DELIBERA DL/111/16/CRL/CRL/UD
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
G. A. BOTTA/TISCALI xxx
(LAZIO/D/439/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 27 ottobre 2016;

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

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

VISTO 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;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente sig. G. A. Botta presentata in data 25.05.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti di Tiscali xxx, di seguito per brevità “Tiscali”, la mancata attivazione del contratto, la mancata portabilità del numero, l’indebita fatturazione, la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, ha dichiarato quanto segue:

- a. Il 18 luglio 2006 ha aderito telefonicamente all’offerta Tiscali per il servizio voce e adsl al costo di Euro 39,90 al mese, con portabilità del numero da Telecom;
- b. La documentazione contrattuale non è mai stata inviata;
- c. Negli anni successivi, ha corrisposto i canoni a Telecom e a TeleTu;
- d. Ad ottobre 2013 ha appreso che sul conto corrente era attivo un rid in favore di Tiscali da luglio 2006 e che erano stati effettuati addebiti per complessivi Euro 3.936,47;

- e. A seguito di numerosi reclami, il servizio clienti Tiscali aveva comunicato che il contratto era stato attivato su altro numero Tiscali, non in suo uso, e che la portabilità del numero non era stata effettuata;
- f. A seguito della revoca del rid, Tiscali aveva continuato ad inviare fatture;
- g. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 13 aprile 2015, si era concluso con esito negativo.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- i. Riconoscimento dell'inesistenza del contratto
- ii. Rimborso della somma di Euro 3.936,47 incassata con rid per un contratto inesistente;
- iii. Indennizzo per mancata attivazione del contratto, fatturazioni ingiustificate, omessa portabilità del numero, mancata risposta ai reclami, ingiustificato arricchimento.

2. La posizione dell'operatore Tiscali.

Nel merito, l'operatore ha dichiarato che il 18 giugno 2006 l'utente aveva aderito telefonicamente ad un'offerta per l'attivazione dei servizi voce e adsl, con portabilità del numero da Telecom. Il 7 agosto 2006 era stato attivato il servizio ADSL e la linea telefonica nativa Tiscali. L'8 agosto 2006 era stato consegnato il modem. La NPG non è stata mai espletata a causa del mancato invio dell'apposito modulo da parte del cliente. Fino al 18 ottobre 2013, l'istante non ha contestato l'attivazione del servizio, nè sollecitato la portabilità e, per oltre sette anni, Tiscali ha garantito l'erogazione del servizio, emettendo regolari fatture inviate via e mail e addebitate sul conto corrente bancario indicato dall'utente. Eccepisce la tardività delle contestazioni afferenti le fatture e la prescrizione del diritto. Dichiarò infine di aver dato riscontro al reclamo telefonico del 18 ottobre 2013 con e mail del 2 dicembre 2013 e al reclamo scritto del 14 febbraio 2014 il 10 marzo 2014, che il servizio è stato cessato il 17 aprile 2015 a seguito della volontà manifestata dall'utente nell'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, e che risulta un insoluto di Euro 1.091,66.

3. Motivazione della decisione

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

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

3.1 Sull'omessa portabilità.

L'istante lamenta l'omessa portabilità del numero, chiedendo la liquidazione dell'indennizzo, calcolato dall'anno 2006 all'anno 2015 in complessivi Euro 15.960,00.

L'operatore deduce di aver attivato la linea telefonica nativa Tiscali e il servizio ADSL e di non aver espletato la NPG per la mancanza dell'apposito modulo sottoscritto dall'utente.

Preliminarmente, si dichiara l'infondatezza della dedotta inesistenza/mancata attivazione del contratto, genericamente lamentata dall'utente, considerato che lo stesso ha formulato nella memoria una precisa domanda di indennizzo per l'omessa portabilità, e che tale domanda, in

quanto inadempimento di un obbligo contrattuale, presuppone l'esistenza di un contratto tra le parti.

Ciò premesso, la domanda inerente la portabilità può essere parzialmente accolta per la seguente ragione.

