DELIBERA N. 11/12/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
FUSARI / TISCALI ITALIA S.P.A.
(GU14 N. 1075/11)**

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le Infrastrutture e le reti del 2 febbraio 2012;

VISTA 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'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14;

VISTA 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";

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1 agosto 2003 n° 259 recante "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTA la delibera n.173/07/CONS "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti";

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA l'istanza del 26 ottobre 2011 acquisita al protocollo generale al n. 58890/11/NA con la quale la sig.ra Fusari, rappresentata dall'Associazione Consumatori Piemonte, ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società Tiscali Italia S.p.A.;

VISTA la nota del 29 dicembre 2011 prot. n. U/72551/11/NA con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del summenzionato regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla

definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza per la discussione della controversia in data 18 gennaio 2012;

PRESO ATTO della mancata costituzione delle parti in sede di udienza;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

La sig.ra Fusari, intestataria dell'utenza telefonica n. 011.5174xxx, contesta l'attivazione non richiesta del servizio telefonico da parte della società Tiscali Italia S.p.A.. In particolare l'utente, nella propria istanza e nel corso dell'istruttoria, ha rappresentato che:

- a. nel mese di dicembre 2009 un operatore di Tiscali Italia a mezzo contatto telefonico proponeva un'offerta commerciale con condizioni economiche migliorative e pertanto la sig.ra Fusari, pur non prestando alcun consenso all'attivazione del servizio, richiedeva di ricevere in visione le condizioni contrattuali, per poi, eventualmente sottoscriverle;
- b. dopo alcuni giorni riscontrava l'occupazione abusiva della linea da parte della Tiscali Italia con contestuale disattivazione del servizio da sempre usufruito con la società Telecom Italia S.p.A.;
- c. pertanto con nota del 22 dicembre 2009 inviata a mezzo raccomandata A.R., ricevuta dalla società Tiscali Italia S.p.A. in data 28 dicembre 2009 richiedeva l'annullamento del contratto mai firmato e nel contempo comunicava l'intenzione di non volere recedere dal rapporto contrattuale con Telecom Italia;
- d. noncurante di quanto segnalato, la società Tiscali Italia S.p.A. emetteva mensilmente le fatture a partire dal mese di gennaio 2010.

Mediante l'intervento di questa Autorità, l'istante ha richiesto: 1) la risoluzione contrattuale; 2) lo storno dell'importo di euro 64,17 fatturato nel conto n.110436899; 3) il rimborso dell'importo erroneamente pagato di euro 10,45, fatturato nel conto n.100704599 del 2 febbraio 2010; 4) il rimborso dell'importo di euro 96,00 a titolo di costo di riallaccio del servizio in Telecom Italia; 5) la liquidazione dell'importo di euro 300,00 a copertura del disagio subito.

La società Tiscali Italia S.p.A., disattendendo l'avviso di convocazione per l'udienza di discussione della controversia fissata per il giorno 18 gennaio 2012, con memoria inviata a mezzo posta certificata in data 12 gennaio 2012 ha rappresentato che *“il servizio Voce senza limiti è stato attivato in data 17 dicembre 2009 a seguito di registrazione vocale eseguita in data 2 dicembre 2009 e successivo contatto telefonico al servizio assistenza clienti n.130 mediante il quale la cliente esprimeva la volontà di non essere inserita negli elenchi telefonici. In ordine alla richiesta di recesso contrattuale del 22 dicembre 2009, la società riscontrava in 11 gennaio 2010 la volontà della cliente e si attivava alla disconnessione del servizio, predisponendo il rientro della numerazione in Telecom che*

avveniva in data 1 marzo 2010 dopo un primo rifiuto del cliente notificato da Telecom Italia. In ordine alla richiesta di rimborso dell'importo di euro 10,45 fatturato nel conto n.100704599 del 2 febbraio 2010, la società ha eccepito la correttezza della relativa fatturazione in considerazione del fatto che la cliente ha usufruito regolarmente del servizio fino alla lavorazione della disdetta avvenuta nel mese di gennaio 2010 nel rispetto della tempistica dei 30 giorni. In ordine all'annullamento dell'importo di euro 64,17 addebitato nella seconda ed ultima fattura, la società ha comunicato di avere già eseguito la richiesta mediante relativa emissione di nota di credito, come da comunicazione del 3 giugno 2011".

II. Motivi della decisione

All'esito delle risultanze istruttorie e alla luce di quanto argomentato, controdedotto e copiosamente documentato dalla società Tiscali Italia S.p.A. si deve evidenziare che le richieste formulate dalla parte istante non possono essere accolte per le motivazioni di seguito riportate.

