

DELIBERA N. 7/DEF.

**XXX FRIJO / ILIAD ITALIA
(GU14/559564/2022)**

IL COMITATO nella riunione del 30/03/2023;

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*”;

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*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, “*Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni - Corecom*” e successive modifiche e integrazioni;

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 il 14 dicembre 2022, approvato dall’Autorità con delibera n. 427/22/CONS;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Co.Re.Com Calabria, in data 14- 21 febbraio 2023;

VISTA l’istanza di XXX FRIJO del 21/10/2022 acquisita con protocollo n. 0304061 del 21/10/2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha rappresentato in ricorso: *“mancata attivazione del servizio - procedimento attivazione utenza illegittimo - modalità di attivazione servizio online non comunicate preventivamente alla richiesta - istanza UG 549136/2022”*.

Per quanto sopra, parte istante ha richiesto: 1. l'attivazione della sim; 2. l'indennizzo per la ritardata attivazione. Il tentativo obbligatorio di conciliazione è stato espletato il 14 ottobre 2022.

2. La posizione dell'operatore

Nel rispetto dei termini procedurali, la resistente ha fatto pervenire una memoria difensiva, con documentazione in allegato, con cui ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità e/o improcedibilità delle richieste avanzate in sede di definizione, in quanto non coincidenti con quelle formulate nell'istanza di conciliazione.

Nello specifico, ha messo in rilievo che: *“... l'istante non ha formulato alcuna richiesta, limitandosi a lamentare la mancata attivazione del servizio. Non vi è traccia né della richiesta di attivazione della sim né della richiesta di liquidazione dell'indennizzo per ritardo nell'attivazione, le quali, pertanto, dovranno essere dichiarate improcedibili per omesso esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione”*.

Nel merito ha evidenziato quanto segue: *“... l'utente lamenta la mancata attivazione del servizio ma omette di riferire di non essere disponibile a compiere le operazioni necessarie al completamento dell'attivazione. Infatti, l'art. 6 comma 2 bis l. n. 155 del 31 luglio 2005 in materia di antiterrorismo impone all'operatore di procedere alla video identificazione dell'utente prima di provvedere all'attivazione della sim. Ebbene, l'utente si è rifiutato di compiere la procedura sopra descritta in sede di sottoscrizione dell'offerta e ciò impedisce all'operatore di poter completare la procedura di attivazione in osservanza degli obblighi di legge. Peraltro, nell'ambito della procedura GU5(...) Iliad ha fornito all'utente una soluzione alternativa, come si evince da provvedimento di archiviazione emesso (...) Iliad ha rappresentato all'utente la possibilità di rivolgersi ad un tabaccaio abilitato con circuito sisalpay per procedere all'identificazione, ma l'istante ha rifiutato anche detta soluzione. Ciò premesso e precisato, la resistente ha chiesto il rigetto delle avverse richieste, in quanto infondate in fatto e in diritto. Successivamente, l'istante ha fatto pervenire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, del nuovo Regolamento di procedura una memoria di replica, con documentazione in allegato, con la quale, nel ribadire la fondatezza delle proprie contestazioni, ha respinto le eccezioni sollevate dall'operatore, contestando, in particolare, la mancanza di trasparenza in fase precontrattuale, poiché, a suo dire, il gestore non avrebbe specificato “... sul proprio sito internet e ben prima della sottoscrizione, quali sarebbero stati tutti i passaggi esecutivi per addivenire alla conclusione del contratto; è stato taciuto che vi fosse altra modalità, alternativa a quella*

inizialmente richiesta, di cui l'utente è venuto a conoscenza solo dopo l'avvio del presente procedimento...”.

In occasione dell'udienza di discussione, tenutasi davanti a questo Co.Re.Com. il 23 febbraio 2023, la resistente ha ribadito la correttezza del proprio operato, declinando ogni responsabilità stante il rifiuto dell'istante a svolgere le operazioni di identificazione per l'attivazione della sim. Dall'altra parte, l'istante ha insistito nelle proprie richieste per come formulate nell'atto introduttivo; inoltre, ha eccepito l'inammissibilità della memoria di replica depositata dall'operatore, in quanto prodotta oltre il termine regolamentare.

