.

Come accennato, salvo che per le precisazioni successivamente enunciate, 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.

Nella fattispecie, l'utente ha lamentato la fornitura di una prestazione insufficiente alle sue necessità (soggettivamente e oggettivamente intese) e, in ogni caso, diversa da quanto prospettato con l'offerta.

Il Gestore, d'altro canto, ha eccepito l'insussistenza di un obbligo di garantire l'ampiezza della banda, così come previsto dall'art. 11 co. 2 delle **condizioni generali di contratto adsl -privati**.

A tale proposito, l'art. 1560 c.c. (**entità della somministrazione**) recita: *"Qualora non sia determinata l'entità della somministrazione, s'intende pattuita quella corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto"*.

Orbene, il diritto degli utenti all'attivazione del servizio richiesto al momento della conclusione del contratto è principio consolidato nelle delibere dell'Autorità. Altrettanto pacifico è l'obbligo d'informazione, posto a carico dell'operatore, durante la fase delle trattative. Recita, a tale proposito, l'art. 4 della delibera 179/03/CONS: *"Gli utenti hanno diritto ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi"*. Tale previsione va letta, altresì, alla luce di quanto previsto dall'art. 1337 codice civile secondo cui: *"Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede"*.

Nel caso in esame, l'inosservanza da parte di Tiscali agli obblighi di trasparenza e di informazione, per non aver rappresentato – nell'imminenza degli accertamenti tecnici propedeutici all'attivazione del servizio – l'eccessivo scostamento rispetto alla velocità di connessione nominalmente offerta, delinea una condotta non conforme alla buona fede tracciata dalla norma codicistica.

La valutazione del normale fabbisogno prescinde sia dall'arbitrio del somministrante che dalla valutazione soggettiva del consumatore-somministrato, ed è affidata ad una valutazione che si fonda su canoni di ragionevolezza e di normale prevedibilità.

Uno scostamento della velocità adsl superiore al 50%, appare eccessivamente incongruo rispetto alla banda nominale proposta con l'offerta, ancorchè non garantita.

Lo scambio epistolare (in forma elettronica) intervenuto tra l'utente e il gestore dimostra, poi, che a seguito della mail del consumatore, inviata il 09 aprile 2007, il gestore veniva a conoscenza del disagio. Poi, come visto, il servizio clienti Tiscali rispondeva, con apposita mail del 12 maggio 2007, che: "omissisè stato rilevato che il suo doppio telefonico non supporta la velocità di 8 Mega come da contratto, tiscali: Tandem 8 Mega Flat. E' stato verificato dai tecnici che con un profilo di 4 Mega la qualità della sua linea adsl è ottimale...omissis....per questo motivo si è reso necessario un cambio di profilo relativamente all'ampiezza di banda erogata...Relativamente al downgrade commerciale (riduzione del canone mensile) abbiamo provveduto ad inoltrare la sua richiesta al settore di competenza...omissis" .

Era la stessa Tiscali, dunque, ad ammettere negli scambi epistolari che il servizio non era in linea con le condizioni contrattuali.

Nessun pregio ha, pertanto, l'affermazione di un presunto contatto telefonico tra l'addetto Tiscali ed il cliente. In tale occasione, il Gestore ha asserito che l'utente avrebbe rifiutato downgrade per poter usufruire del servizio voip. Tale dichiarazione è stata contestata dal sig. De Benedetto e, Tiscali, gravata dall'onere di provare il contrario, non lo ha fatto in modo convincente.

Orbene, la **delibera n. 244/08/CSP** ha sancito l'obbligo, per gli operatori telefonici, di precisare e garantire la velocità minima di connessione. L'anzidetto regolamento, però, è entrato in vigore solo nel 2008.

Tuttavia, è provata l'erogazione di un servizio adsl con una velocità di connessione gran lunga inferiore rispetto a quella pubblicizzata e proposta.

La vertenza, pertanto, andrà risolta avvalendosi all'uso dei principi generali in materia.

In primo luogo a norma dell'**art. 70 del codice delle comunicazioni elettroniche** : "il contratto (di utenza telefonica) indica almeno: a) omissis.....; b) i servizi forniti, i livelli di qualità dei servizi offerti e il tempo necessario per l'allacciamento iniziale; omissis...".

Orbene, all'interno delle condizioni contrattuali esibite è assente l'indicazione del livello di qualità del servizio adsl offerto.