E' in atti la registrazione vocale del 18 luglio 2006, con cui l'utente ha aderito all'offerta Tandem Pro di Tiscali per l'attivazione dei servizi voce e ADSL, con portabilità del numero da Telecom.

Nella registrazione l'operatore esplicita che avrebbe attivato temporaneamente una linea voce aggiuntiva su numerazione Tiscali in attesa della migrazione su rete Tiscali del numero telefonico fornito da Telecom. Altrettanto chiaramente precisa che, per effettuare la portabilità del numero, Tiscali avrebbe inviato all'utente un modulo che lo stesso avrebbe dovuto sottoscrivere e restituire via fax firmato e che, senza tale modulo, la portabilità del numero non sarebbe potuta avvenire.

Nella sua difesa, Tiscali ha dichiarato di aver attivato la linea nativa Tiscali e il servizio ADSL, provando la consegna del modem, e ha riconosciuto di non aver dato seguito alla portabilità del numero, perché non avrebbe ricevuto il modulo sottoscritto.

Il perfezionamento del contratto e l'omessa portabilità sono quindi circostanze ammesse dallo stesso operatore.

Dal canto suo, l'utente dichiara di non aver mai ricevuto la documentazione contrattuale e di aver pertanto ritenuto non sussistere alcun contratto. Non contesta la ricezione del modem, nulla deduce in merito al servizio ADSL, e dichiara che la numerazione Tiscali "non è mai stata attiva né tantomeno utilizzata" e che ha continuato ad usufruire dei servizi telefonici di Telecom.

Sulla base di quanto sopra e della documentazione in atti, si ritiene, da un lato, che Tiscali abbia perfezionato il contratto stipulato telefonicamente con l'attivazione della linea nativa con numerazione provvisoria e del servizio ADSL e che si sia reso inadempiente all'obbligo assunto di effettuare la portabilità del numero. Non ha infatti provato di aver inviato all'utente il modulo necessario per la NPG, nè ha provato di averlo messo in condizione di reperirlo, precludendo così il passaggio su rete Tiscali del numero Telecom.

Dall'altro, si ritiene che l'utente: a) ben reso edotto della indispensabilità del modulo per l'avvio della portabilità, avrebbe potuto rilevarne il mancato invio in un tempo ragionevole, sollecitando e reclamando la circostanza a Tiscali; b) avrebbe potuto accorgersi dell'attivazione del servizio ADSL con la consegna del modem avvenuta l'8 agosto 2014; c) avrebbe potuto accertarsi dell'attivazione temporanea della linea voce aggiuntiva su numerazione Tiscali, che gli era stata ben prospettata nella telefonata come operazione preliminare alla migrazione; d) avrebbe potuto avvedersi dell'omessa portabilità anche dal fatto che continuava ad usufruire dei servizi telefonici di Telecom e che continuava a ricevere le relative fatture.

Nella fattispecie occorre dunque valutare tale condotta dell'utente, rilevante in conformità del canone di diligenza di cui all'art. 1227, in forza del quale il creditore è gravato non solo da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno) ma anche da un obbligo positivo (tenere condotte utili e possibili rivolte ad evitare o ridurre il danno), come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011 n. 3, richiamata da Consiglio di Stato sentenza 31 ottobre 2012 n. 5556). Il tutto al fine di evitare un ingiustificato arricchimento da

situazioni che hanno colpito in modo marginale gli interessi del creditore, tanto da non averlo indotto ad attivarsi a sua tutela in modo adeguato.

Sorge quindi la necessità - anche in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito dalla Delibera 179/03/CSP - di prendere in considerazione la fattispecie nel suo complesso e le ripercussioni che in concreto possono essere derivate dall'inadempimento, dovendosi impedire che da tale inadempimento possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate, per entrambe le parti: circostanza che si verificherebbe ove si applicassero gli indennizzi previsti dalla Delibera n. 73/11/CONS in maniera acritica e svincolata dalle risultanze del caso concreto.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo si ritiene pertanto opportuno ricorrere al principio di equità richiamato dall'art.84 del D.Lg.vo n.259/03 ("*Codice delle Comunicazioni Elettroniche*") cui deve ispirarsi la risoluzione delle controversie nella presente materia, nonché al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia "in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico " (Cass, n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09).