Il responsabile del procedimento, comunque, ha acquisito elementi utili ai fini della decisione, quindi, al termine dell'attività istruttoria, il fascicolo è stato trattenuto per la decisione.

3. Motivazione della decisione

In via preliminare, deve dichiararsi la irricevibilità della memoria difensiva integrativa dell'operatore per tardività del relativo deposito rispetto ai termini assegnati alle parti ai sensi dell'art. 16 del Regolamento. Infatti, la norma stabilisce che: *“Gli operatori convenuti hanno facoltà di presentare memorie e depositare documenti, a pena di irricevibilità, entro il termine di 45 giorni dalla comunicazione di avvio del procedimento. Entro i successivi 20 giorni, sempre a pena di irricevibilità, le parti possono presentare le proprie memorie di replica”.*

Sempre in via preliminare, si precisa che non può essere accolta l'eccezione del gestore riguardo la difformità dell'oggetto delle contestazioni formulate in sede di definizione della controversia rispetto a quelle espresse nell'ambito del tentativo obbligatorio di conciliazione, secondo cui *“... l'istante non ha formulato alcuna richiesta, limitandosi a lamentare la mancata attivazione del servizio. Non vi è traccia né della richiesta di attivazione della sim né della richiesta di liquidazione dell'indennizzo per ritardo nell'attivazione...”.* Al riguardo si rileva che l'oggetto della richiesta di definizione deve corrispondere a quello già sottoposto al tentativo di conciliazione, non tanto nel senso che le istanze presentate in sede conciliativa e in sede di definizione debbano essere identiche, quanto nel senso che la questione in discussione sia la medesima, poiché altrimenti, se si ammettesse l'ampliamento dell'esame a questioni ulteriori, si consentirebbe, in pratica, di aggirare il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per le nuove questioni, con conseguente *“violazione del principio del doppio grado di giudizio”.* Perciò, l'oggetto della controversia e le conseguenti richieste formulate, da parte istante, in sede di definizione non possono essere considerate sostanzialmente nuove rispetto a quelle formulate nella collegata istanza di conciliazione.

Tanto premesso, nel caso in esame, l'istante ha contestato la mancanza di trasparenza in fase precontrattuale, a suo dire, l'operatore *“... non avrebbe specificato, sul proprio sito internet e ben prima della sottoscrizione, quali sarebbero stati tutti i passaggi esecutivi per addivenire alla conclusione del contratto”* e che solo dopo l'avvio del procedimento davanti al Co.Re.Com. è venuto a conoscenza dell'altra modalità di attivazione, alternativa, a quella inizialmente richiesta.

A fronte della contestazione dell'istante, l'operatore ha dedotto che: “... *l'utente si è rifiutato di compiere la procedura di video identificazione in sede di sottoscrizione dell'offerta*”, per questo motivo non ha potuto completare la procedura di attivazione in osservanza degli obblighi di legge. Per di più, ha stigmatizzato il comportamento tenuto dall'istante nel corso del procedimento cautelare, conclusosi con un provvedimento di archiviazione, dal momento che lo stesso ha rifiutato anche la soluzione alternativa di attivazione della sim, ossia “*la possibilità di rivolgersi ad un tabaccaio abilitato con circuito sisalpay per procedere all'identificazione*”.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, dopo aver esaminato la documentazione acquisita agli atti e ricostruito i fatti, deve evidenziarsi che il caso in esame verte sostanzialmente, su una presunta mancanza di trasparenza e informativa precontrattuale da parte dell'operatore. Sul punto giova, preliminarmente, richiamare che le parti di uno stipulando e poi stipulato contratto sono tenute a comportarsi, ai sensi degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c. secondo buona fede e correttezza sia in fase precontrattuale che nella fase dell'esecuzione del contratto. Il principio di buona fede contrattuale costituisce oggetto di un vero e proprio obbligo giuridico, che si considera violato dalla parte contrattuale che, anche se non dolosamente, ometta di tenere un comportamento improntato alla diligente correttezza. Con riferimento a queste ultime disposizioni, l'Autorità si sofferma sull'interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità in merito al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, laddove afferma che esso “*si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto dall'art. 2 Cost.) che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo limite 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)”. Secondo l'Autorità, il principio di buona fede “*mette capo, quindi, ad un criterio di reciprocità che, nel quadro dei valori sanciti dalla Carta Costituzionale, costituisce specificazione degli “inderogabili doveri di solidarietà sociale” tutelati dall'art. 2 della Costituzione: e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge*”, sul punto, Cass. n. 18947/2005.

In considerazione di queste indicazioni di fondo ed, in particolare, di quelle relative ai doveri di lealtà e correttezza nei rapporti contrattuali, appare opportuno anche un riferimento alla delibera 276/13/Cons “*Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*”, con la quale l'Autorità fa espresso riferimento, tra le altre cose, al concorso del fatto colposo del creditore: “*se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto*”. La Corte di

Cassazione, a sezioni unite, nella sentenza del 21 novembre 2011, n. 24406, ha elaborato una massima che vale qui la pena di richiamare: *“in tema di risarcimento del danno, al fine di integrare la fattispecie di cui all’art. 1227 c.c. – applicabile per l’espresso richiamo di cui all’art. 2056 c.c. anche alla responsabilità extracontrattuale – il comportamento omissivo del danneggiato rilevante non è solo quello tenuto in violazione di una norma di legge, ma anche più genericamente in violazione delle regole di diligenza e correttezza. Ciò comporta che, ai fini di un concorso del fatto colposo del danneggiato ex art 1227c.c., sussiste il comportamento omissivo colposo del danneggiato ogni qualvolta tale inerzia contraria a diligenza, a prescindere dalla violazione di un obbligo giuridico di attivarsi, abbia concorso a produrre l’evento lesivo in suo danno”*.

Alla luce di quanto sopra esposto, nel caso de quo, la condotta dell’operatore si ritiene conforme agli obblighi stabiliti dalla normativa vigente a tutela dell’utenza debole e ai principi di buona fede e correttezza che regolano il fisiologico sviluppo di ogni rapporto contrattuale. L’istante sin dalla fase genetica del rapporto contrattuale è stato posto nella condizione di conoscere la procedura per l’attivazione del servizio, giacché le modalità di identificazione degli utenti sono adeguatamente e preventivamente pubblicizzate sul sito web dell’operatore, alla sezione assistenza. Anche nel corso della procedura cautelare (GU5), l’operatore ha indicato all’utente una modalità alternativa di attivazione della sim, presso i punti abilitati - tabaccaio abilitato con circuito sisalpay per procedere all’identificazione-, dimostrando, ancora una volta, la sua buona fede e correttezza contrattuale.

Pertanto, si ritiene che alcun rimprovero possa essere mosso alla resistente né con riferimento al contestato inadempimento del contratto “mancata attivazione del servizio”, atteso che l’istante ha rifiutato di procedere all’identificazione sia a mezzo video identificazione sia attraverso la modalità alternativa presso i punti abilitati, né in relazione all’asserita mancanza di trasparenza contrattuale, giacché le modalità di registrazione e attivazione sono pubblicate sul sito internet di Iliad (www.iliad.it) , nella sezione assistenza.

Per ultimo, l’istante avrebbe financo potuto esercitare il diritto di recesso, entro il termine dei 14 giorni di ripensamento, ai sensi dell’art. 2 delle condizioni generali di contratto. Per questi motivi, la domanda dell’istante non può trovare accoglimento.

PRESO ATTO della proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Dott. Maurizio Priolo, resa ai sensi dell’art. 20 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, di cui alla Delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018 e succ. modifiche e integrazioni;

UDITO il Presidente, nell’odierna seduta, il Comitato all’unanimità

DELIBERA

Articolo 1

1. Il rigetto integrale dell'istanza presentata dal Sig. Frijò XXX nei confronti della società Iliad Italia per le motivazioni espresse in premessa.

2. Ai sensi dell'art. 20, comma 3, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti 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.

3. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, ai sensi dell'art. 20, comma 5, del citato Regolamento.

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 sul sito *web* dell'Autorità e del Co.re.com.

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati.

Reggio Calabria, 30 marzo 2023

IL PRESIDENTE

Avv. Fulvio Scarpino

Firmato digitalmente da

Fulvio Scarpino

CN = Fulvio Scarpino

SerialNumber =

TINIT-SCRFLV67A03C352X