In secondo luogo, il contratto di utenza, come visto, è comunemente inteso come contratto di somministrazione avente ad oggetto la prestazione di cose, ovvero una prestazione di dare. Tuttavia a fronte della dicotomia tra cose e servizi, la dottrina prevalente ritiene che quest'ultima voce rappresenti meglio l'attività di fornitura dei servizi (giacché tali) telefonici. Ecco perché il contratto di telefonia viene oramai configurato quale contratto misto, ovvero un contratto di fornitura-appalto di servizi "ove l'obbligazione del gestore sembra sia un'obbligazione di risultato (l'effettuazione della conversazione) il quale non può essere raggiunto senza un'attività positiva posta in essere dal gestore stesso; sembra di poter concludere che nel rapporto di utenza, il fare del gestore assume un rilievo preminente sulla mera obbligazione di dare, che può addirittura mancare (Quartulli)".

In entrambi i casi, per i vizi della cosa (rectius: del servizio) somministrata, ovvero in ragione della mancanza delle caratteristiche promesse, pertanto, l'utente avrebbe dovuto beneficiare, in ragione del combinato disposto degli artt. 1490, 1492 e 1570 c.c., ovvero degli artt. 1667 e 1668 c.c. della riduzione del prezzo attraverso il downgrade dell'offerta.

Ai sensi, poi, dell'**art. 8.2 delle condizioni generali di contratto adsl-privati**: "Ove tecnicamente possibile, nei limiti consentiti dall'offerta commerciale con riferimento alla specifica opzione e con facoltà discrezionale di Tiscali in merito, il Cliente potrà richiedere la modifica delle configurazioni tecniche indicate, il cambiamento del profilo tariffario o della opzione prescelta, con applicazione delle condizioni economiche indicate nell'offerta commerciale. Prosegue l'**art. 8.4** precisando all'uso che: "Il Cliente, ai sensi della normativa regolamentare in vigore, qualora durante la vigenza del contratto dovesse ravvisare il mancato rispetto da parte di Tiscali dei livelli di qualità dei servizi pubblicati, dovrà presentare reclamo circostanziato alla società: nel caso in

cui Tiscali non provveda al ripristino dei livelli garantiti, entro 30 giorni dal predetto reclamo, il Cliente avrà facoltà di recedere dal contratto senza costi aggiuntiviomissis".

Ed è logico attendersi che a fronte di un servizio reso in misura notevolmente inferiore (3 o 4 mega), rispetto a quello pubblicizzato e presentato con l'offerta (8 mega), il contraente abbia visto disattendere le sue aspettative.

Pur mantenendo un interesse alla fruizione del servizio, seppur con una funzionalità ridotta, era legittimo pretendere la riduzione del canone, adeguando quest'ultimo al minore costo corrispondente ad un'offerta di livello inferiore.

Tutto questo non è avvenuto e, pertanto, Tiscali si è dimostrata inadempiente.

D'altro canto, il Gestore avrebbe dovuto garantire l'erogazione del servizio in modo regolare, continuo e senza interruzioni, in conformità a quanto disposto dall'art. 3 comma 4 della delibera 179/O3/CSP. L'abnorme lentezza del collegamento internet, rispetto a quanto pubblicizzato e pattuito, integra incontrovertibilmente una violazione della norma.

Infine, si rammenta che, 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).

In assenza 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".

3. Indennizzi, rimborsi e storni.

In via equitativa si dispone lo storno delle fatture pagate dall'utente. Per la stessa ragione si ritiene di non disporre indennizzi in favore dell'utente, il quale, nonostante il disservizio, ha continuato ad usufruire dei servizi di Tiscali sino al 2010.

Pertanto, all'utente dovranno essere stornati o, qualora fosse già stato eseguito il versamento, rimborsati il 50% delle somme richieste, a titolo di canone mensile, per l'offerta "Tiscali Tandem 8 Mega Flat".

Infine, dovranno altresì essere stornate e/o rimborsate le fatture emesse per i periodi successivi alla cessazione del servizio, avvenuta il 31 marzo 2010.

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 e, di tal guisa, riconoscere al Sig. De Benedetto l'importo



Autorità per le Garanzie
nelle Comunicazioni

Consiglio Regionale
della Calabria

Comitato Regionale per le Comunicazioni

di € 200,00 (duecento/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;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Avv. S. Gulisano, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini di quanto già esplicito, dell'istanza presentata dall'utente De Benedetto in data 16 dicembre 2010.

La società Tiscali Italia Xxxx., pertanto, è tenuta a:

- 1) stornare e/o rimborsare all'utente il 50% (cinquanta per cento) del canone mensile di abbonamento, per l'offerta "Tiscali Tandem 8 Mega Flat", secondo i prezzi vigenti all'epoca dell'emissione di ciascuna fattura **delibera n. 244/08/CSP**;
- 2) stornare e/o rimborsare tutte le fatture relative a periodi successivi al 31 marzo 2010;
- 3) riconoscere e versare all'istante l'importo di **€ 200,00** (duecento/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 Dott. Mario Campanella

F.to Prof. Alessandro Manganaro

IL PRESIDENTE

F.to Avv. Silvia Gulisano

V.

IL DIRIGENTE

F.to Dott. Rosario Carnevale