In ordine alle richieste di cui ai punti 4) e 5) inerente all'attivazione non richiesta del servizio con Tiscali, la società Tiscali Italia S.p.A. ha prodotto copia del supporto magnetico attestante la registrazione vocale del consenso inequivoco, effettivo e consapevole della sig.ra Fusari all'attivazione del servizio telefonico da parte della società Tiscali Italia S.p.A.. In particolare, dall'ascolto della fonoregistrazione risulta l'acquisizione del consenso informato del cliente, nel rispetto degli obblighi informativi previsti dalla normativa vigente in ordine alle modalità di esercizio del diritto di ripensamento e del diritto di recesso. La produzione del supporto magnetico attestante la volontà della volontà della sig.ra Fusari di attivare il servizio costituisce in tale sede prova tale da escludere la responsabilità della società Tiscali Italia S.p.A. in ordine a quanto lamentato dall'istante. Al riguardo, il disconoscimento della voce registrata non può essere preso in considerazione, in quanto l'accertamento della sussistenza e del contenuto della contestazione, avendo per oggetto la riferibilità della voce contenuta nel supporto audio fonico all'identità dell'istante, e quindi *"vertendo sul rapporto di corrispondenza tra il contenuto della riproduzione meccanica e la realtà dei fatti, è funzione del giudice di merito; e, ove sia esente da vizi logici, in sede di legittimità è insindacabile"* (Cassazione civile sentenza n.9881, 11 maggio 2005)". Peraltro, la riproduzione meccanica, ai sensi dell'articolo 2712 del codice civile, pur perdendo il pieno valore probatorio, conserva tuttavia il minor valore di un semplice elemento di prova, che può essere integrato da ulteriori elementi, tra i quali la regolare e continua fruizione del servizio telefonico dimostrata nel caso di specie dalla documentazione prodotta in copia agli atti dalla società Tiscali Italia S.p.A. di dettaglio del traffico generato nel mese di gennaio 2010 dall'utenza in epigrafe.

Del resto non può rinvenirsi alcuna responsabilità in ordine all'attivazione indebita del servizio, dall'emissione da parte della società Tiscali Italia S.p.A. della nota di credito n. 118551012 del 26 maggio 2011 in ordine all'annullamento totale della fattura n. 110436899, in quanto il comportamento assunto dalla società Tiscali Italia S.p.A.

precedentemente all'avvio della presente procedura non costituisce un implicito riconoscimento della fondatezza dell'istanza di parte, ma è espressione della volontà della predetta società di comporre la lite al fine di soddisfare le pretese del cliente. Sul punto, anche la giurisprudenza è conforme: secondo la Cassazione (sez. I, 13 ottobre 2005, n.19883) *“le trattative per comporre bonariamente la vertenza, le proposte, le concessioni e le rinunzie fatte dalle parti a scopo transattivo (..) non hanno una funzione meramente dichiarativa della situazione giuridica preesistente, né come proprio presupposto l'ammissione totale o parziale della pretesa avversaria; e non comportano neppure implicito riconoscimento della validità di una o di entrambe le contrapposte tesi delle parti, ma al contrario sono rivolte a modificare la disciplina di un rapporto preesistente mediante reciproche concessioni tra di esse in modo che ciascuna subisca un sacrificio”*. Inoltre, *“le dichiarazioni rese da una parte all'altra in sede transattiva ed il riconoscimento dei fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte non hanno natura confessoria, per mancanza di “animus confitendi”, (...) ma s'inseriscono nel contenuto del contratto transattivo e sono strumentali rispetto al raggiungimento dello scopo di questo (Cass. n.19549/2004)”*.

In ordine alle richieste di cui ai punti 1) e 2), si deve evidenziare che la società Tiscali Italia S.p.A. ha già provveduto alla risoluzione contrattuale e alla regolarizzazione della posizione amministrativa – contabile mediante l'annullamento dell'importo di euro 64,17 fatturato nel conto n.110436899, come peraltro già comunicato in data 3 giugno 2011, antecedentemente alla presente procedura.

Anche la richiesta di cui al punto 3) non merita accoglimento in quanto l'importo di euro 10,45 fatturato nel conto n.100704599 del 2 febbraio 2010 si riferisce al periodo intercorrente dal 17 dicembre 2009 all'11 gennaio 2010 di regolare fruizione del servizio, anche in considerazione della tempistica dei 30 giorni previsti per l'efficacia della disdetta contrattuale, formalizzata in data 22 dicembre 2009 e ricevuta dalla società Tiscali Italia S.p.A. in data 28 dicembre 2009.

ACCERTATO che la società Tiscali Italia S.p.A. ha documentato la correttezza del proprio operato, dimostrando di avere provveduto alla puntuale gestione del cliente in conformità di quanto disposto dal quadro regolamentare;

CONSIDERATO che la registrazione vocale contenuta nel supporto magnetico, prodotto in copia agli atti dalla società Tiscali Italia S.p.A., può ritenersi atta a comprovare la volontà della parte istante di attivare il piano tariffario “Voce senza Limiti” in quanto ai sensi dell'articolo 2712 del codice civile *“Le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”*;

RITENUTO che attesa l'insussistenza di responsabilità della società Tiscali Italia S.p.A. in ordine a quanto lamentato dall'istante, le richieste da quest'ultimo formulate non meritano accoglimento in questa sede;

VISTA la proposta della Direzione Tutela dei Consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Roberto Napoli, relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento;

DELIBERA

Il rigetto dell'istanza presentata dalla sig.ra Fusari in data 26 ottobre 2011.

La presente delibera è notificata alle parti ed è pubblicata sul sito internet dell'Autorità www.agcom.it.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 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'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Roma, 2 febbraio 2012

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Roberto Napoli

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