Ciò in considerazione dei su esposti fatti salienti e caratterizzanti il rapporto contrattuale intercorso tra le parti, in funzione del simmetrico obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni, per i quali si ritiene che il comportamento dell'utente non sia stato improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede. Ed inoltre dei seguenti ulteriori fatti:

- 1) l'utente aveva comunque a disposizione gli strumenti idonei a limitare il pregiudizio conseguente alla mancata portabilità. Infatti, non ricevendo il modulo di NPG, che gli era stato precisato dall'operatore come indispensabile per effettuare la portabilità, oltre a reclamare nell'immediato la circostanza, avrebbe potuto tempestivamente avviare la procedura di conciliazione e d'urgenza, che avrebbe portato all'adozione di un provvedimento temporaneo entro soli 10 giorni dall'istanza;
- 2) l'utente ha reclamato il disservizio solo sette anni dopo la stipula telefonica;
- 3) l'utente, pur avendo fornito a Tiscali i dati del proprio conto corrente e sapendo di aver optato per il pagamento a mezzo rid bancario, per oltre sette anni, ha ommesso di controllare gli estratti del conto;
- 4) pur essendo venuto a conoscenza delle ragioni della mancata portabilità nel 2013, ha proposto istanza di conciliazione dopo ulteriori due anni dal reclamo.

Per tutti i motivi sopra esposti, stante anche l'ininterrotta fruizione del servizio con l'altro operatore, da cui si evince ragionevolmente la mancanza di un grave pregiudizio, per quanto

dedotto in merito all'adeguatezza e alla proporzionalità dell'indennizzo, in applicazione dei principi di equità e di buona fede nell'esecuzione del contratto ed anche dell'art.1227, primo e secondo comma del c.c., si ritiene equo e proporzionale riconoscere un indennizzo per l'inadempimento di Tiscali, ma limitatamente al periodo entro cui l'operatore avrebbe dovuto effettuare la portabilità del numero (centoventi giorni dall'attivazione della linea come previsto dall'art. 2.2 della Carta Servizi Tiscali).

Infatti, la funzione degli indennizzi è quella di ristorare gli utenti, sebbene in misura preordinata, rispetto al patimento di un disservizio; nel caso in cui il disservizio si sia prolungato a causa del comportamento dell'utente, un eventuale addebito a carico della controparte contrattuale sarebbe contrario al principio di equità che, invece, governa le procedure di definizione delle controversie da parte di questa Autorità.

Ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, 6 e 12.2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS l'indennizzo si liquida quindi in Euro 1.200,00 (milleduecento/00).

3.2. Sul rimborso delle fatture

L'istante lamenta l'indebita fatturazione effettuata da Tiscali e chiede il rimborso delle fatture addebitate sul conto corrente bancario, per complessivi Euro 3.975,71.

L'utente deduce di aver appreso solo nel 2013 che era attivo sul suo conto corrente un RID in favore di Tiscali dal 2006 e produce la copia degli estratti di conto corrente dai quali risultano i pagamenti in favore dell'operatore dal 2007 al 2013, documentando il contemporaneo pagamento anche in favore di Telecom e Tele2 per il periodo dal 2006 al 2013.

La domanda può essere solo parzialmente accolta per le seguenti ragioni.

Nella fattispecie le somme addebitate da Tiscali e pagate dall'utente rappresentano il corrispettivo di un contratto concluso tra le parti, ma parzialmente inadempito dall'operatore.

Deve altresì considerarsi che l'importo addebitato da Tiscali era comprensivo del servizio ADSL, che l'operatore ha dichiarato di aver attivato e per il quale risulta aver consegnato all'utente il modem. In ordine alla consegna del modem ed alla fruizione o meno di tale servizio nulla è stato dedotto nè contestato dall'utente.

Inoltre, in esecuzione del contratto, così come aveva comunicato all'utente nella stipula telefonica, Tiscali ha attivato una linea nativa provvisoria, e di questa l'utente avrebbe potuto fruire se, usando una normale diligenza, si fosse informato con l'operatore, decorso un tempo ragionevole dalla stipula.

Invece, di fronte all'inadempimento di Tiscali nella portabilità, l'utente ha manifestato una assoluta e totale inerzia e disinteresse, omettendo qualsivoglia sollecito o reclamo del problema, e omettendo altresì di verificare i movimenti del conto corrente comunicato per il pagamento, di cui è ragionevole ritenere ricevesse con regolarità gli estratti, dai quali avrebbe potuto evincere tempestivamente gli avvenuti addebiti.

Nella valutazione della fattispecie, quindi, non può non tenersi conto, da un lato del parziale adempimento di Tiscali, dall'altro della condotta dell'utente, contraria al generale obbligo di solidarietà nell'esecuzione del contratto riconosciuto dalla Corte di Cassazione (Cass, n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09). E' infatti ormai jus receptum

che i criteri di correttezza e buona fede presiedono all'attività negoziale e ne sono criteri inderogabili di interpretazione, perchè enunciano un dovere di solidarietà sociale presidiato dall'art. 2 della Costituzione, dovere che, operando con criterio di reciprocità, esplica la propria rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali o legali (da ultimo Cass 10852/2016 e 22819/10).

Pertanto, in applicazione dei principi di equità e di buona fede nell'esecuzione del contratto, tenuto conto del parziale adempimento di Tiscali, e della condotta dell'utente ex art. 1227, primo e secondo comma codice civile, si ritiene equo e proporzionale riconoscere il rimborso delle somme corrisposte relativamente al contratto nella misura del 50% del totale documentato dall'utente di Euro 2.883,11 (mancando la prova di alcuni pagamenti), e cioè nella misura di Euro 1.441,55.

L'operatore dovrà anche procedere allo storno dell'insoluto a far data dal mese di ottobre 2013, avendo l'utente sostanzialmente manifestato la sua volontà di risolvere il contratto per l'inadempimento della portabilità del numero, sia nel reclamo telefonico sia nel reclamo scritto del difensore, ed a ritirare la pratica di recupero crediti a propria cura e spese.

Viene infine rigettata la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento, non sussistendone i presupposti, e comunque da ritenersi soddisfatta con la liquidazione dell'indennizzo di cui al precedente paragrafo ed il parziale rimborso delle fatture.

3.3 Sulla mancata risposta ai reclami

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

La domanda è infondata, per la seguente ragione.

Dichiara l'utente di aver effettuato il primo reclamo telefonicamente nel mese di ottobre 2013, senza precisare il giorno, lamentando gli addebiti ingiustificati. E' altresì in atti un reclamo scritto del difensore dell'istante, svolto il 30 gennaio 2014.

Al reclamo telefonico che Tiscali ammette di aver ricevuto il 18 ottobre (data non contestata dall'utente), l'operatore risulta aver risposto per iscritto il 2 dicembre 2013, ovvero tempestivamente entro il termine previsto dall'art. 3.3 della Carta Servizi per la risposta (45 giorni).

Il secondo reclamo, quello del 30 gennaio 2014, afferente il medesimo problema, è da ritenersi reiterativo del primo, e quindi per esso non sussiste l'inadempimento di Tiscali nel riscontro, avendo già fornito esaustiva risposta al precedente.

La domanda deve pertanto essere rigettata.

4. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 100,00 (cento/00) da porsi a carico dell'operatore Tiscali.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del sig. G. A. Botta nei confronti della società Tiscali xxx .
2. La società Tiscali xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, l'importo di Euro 1.200,00 (milleduecento/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2, 6 e 12 comma 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
3. La società Tiscali xxx è tenuta a rimborsare all'utente l'importo di Euro 1.441,55 (millequattrocentoquarantuno/55), maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
4. La società Tiscali xxx è tenuta allo storno del totale insoluto a carico dell'utente ed al ritiro, a sua cura e spese, della pratica di recupero crediti.
5. La società Tiscali xxx è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
6. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
7. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
8. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 27 ottobre 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto