

R.G.N. 1821/2019

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D' APPELLO DI MILANO
Terza Sezione Civile e TRAP

composta dai magistrati

Dott. Irene Formaggia

Presidente

Dott. Licinia Petrella

Consigliere

Dott. Isabella Ciriaco

Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta la numero di ruolo sopra riportato promossa in grado d' Appello con atto di citazione notificato il

da

██████████ S.p.A. con sede legale in Milano (MI) Viale ██████████ cap. 20121, Cod. Fisc. e P.I. ██████████ in persona del suo Legale Rappresentante, Dott.ssa ██████████ difesa e rappresentata dall' Avv. ██████████ del foro di Milano (CF ██████████) presso il cui Studio è domiciliata in 20122 Milano alla ██████████ giusta procura in atti ;

appellante

CONTRO

██████████ S.P.A. – società a socio unico soggetta all'attività di direzione e coordinamento di ██████████ -, con sede in Milano, P.zza ██████████ 1 (C.F. ██████████) in persona dell' Avv. ██████████ rappresentata e difesa dall' Avv. ██████████ di Milano (C.F. ██████████) presso il cui studio in Milano ██████████ è elettivamente domiciliata, giusta procura in atti;

OGGETTO: appello avverso la sentenza n. 1767/2019 del Tribunale di Milano in materia di contratto di somministrazione.

LE PARTI ALL' UDIENZA DEL PRECISAVANO LE SEGUENTI CONCLUSIONI:
per l' appellante:

“Voglia l' Ecc.ma Corte di Appello di Milano *contrariis reiectis*:
1) *IN VIA PRINCIPALE E NEL MERITO*, accogliere per i motivi tutti dedotti in narrativa il proposto appello e, per l' effetto, in totale riforma della sentenza n. 1767/2019 emessa dal Tribunale di Milano, Sezione XI Civile, Giudice Dott.ssa Attardo, nell' ambito del giudizio N.R.G. 25518/2017, accogliere tutte le conclusioni rassegnate dall' istante in prime cure che qui si riportano:

“Piaccia all'ill.mo Tribunale adito, così statuire: **In via preliminare:** rigettare l'eccezione di inammissibilità della domanda di indennizzo di cui al punto 1.2. del ricorso attinente all'indennizzo per il ritardo nella cd. portabilità ex art. 6 Delibera 73/11/Cons. **Nel merito:** “per tutti i motivi di cui in narrativa, condannare [REDACTED] SpA, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore della Società attrice delle seguenti somme: A) € 2.621,64 a titolo di restituzione di addebiti illegittimi operati da [REDACTED] B) € 1.220,00 a titolo di indennizzo complessivo (244 gg x € 5,00) per ogni giorno di ritardo da parte del nuovo gestore nel completamento dei servizi di fonia e connettività ex art. 6 Delibera 73/11/Cons. C) € 3.470,00 a titolo di indennizzo complessivo (694 gg x € 5,00) per l'attivazione di un servizio non richiesto e non usufruito ex art. 8 Delibera 73/11/Cons. D) € 555,00 a titolo di indennizzo (74 gg x € 7,50) per l'illegittima sospensione del servizio ex art. 4 Delibera 73/11/Cons. E) € 939,80 quale danno complessivo (74 gg x € 12,70) per i maggior costi approntati dall'attrice nel periodo di interruzione del servizio. Per un totale di € 8.806,44 ovvero quella somma maggiore o minore che risulterà in corso di causa, il tutto maggiorato di interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo. **In via istruttoria:** Prova testimoniale diretta sulle seguenti circostanze precedute dalle parole “vero che”: (1) “La società [REDACTED] Spa ha due unità locali, l'una in Pogliano Milanese (MI) Via [REDACTED] dove opera tutto il personale amministrativo / commerciale / dirigenziale dell'azienda ed a cui fa riferimento il numero in centralino 02.939611 dotata di circa venti linee interne, e l'altra in Garlasco (PV) via [REDACTED] 23 che rappresenta una secondaria sede produttiva dell'azienda, priva di autonomia amministrativa ed a cui fa riferimento il numero [REDACTED] ed il numero di fax [REDACTED].” (2) “il numero di telefono [REDACTED] indicato al documento 3) fascicolo di controparte, che si rammostra al teste, è riconducibile alla sede di Garlasco” (il presente capitolo viene formulato in termini positivi per evitare profili di inammissibilità) (3) “Nel mese di marzo 2014, il sig. [REDACTED] per la [REDACTED] ha preso accordi con un agente / commerciale di [REDACTED] sig. [REDACTED] al fine di sottoscrivere nuovi contratti per la fornitura di servizi di fonia 15 linee e connettività internet per la sede di Pogliano Milanese e di connettività internet per la sede di Garlasco”. (4) “a seguito dell'incontro con l'agente [REDACTED] quest'ultimo ha trasmesso a [REDACTED] Spa n. 3 proposte commerciali che si rammostrano al teste ai documenti 14) – 15) – 16) fascicolo attore”. (5) “I costi contrattuali fissi sono stati predeterminati dalle parti in data 27/3/14 prevedendo un canone bimestrale di € 240,00 per ciascuna sede con l'opzione web-fidelity 24”. (6) “la [REDACTED] ha richiesto a [REDACTED] l'opzione assistenza premium per la sede di Garlasco (PV)”. (il presente capitolo viene formulato in termini positivi per evitare profili di inammissibilità) (7) “il dr. [REDACTED] quale legale rappresentante di [REDACTED] ha sottoscritto in data 27/3/2014 i contratti prodotti ai docc. 2 – 3 fascicolo attore, che si rammostrano al teste”. (8) “dal mese di marzo 2014 al mese di novembre 2014, [REDACTED] ha fornito il servizio di traffico telefonico e connettività internet a favore della sede di Pogliano Milanese.” (il presente capitolo viene formulato in termini positivi per evitare profili di inammissibilità) (9) “dal mese di marzo 2014 al mese di novembre 2014, i consumi telefonici della sede di Pogliano Milanese sono stati forniti e fatturati dal precedente gestore [REDACTED] come da documento 12 fascicolo attore, che si rammostra al teste.” (10) “il servizio di connettività internet fornito sulla sede di Garlasco (PV) dal giorno 19/2/2016 al giorno 3/5/2016 è stato sospeso per morosità da [REDACTED] ed ha determinato un blocco dell'attività produttiva della [REDACTED] con maggiori costi per creare una connessione alternativa come da doc. 8 fascicolo attore che si rammostra al teste”. Su tutti i capitoli di prova si indicano a testimoni: sig. [REDACTED] c/o [REDACTED] Spa sede di Pogliano Milanese. sig. [REDACTED] c/o [REDACTED] spa sede di Garlasco. Sig. [REDACTED] viale [REDACTED] 1 [REDACTED] (MI). Ordine di esibizione ex art. 210 cpc nei confronti di [REDACTED] di: 1) Originale dei contratti sottoscritti da [REDACTED] in data 27/3/2014 relativi ai servizi delle sedi di Pogliano Milanese (MI) e Garlasco (PV). 2) Report Interventi tecnici eseguiti da [REDACTED] sulle sedi [REDACTED] in Garlasco (PV) e Pogliano Milanese (MI). “

In ogni caso: con vittoria di spese e compensi professionali di entrambi i gradi di giudizio.

Per l'appellato:

“Voglia la Corte di Appello adita, *contrariis relectis*,

In via preliminare

Rigettare l'avverso appello, in quanto inammissibile ai sensi degli artt. 342 e 348 bis c.p.c.

Nel merito

Rigettare l'avverso appello in quanto infondato in fatto ed in diritto per i motivi di cui al presente atto e, per l'effetto, confermare la sentenza di primo grado.

In via subordinata

Nella denegata e non creduta ipotesi di accoglimento anche parziale dell'appello proposto da controparte, accertare che le domande nuove formulate dall'appellante con la memoria ex art. 183, 6° comma n. 1, c.p.c. sono tardive e, per l'effetto, di chiarare le stesse inammissibili nel presente giudizio e, in ogni caso, rigettare le pretese avverse, in quanto infondate per le ragioni in atti.

In via istruttoria

Rigettare i mezzi istruttori richiesti da parte attrice, in quanto inammissibili.

In ogni caso

Con vittoria delle spese competenze ed onorari del presente giudizio”

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. [REDACTED] S.p.a. (di seguito [REDACTED] citava [REDACTED] S.p.a. al fine di ottenerne la condanna al pagamento delle somme dovute a titolo di indebito pagamento e indennizzo per i disservizi avuti.

[REDACTED] a sostegno della domanda deduceva di aver sottoscritto in 27/03/2014, un contratto di servizi per la fornitura di traffico telefonico (voce e dati) con [REDACTED] SpA (d'ora in poi [REDACTED] relativo a due distinte unità locali dislocate sul territorio italiano; in particolare, [REDACTED] aveva sottoscritto uno specifico contratto relativo allo stabilimento di Garlasco (PV) – (doc. 2 fasc. [REDACTED] – ed un altro contratto relativo allo stabilimento di Pogliano Milanese (MI) – (doc. 3 fasc. [REDACTED]. Per entrambe le sedi erano state compilate le schede tecniche indicando quali dei servizi opzionali venivano richiesti e selezionati dal cliente in base alle esigenze specifiche di ciascuna sede. Ebbene:

- In riferimento ai servizi per la sede di Pogliano Milanese (corrispondente alla numerazione telefonica [REDACTED] lamentava il ritardo con cui la [REDACTED] aveva attivato la linea con la procedura della c.d. *number portability*, effettuata a distanza di oltre nove mesi dalla sottoscrizione del contratto, avvenuta in data 27/3/2014 (cfr. doc. 4) mentre la [REDACTED] aveva disdettato immediatamente il contratto con il precedente gestore [REDACTED] sulla medesima linea telefonica;

- per la sede di Garlasco, [REDACTED] deduceva di aver espressamente escluso il servizio di “Back Up Dati” poiché non di interesse (cfr. doc. 2), tuttavia, [REDACTED] in maniera del tutto ingiustificata, dal 31/7/2014 al 31/7/2016 aveva proceduto ad addebitarle il costo unitario per il servizio di “back Up dati” della sede di Garlasco (PV), pur essendo tale servizio non richiesto, non opzionato e tantomeno mai usufruito.

Inoltre, l'attrice denunciava che, in data 19/02/2016, [REDACTED] aveva sospeso il servizio dati presso la sede di Garlasco (PV) stante l'inadempimento di alcune fatture. Sotto tale ultimo aspetto, [REDACTED] riferiva di aver prontamente contestato le somme pretese da [REDACTED] sia direttamente a mezzo del servizio clienti sia a mezzo del proprio legale, con lettera racc. AR 26/2/2016 (doc. 6) sostenendone la non debenza.

In particolare, nella citata lettera raccomandata si legge:

“Quanto alla fattura [REDACTED] del 31/12/2014 di € 5.003,74 ci risulta pervenuta solo in data 19/1/2016 tant'è che fino ad oggi non è stata mai contabilizzata; per altro tale documento riporta voci non dovute ed in particolare, la linea di back up di Garlasco per € 100,00 mai attivata ed alcuni voci di servizi dal 16/10/14 al 30/11/14 (fonia € 618,36 e connettività € 603,28) che in realtà non sono state fornite in tale periodo, ma solo successivamente. Emerge inoltre l'addebito illegittimo di

costi per la linea di Back up su Garlasco anche sulle precedenti e successive fatture emesse dal Gestore e pagate dalla Mia Assistita”.

Sulla base dei fatti appena esposti, [REDACTED] con il ricorso ex art. 702 bis c.p.c., chiedeva la condanna di [REDACTED] al pagamento delle seguenti somme:

- € 2.621,64 (oltre IVA) quale restituzione delle somme indebitamente percepite da [REDACTED] per il servizio “back up dati” su Garlasco (PV) e voce costo centralino su Pogliano Milanese (MI);
- il riconoscimento dell’indennizzo secondo quanto disposto dal Regolamento nelle Controversie tra utenti ed operatori di telecomunicazioni approvato dalla Delibera n. 73/11/CONS, nei seguenti termini:
 1. € 1.220,00 (pari a 244 gg x € 5,00) ex art. 6 Delibera 73/11/Cons. per il ritardo con cui [REDACTED] ha concluso la portabilità del numero telefonico per la sede di Pogliano Milanese;
 2. € 3.470,00 (694 gg x € 5,00) ex art. 8 Delibera 73/11/Cons. per ogni giorno di attivazione del servizio non richiesto;
 3. € 555,00 (74 gg x € 7,50) ex art. 4 medesima Delibera, a titolo di indennizzo giornaliero di € 7,50 per ogni giorno di illegittima sospensione del contratto, senza che ve ne fossero i presupposti.
 4. € 939,80 a titolo di ulteriore danno sopportato da [REDACTED] per i maggiori costi (costo [REDACTED] di € 762,00 al bimestre e quindi per € 12,70 al giorno) per approntare rimedi alternativi al servizio sospeso dal 19/2/2016 sino al 3/5/2016, ovvero per n. 74 giorni per un danno complessivo di € 939,80 (74 gg x € 12,70).

Il Tribunale di Milano, con la sentenza n. 1767/2019, qui impugnata, accoglieva la preliminare eccezione sollevata da [REDACTED] e dichiarava l’improcedibilità della domanda per non essere coincidenti le domande svolte avanti al Corecom dall’attrice con quelle azionate nel giudizio ordinario.

Nel dettaglio, il giudice di *prime cure* evidenziava che dal formulario UG, prodotto dall’attrice, risultava che questa avesse chiesto: “*nota di credito euro 2.421,64 oltre iva per errata fatturazione; risarcimento danno per illegittima sospensione del servizio per nr 77 giorni; risarcimento danno per anticipata risoluzione del contratto.*” Invece, nel giudizio, l’attrice aveva chiesto la condanna della convenuta al pagamento della complessiva somma di euro 8.806,44, per i titoli sopra richiamati in dettaglio e, quindi, formulando domande nuove rispetto a quelle proposte avanti a CORECOM, fondante su ragioni in gran parte diverse. Ebbene, si legge nella sentenza impugnata, al momento della proposizione del tentativo di conciliazione, la [REDACTED] aveva l’onere di proporre tutte le domande risarcitorie, ed esporre le ragioni di tali domande, al Corecom ai fini della valutazione dell’effettivo oggetto della futura domanda di merito; operando diversamente, la [REDACTED] aveva frustrato il fine proprio del tentativo di conciliazione che è quello di favorire una definizione stragiudiziale della controversia.

Avverso tale sentenza ha proposto tempestivo appello [REDACTED] [REDACTED] rilevando che, seppure nel formulario compilato per esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione la [REDACTED] non aveva espressamente formulato una specifica richiesta di indennizzo in relazione alla ritardata portabilità della numerazione, tale domanda doveva ritenersi ricompresa nella richiesta di “ripetizione delle somme pagate”, in quanto tra i fatti principali e costitutivi della pretesa giudiziale -sotto il profilo dell’*an* della pretesa- vi era da ricomprendere il ritardo nell’erogazione del servizio, quale circostanza esattamente esplicita nella procedura di conciliazione e ben conosciuta da [REDACTED]

Aggiungeva la difesa [REDACTED] che il contenuto delle domande del modello UG deve essere valutato alla luce degli allegati depositati avanti la Corecom Lombardia nella parte in cui l’istante <*richiamando espressamente l’allegata lettera di contestazione formulata via pec in data 26/2/16 prodotta sia nel ricorso Corecom che nel fascicolo attoreo al doc. 6*> aveva sottoposto alla procedura

di conciliazione obbligatoria – tra le altre – anche la questione riferibile al ritardo nell'erogazione dei servizi di fonia e connettività relativamente all'anno 2014, sotto forma di domanda finalizzata alla restituzione di somme indebitamente percepite da [REDACTED] per i servizi di fonia e connettività di ottobre –novembre 2014. Si legge nell'atto d'appello: *“Consegue che la richiesta formulata dall'istante – ritualmente inserita nel modello UG - volta ad ottenere la restituzione degli importi di € 618,36 per servizi di fonia ed € 603,28 per servizi di connettività relativi al periodo 16/10/14 – 30/11/14 di cui alla fattura LA00210308, si incentrava e presupponeva (come è naturale che sia) il ritardo nell'erogazione dei servizi internet e di portabilità della numerazione”*.

La [REDACTED] con l'appello proposto ha, inoltre, lamentato l'assoluta genericità e laconicità della decisione di primo grado, nella quale il giudice non ha indicato quale delle domande svolte in giudizio e delle ragioni giuridiche addotte sarebbero state inammissibili, perché non oggetto della procedura di conciliazione obbligatoria prevista dall'art. 1 comma 11 della L. 249/1997, ed ha denunciato l'erroneità della decisione che ha travolto tutte le domande azionate e non solo quella asseritamente non oggetto del pregiudiziale tentativo di conciliazione, mentre il giudice avrebbe dovuto, più correttamente, sospendere il giudizio di primo grado e dare un termine alle parti per esperire il tentativo di conciliazione sulle domande temporaneamente improcedibili.

[REDACTED] quindi, ha chiesto alla Corte d'Appello di volersi pronunciare nel merito delle domande azionate e riconoscere:

1. l'indennizzo per illegittima sospensione del servizio senza preavviso, attesa la contrarietà della condotta tenuta da [REDACTED] ai principi generali di buona fede contrattuale, ex art. 1175 e 1375 c.c. (come interpretato dalla S.C. Cass. con sent. 23304/2007), nonché alle delibere dell'Autorità Amministrativa che regola la materia (ivi, Agcom Delibera n. 23/10/CIR e 50/10/CIR: *“E' illegittima la sospensione del servizio operata dal gestore senza congruo preavviso e in pendenza di reclamo per gli addebiti fatturati.”* ed ancora Agcom Delibera n. 117/10/CIR: *“ai sensi dell'articolo 4, comma 2, della delibera Agcom n. 664/06/CONS, l'utente che presenti formale reclamo all'operatore, contestando l'addebito di taluni importi, può sospenderne il pagamento fino alla definizione della procedura di reclamo, fermo restando l'obbligo di pagare gli importi non oggetto di contestazione”*);
2. l'indennizzo per l'attivazione di un servizio non richiesto e non usufruito ex art. 8 Delibera 73/11/Cons (nella misura di € 3.470,00 per 694 gg x € 5,00), oltre al riconoscimento dell'illegittimo addebito di costi sulla sede di Garlasco per € 1.200,00 per il servizio “assistenza Premium” non richiesto all'atto della conclusione del contratto del 27/3/14. Secondo l'assunto di parte, a fronte di un costo forfettario mensile di € 120,00 oltre IVA (€ 240,00 oltre IVA bimestrali) [REDACTED] – mensilmente – aveva addebitato per il servizio fornito su Garlasco *<senza alcuna valida giustificazione e tantomeno senza fornire alcun servizio in più>* un costo aggiuntivo su ciascuna fattura di € 50,00 mensili (€ 100,00 bimestre). La circostanza, secondo l'appellante, è provata *<anche questa volta per tabulas>* dal dettaglio costi fissi di Garlasco (€ 170,00 mese) contenuti nelle fatture emesse da [REDACTED] e prodotte nel fascicolo di parte ricorrente *<in particolare si evidenzia il dettaglio analitico dei costi mensili di € 170,00 (€ 340 bimestre) sulla sede di Garlasco WEB + Fidelity 24 + SHDL 2/2 + assistenza Premium evidenziato alle pagg. 3, 9, 13, 18, 21, 121, 219, 335, 511, 597, 691 e 693 del doc. 11 fascicolo attore>*. Costi superiori a quelli mensili, pari ad € 120,00, fatturati per la sede di Pogliano Milanese.
3. L'illegittimo addebito di costi non dovuti sulla fattura [REDACTED] per € 1.221,64. Al riguardo [REDACTED] ha dedotto di aver sottoscritto con [REDACTED] in data 27/3/2014 il contratto per fornitura fonia e internet, ma l'attivazione delle linee (fonia) con *number portability* era avvenuta a distanza di quasi nove mesi e segnatamente, non prima della fine di novembre 2014, mentre l'attivazione della connettività alla data del 24/11/14 non era stata completata. A riprova delle circostanze addotte la [REDACTED] ha richiamato la documentazione prodotta in primo grado, ovvero:

(i) le segnalazioni trasmesse via mail da [redacted] a [redacted] in data 24-26/11/2014 e prodotte al doc. 5) del fascicolo attore con le quali aveva segnalato la mancata portabilità in [redacted] dei servizi di fonia e connettività;

(ii) la fatturazione del vecchio gestore [redacted] per servizi di fonia del periodo ottobre – novembre 2014 come si evince dal doc. 12) fascicolo attore;

(iii) il report degli interventi tecnici eseguiti da [redacted] in data 27/10/14 ed in data 10/10/14 dal tecnico sig. [redacted] dal quale emerge che quantomeno alla data del 10/10/14, la connettività non funzionava (se non parzialmente) mentre sicuramente non funzionava totalmente la telefonia, come da doc. 13 fascicolo [redacted] primo grado.

Sulla base di tali allegazioni, [redacted] <sempre con le missive 26/2/16, 1/3/16 e 3/5/16> ha contestato la debenza dell'importo di € 618,36 pari ad un ben meglio precisato contributo mensile sui costi di telefonia il periodo 16/10/14 – 30/11/14 e dell'importo di € 603,28 per costi di connettività nel periodo 16/10/14 – 30/11/14, contenuti nella fattura n. [redacted] del 30/11/14 per un totale complessivo di € 1.221,64.

Tali costi, secondo l'assunto di parte appellante, non erano certamente dovuti proprio perché, in quel periodo (dal 16/10/14 al 30/11/14) [redacted] non aveva ancora completato la portabilità delle numerazioni e garantito il funzionamento del servizio di connettività, i quali risultavano ancora fatturati dal precedente gestore [redacted].

4) il risarcimento del danno previsto dal *Regolamento Nelle Controversie tra utenti ed operatori di telecomunicazioni approvato dalla Delibera n. 73/11/CONS* per la ritardata portabilità dei servizi, come previsto dall'art. 6 della citata Delibera che stabilisce un indennizzo giornaliero di euro 5,00 per ogni giorno di ritardo da parte del nuovo gestore nel completamento della *number portability*, per un importo complessivo quantificato in € 1.220,00 per i 244 giorni di ritardo.

Si è costituita in giudizio la [redacted] eccependo, preliminarmente, l'inammissibilità dell'appello ai sensi dell'art. 348 bis e 342 c.p.c., specificando- quanto a tale ultima eccezione- che quantomeno per le domande di corresponsione della somma di:

□ € 3.470,00 a titolo di indennizzo complessivo per l'attivazione di un servizio non richiesto e non usufruito ex art. 8 Delibera 73/11/Cons,

□ € 939,80 quale asserito danno per i maggior costi approntati nel periodo di interruzione del servizio, l'appellante nulla ha argomentato né motivato, limitandosi a riportarle solo nelle conclusioni formulate nell'atto di appello.

Nel merito, l'appellata ha chiesto la conferma della sentenza impugnata sottolineando, quanto alla proponibilità della domanda, l'assoluta differenza tra le domande proposte avanti al Corecom e quelle azionate in giudizio, del tutto nuove ed ulteriori. Con particolare riferimento, poi, alla doglianza relativa all'asserito ritardo nella migrazione, l'appellata ha sottolineato non solo l'assenza della relativa richiesta risarcitoria nel formulario UG, ma che non si riscontra alcun riferimento a siffatta problematica neppure nei richiamati documenti nn. 4 e 5 allegati all'istanza di conciliazione, per cui correttamente il giudice di primo grado ha pronunciato la sentenza d'improcedibilità della domanda. Nel caso di riforma della sentenza, l'appellata ha insistito affinché vengano comunque dichiarati improcedibili/improponibili le richieste afferenti all'attivazione del servizio asseritamente non richiesto di Assistenza *Premium*, al ritardo nella migrazione dell'utenza, alla richiesta di indennizzo per attivazione di servizi non richiesti ed al rimborso dei costi per le fatture [redacted] pari ad € 939,80, perché non sono state oggetto dell'obbligatorio tentativo di conciliazione.

Quanto al merito delle richieste, la [redacted] ha eccepito:

- l'infondatezza della richiesta di restituzione della somma di € 2.621,64, adducendo di non aver mai addebitato alcun costo per il servizio di Assistenza *premium* per la sede di Garlasco (cfr. avv. doc. 11 fascicolo di primo grado), né per il centralino della sede di Pogliano (cfr. avv. doc. 11 fascicolo di Primo grado – fattura 30.11.2014);

- inammissibilità della richiesta di rimborso del costo addebitato per servizi voce e dati asseritamente non fruiti, "per euro 1321,64 sulla fattura [REDACTED] del 30/11/2014" avendo l'appellante tardivamente formulato tale domanda, avanzata con la prima memoria ex art. 183, 6° comma, c.p.c.
- l'inammissibilità della domanda di rimborso per il servizio *Premium* per tardività della stessa e modifica del *petitum*;
- l'inammissibilità della richiesta di corresponsione degli indennizzi ex Delibera 73/11/Cons nel giudizio ordinario e, in ogni caso, l'improponibilità della richiesta di indennizzo per ritardata portabilità per omesso esperimento del tentativo di conciliazione e, in via subordinata, l'infondatezza della domanda stessa;
- inammissibilità ed infondatezza del chiesto indennizzo per illegittima sospensione dei servizi per la sede di Garlasco atteo che tale condotta è derivata dall'arbitraria interruzione nei pagamenti da parte dell'attrice e la [REDACTED] aveva effettuato preavvisi telefonici di sospensione ed inviato anche un preavviso di risoluzione del contratto (come da doc. 8 fascicolo primo grado).
- improponibilità per omesso esperimento del tentativo di conciliazione e/o infondatezza della richiesta di rimborso delle fatture [REDACTED] di € 939,80, mancando la prova del pagamento e del nesso di causalità (la fattura prodotta è del 5.12.2016, molti mesi dopo la sospensione dei servizi avvenuta dal 19.2.2016 sino al 3.5.2016, ed è riferita a servizi resi per la sede di Pogliano Milanese e non per quella di Garlasco, oggetto della sospensione dei servizi).

Inammissibilità dei mezzi di prova richiesti nelle conclusioni senza formulare apposita impugnazione della pronuncia di primo grado sul punto.

Verificata la regolare citazione e costituzione delle parti, all'udienza del 30.6.2020, la causa veniva trattenuta in decisione. Con ordinanza del 27 ottobre 2020, la Corte d'appello, rilevato che alcune delle domande azionate in primo grado non erano state oggetto dell'obbligatorio tentativo di conciliazione e ritenuto tale adempimento configurare una condizione di improcedibilità temporanea delle domande, concedeva termine alla parte per esperire il tentativo di conciliazione e fissava nuova udienza di trattazione per il 19.1.2021.

A tale udienza, preso atto dell'esito negativo del tentativo di conciliazione esperito, la causa è stata rinviata all'udienza del 29 giugno 2021, in occasione della quale, sulle conclusioni come sopra precisate, per via telematica ex art. 83 comma 7 lett. H del D.L. 18/20 (conv. In L. 27/2020 e succ. mod.) la causa, è stata riservata in decisione ai sensi dell'art. 190 cod. proc. civ., con i termini di legge per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

Deve preliminarmente osservarsi che l'eccezione di inammissibilità dell'appello ex 348 *bis* c.p.c., sollevata dalla [REDACTED] può ritenersi superata in quanto implicitamente disattesa dalla Corte con l'ordinanza di fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni, momento incompatibile con l'adozione di un provvedimento ai sensi della norma invocata (cd. "ordinanza filtro").

Invero, detta pronuncia di inammissibilità può essere emessa solo *in limine litis*, nei casi in cui l'appello appaia palesemente infondato in base ad una valutazione sommaria, che conduca a formulare un giudizio prognostico in termini di evidente alta probabilità di insuccesso del gravame. Tale situazione, a giudizio della Corte, non è riscontrabile nel caso in esame, tenuto conto dell'oggetto della causa e delle questioni dibattute in fatto e in diritto, che si ritiene giustifichino una valutazione di merito.

Allo stesso modo, questa Corte ritiene vada disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'appello proposto, formulata dalla difesa di [REDACTED] per affermata violazione dell'art. 342 CPC.

Al riguardo si rileva che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di legittimità, alla quale questo Collegio aderisce pienamente, gli artt. 342 e 434 CPC, nel testo formulato dal d.l. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 134 del 2012, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere, a pena di inammissibilità, una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati del provvedimento impugnato e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice,

senza che occorra l'utilizzo di particolari forme sacramentali o la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado, ovvero la trascrizione totale o parziale del provvedimento, tenuto conto della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata (cfr. Cass. ord. 13535 del 30/05/2018, Cass. ord. n. 7675 del 19/3/2019, Cass. S.U. sent. n. 27199 del 16/11/2017).

Nell'atto di appello proposto da [REDAZIONE] sono individuate le statuizioni contestate della sentenza impugnata e sono esposte le argomentazioni a contrasto della valutazione del primo giudice e, sia pure con una certa confusione, quelle a sostegno della richiesta di riforma della decisione del Tribunale, il che, d'altro canto, ha consentito alla parte appellata di prendere compiutamente posizione e di esercitare pienamente il diritto di difesa.

L'appello proposto merita accoglimento quanto alla contestata erroneità della sentenza impugnata che ha dichiarato l'improcedibilità della domanda.

Questa Corte aderisce all'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 24711 del 04/12/2015 secondo cui, in tema di controversie tra gli organismi di telecomunicazioni e gli utenti, il tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto dall'art. 1, comma 11, della l. n. 249 del 1997 e dal regolamento di procedura allegato alla Delibera 182/02/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (applicabile "ratione temporis") deve intendersi prescritto per la procedibilità - e non per la proponibilità, ammissibilità o ricevibilità - dell'azione promossa in sede giurisdizionale, sicché, in difetto, il giudice di primo grado o di appello, dichiarata la temporanea improcedibilità dell'azione, deve sospendere il processo ed assegnare, ove necessario, alle parti, il termine per l'esperimento dello stesso, restando salvi, al momento della prosecuzione del processo, gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale irritualmente proposta. Pertanto, il mancato previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione non determina, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, la chiusura del processo in rito, ma solo la temporanea improcedibilità della domanda, dovendo essere concesso il termine alle parti per effettuare la procedura conciliativa.

Tale orientamento è stato recentemente confermato e ribadito dalla Suprema Corte di Cassazione con la sentenza a SSUU del 28.4.2020 n. 8241.

In conformità al suddetto orientamento della Cassazione, il tentativo obbligatorio di conciliazione, è stato disposto dalla Corte d'Appello ed esperito nel termine concesso; ciò consente di superare l'ostacolo che ha indotto il primo giudice a dichiarare improcedibile la domanda, con conseguente riforma della sentenza, e di passare alla valutazione del merito delle domande proposte da [REDAZIONE]

Osserva, preliminarmente, il Collegio che [REDAZIONE] in sede d'appello, ha modificato, in più punti e in relazione a diverse circostanze, l'oggetto delle domande come formulate nell'atto introduttivo del primo grado, con ciò incorrendo nella sanzione dell'inammissibilità delle stesse per violazione dell'art. 345 c.p.c., come pure eccepito dall'appellata [REDAZIONE]

Così quanto alla somma di € 1.200,00 (€ 100,00 per 12 mensilità) oltre IVA richiesta in restituzione da [REDAZIONE] si osserva che nell'atto di citazione in appello la parte ha sostenuto che le bollette di [REDAZIONE] sulla sede di Garlasco, per il periodo da luglio 2014 al 31.3.2016, esponevano il costo aggiuntivo di € 50,00 mensili per il servizio di "assistenza Premium" mai richiesto alla [REDAZIONE] e pertanto tale costo non era dovuto ed era stato indebitamente richiesto. Tuttavia, rileva la Corte che dalla lettura del ricorso ex art. 702 bis c.p.c. presentato da [REDAZIONE] risulta che questa avesse richiesto la restituzione della medesima somma, a suo dire, indebitamente percepita da [REDAZIONE] per il diverso servizio "Back Up Dati" su Garlasco (PV) e "voce costo centralino" su Pogliano Milanese (MI).

Con la memoria ex art. 183 co. 6 n. 1 c.p.c., a seguito dell'eccezione contenuta nella comparsa di risposta di [REDAZIONE] che aveva evidenziato che dalle fatture non risultava aver mai richiesto alcun pagamento per il servizio "back Up", l'attrice [REDAZIONE] ha modificato la domanda, chiedendo la ripetizione delle somme versate per il servizio "Assistenza Premium". La modifica del servizio oggetto della domanda di ripetizione (da Back Up a Assistenza Premium) si trasforma in

Firmato Da: PANELLA EVA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - NG CA 8 - Serial#: 537f6dda36b5997261174846bbb0629 - Firmato Da: CIRIACO ISABELLA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. - NG CA 8 - Serial#: 6d19db6f50a6aa79739746ec141426ae
Firmato Da: FORMAGGIA IRENE Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 3986e870aafaf3fac320945fc91543fe

un'inammissibile domanda nuova in quanto l'indicazione del titolo di servizio contestato, ovvero asseritamente non richiesto ed indebitamente pagato, all'evidenza, va a qualificare l'oggetto della domanda, quale contestazione della ragione della debenza delle somme portate dalle fatture con conseguente inammissibilità della modifica operata dalla [REDACTED] in corso di causa, in quanto va a mutare la domanda e compromettere le potenzialità difensive della controparte. Pertanto, la domanda proposta in appello, diversa da quella introdotta col ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, si configura, a sua volta, come domanda nuova ed inammissibile.

La ritenuta inammissibilità della domanda relativa al contestato servizio "Assistenza premium" assorbe la collegata domanda (ritenuta comunque inammissibile per quanto verrà meglio chiarito nel prosieguo della trattazione) volta ad ottenere un indennizzo monetario per l'applicazione di un servizio non richiesto quantificato dalla richiedente in € 3.470,00, in analogia all'indennizzo stabilito dall'art. 8 Delibera 73/11/Cons.

Si deve, invece, intendere rinunciata dalla parte la domanda di restituzione delle somme asseritamente pagate per il centralino di Pogliano Milanese, non ribadita in appello; d'altro canto, non si rinviene la relativa voce di costo nelle bollette relative ai mesi di ottobre e novembre 2014 in atti, contestate dalla [REDACTED]

Passando alla richiesta di "Indennizzo per illegittima sospensione del servizio senza preavviso", a sostegno della stessa la difesa di [REDACTED] ha dedotto che, in data 19/02/2016, [REDACTED] aveva sospeso il servizio dati presso la sede di Garlasco (PV) stante l'inadempimento di alcune fatture. [REDACTED] riferiva di aver prontamente contestato le somme pretese da [REDACTED] sia direttamente a mezzo del servizio clienti che a mezzo del proprio legale, con la già richiamata lettera racc. AR 26/2/2016 (doc. 6) sostenendone la non debenza.

L'improvvisa sospensione del servizio dati sulla sede di Garlasco (PV), si legge a pag. 7 dell'atto d'appello, "aveva determinato un ingente danno per la [REDACTED] a causa di un blocco completo dell'attività produttiva dal 19/2/2016 <è pacifica la circostanza per cui la mancanza di connessione internet presso uno stabilimento industriale determini un fermo produttivo>, infatti al fine di contenere il danno derivante dall'assenza di connessione, l'istante si vedeva costretta all'adozione di soluzioni alternative, sottoscrivendo in data 25/2/2016 un abbonamento per traffico dati con un diverso gestore, generando maggiori costi ed addebito bimestrale forfettario di € 762,00 euro <cf. doc. 8 fascicolo attore di prime cure>.

Sulla base di tali presupposti, l'appellante, ha chiesto la condanna della [REDACTED] al pagamento delle seguenti somme:

- € 555,00 (74 gg x € 7,50) ex art. 4 della Delibera 73/11/Cons, a titolo di indennizzo giornaliero di € 7,50 per ogni giorno di illegittima sospensione del contratto, senza che ve ne fossero i presupposti;
- € 939,80 a titolo di ulteriore danno sopportato da [REDACTED] per i maggiori costi (costo [REDACTED] di € 762,00 al bimestre e quindi per € 12,70 al giorno) per approntare rimedi alternativi al servizio sospeso dal 19/2/2016 sino al 3/5/2016, ovvero per n. 74 giorni per un danno complessivo di € 939,80 (74 gg x € 12,70).

Dall'esame degli atti risulta, incontestatamente, che [REDACTED] fosse morosa nel pagamento delle fatture emesse da [REDACTED] e, negli scritti difensivi è la stessa appellante a riferire di "aver contestato la debenza di alcuni importi parziali sulla fatture del biennio 2014-2016 per un totale di € 2.710,40 procedendo unilateralmente a sospendere il pagamento di tali somme parziali onde ricevere l'emissione di note di credito per tali importi".

Tuttavia, la parte non ha fornito alcuna prova di aver tempestivamente sollevato contestazioni al gestore sui servizi forniti e sulle somme esposte nelle fatture emesse per le linee di Garlasco; non vi è la prova di alcuna contestazione espressa alla [REDACTED] prima della raccomandata del 26 febbraio 2016 (che si colloca, all'evidenza, in epoca successiva alla sospensione del servizio per la sede di Garlasco).

Inoltre, la lettera raccomandata del 26.2.2016 inviata dal legale di [REDACTED] riporta quanto segue:

“Quanto alla fattura ██████████ del 31/12/2014 di € 5.003,74 ci risulta pervenuta solo in data 19/1/2016 tant'è che fino ad oggi non è stata mai contabilizzata; per altro tale documento riporta voci non dovute ed in particolare, la linea di backup di Garlasco per € 100,00 mai attivata ed alcuni voci di servizi dal 16/10/14 al 30/11/14 (fonia € 618,36 e connettività € 603,28) che in realtà non sono state fornite in tale periodo, ma solo successivamente. Emerge inoltre l'addebito illegittimo di costi per la linea di Back up su Garlasco anche sulle precedenti e successive fatture emesse dal Gestore e pagate dalla Mia Assistita”.

Orbene, osserva la Corte, l'assoluta inconferenza ed inadeguatezza delle contestazioni mosse per giustificare la sospensione dei pagamenti unilateralmente effettuata da ██████████ delle fatture emesse da ██████████ se solo si evidenzia che le voci contestate della fattura ██████████ del 31/12/2014 di € 5.003,74 riguardano in gran parte servizio di centralino ed altri servizi relativi al contratto per la diversa sede di Pogliano Mil.se (e non quella di Garlasco, interessata dalla sospensione del servizio) e tra le “voci non dovute” viene riportata la linea “back up” che, invece, dalla copia dei contratti in atti risulta essere tra quelle “fleggiate” e quindi prescelte dalla parte, tanto che la domanda relativa alla richiesta di restituzione di somme per tale servizio, originariamente avanzata da ██████████ è stata abbandonata in corso di causa e “sostituita” con la richiesta di rimborso dei costi per il servizio “assistenza Premium”). Pertanto, è evidente che, sulla base delle risultanze in atti, la parte debitrice non aveva mai contestato a ██████████ i servizi ricevuti e i costi esposti nelle bollette e le contestazioni mosse, successivamente alla sospensione del servizio per morosità della cliente, sono risultate inconsistenti ed infondate.

Ma, anche a voler ritenere non corretto il comportamento di ██████████ per aver sospeso il servizio senza preavviso, si sottolinea che la domanda di indennizzo avanzata presenta profili di inammissibilità, attesa la assoluta genericità del danno asseritamente derivato, che è stato solo accennato nella sua allegazione fattuale, rimanendo assolutamente indimostrato sotto il profilo probatorio.

Basti al riguardo evidenziare che la ██████████ si è limitata ad addurre che la sospensione del servizio dati sulla sede di Garlasco (PV) avrebbe determinato un ingente danno per l'azienda a causa di un blocco completo dell'attività produttiva dal 19/2/2016, senza meglio specificare ed indicare in che termini la sospensione del servizio internet per una società chimica (della quale non è stato meglio esplicitata la specifica attività) avrebbe comportato il blocco dell'intera attività e, quindi, l'esistenza del necessario nesso di causalità tra l'interruzione del servizio e il blocco aziendale. Ed in ogni caso, quanto alla richiesta di rimborso per i maggiori costi sostenuti dalla ██████████ per il nuovo contratto stipulato con ██████████ si evidenzia che la fattura prodotta a riprova del *quantum* pagato (cfr. doc. 8 parte appellante) è relativa al consumo per il bimestre ottobre- novembre 2016, con scadenza pagamento gennaio 2017, non idonea pertanto a dimostrare la correlazione del costo correlato alla sospensione del servizio da parte di ██████████ (avvenuta il 19 febbraio 2016).

Nel caso in oggetto, infatti, incombe sulla società ██████████ l'onere di allegazione e probazione proprio dell'azione risarcitoria del danno contrattuale, qual è quella esercitata da ██████████ contro ██████████ secondo il criterio di riparto regolato dagli artt. 1218 e 1223 e ss c.c. e art. 2697 c.c. e del principio di vicinanza della prova. In forza di tali principi, spetta a chi agisce in risarcimento allegare e provare la fonte legale o convenzionale dell'obbligazione di cui si allega l'inadempimento totale o parziale o inesatto, nonché allegare e provare il danno ed il nesso causale tra l'inadempimento ed il danno e, ciò fatto, incombe a chi si difende provare di avere adempiuto esattamente o di non avere potuto adempiere per causa a sé non imputabile, ovvero altri fatti idonei a paralizzare la pretesa attorea (Cass. civ. SS.UU. 23.09.2013 n. 21678; Cass. civ. sez. 2, 26.07.2013 n. 18125; Cass. civ. sez. 3, 26.02.2013 n. 4792; Cass. civ. 25.10.2007 n. 22361; Cass. civ. 7.03.2006 n. 4867; Cass. civ. 1^a.12.2003 n. 18315).

Quanto alla disciplina speciale relativa alle telecomunicazioni, richiamata dall'appellante, si osserva che la legge n. 249/1997 ha istituito l'Autorità di Garanzia per le comunicazioni, di seguito AGCOM, con ampio potere di controllo, vigilanza e disciplina, anche regolamentare sui fornitori dei servizi di telefonia. Con il d. lgs 1^a.08.2003 n. 259, come modificato, denominato “Codice delle comunicazioni

elettroniche”, di seguito: “CCE”, il legislatore ha previsto -in attuazione delle direttive UE n. 19, 20, 21 e 22 del 2002 sul “servizio universale”- agli artt. 53 e ss, nella formulazione *ratione temporis* vigente all’epoca dei fatti di causa (2015-2016) diversi diritti degli utenti, obblighi degli operatori e previsioni sul contenuto del contratto, delegando ulteriori poteri regolamentari all’AGCOM. Quest’ultima, in attuazione degli artt. 61 e 72 CCE, con le delibere 179/2003/CSP, 259/2004/CSP e 79/2009 CSP ha previsto l’emanazione da parte degli operatori telefonici delle cd “Carte dei servizi”, aventi un contenuto in parte predeterminato dell’Autorità, recanti i livelli e gli obiettivi minimi di qualità dei servizi.

Fatta questa precisazione assorbente, si rileva che comunque la domanda di “indennizzo” avanzata da [REDACTED] è infondata sia nell’an (per totale mancanza di prova del danno) sia nel quantum richiesto, basato sulla pretesa diretta applicazione della Delibera n. 73/11/CONS che disciplina la materia delle controversie tra utenti ed operatori di telecomunicazioni che, all’art. 4, prevede un indennizzo giornaliero di € 7,50 per ogni giorno di illegittima sospensione del contratto.

Come chiarito dalla Corte di Cassazione, gli indennizzi che, in attuazione della normativa di settore citata, devono essere previsti nella Carta dei Servizi dei soggetti che erogano prestazioni verso un pubblico indifferenziato di utenti, hanno funzione deflattiva, poiché mirano a prevenire ed evitare il contenzioso, inducendo il cliente a ricorrere agli organismi di composizione delle controversie. Essi non equivalgono ad una presunzione sul verificarsi stesso del danno, e non possono quindi supplire alla mancata prova, come nel caso di specie, dello stesso verificarsi del danno. Non possono quindi essere direttamente utilizzati, qualora si arrivi alla introduzione della causa e con essa ad una domanda risarcitoria fondata sulle regole ordinarie dell’inadempimento e della prova del danno, come prova presuntiva dell’an, oltre che del quantum, del danno. Essi potrebbero eventualmente essere utilmente richiamati, qualora l’attore avesse già fornito la prova dell’effettivo verificarsi di un danno patrimoniale, del quale non fosse in grado di fornire l’esatta quantificazione, come parametro utilizzabile ai fini di un risarcimento in via equitativa (Cass. 21/06/2017, n. 15349).

Del tutto priva di fondamento giuridico si appalesa, quindi, la richiesta dell’appellante secondo cui il diritto ad un indennizzo ragionevole e proporzionato al pregiudizio arrecato deriva dalla semplice dimostrazione del tipo e dell’entità del disservizio, senza necessità di provare il danno.

Passando alla richiesta di condanna della [REDACTED] al pagamento della somma di € 1.221,64 quale “addebito costi non dovuti sulla fattura [REDACTED] del 30.11.2014, la Corte ritiene tale domanda inammissibile, prima che infondata.

Al riguardo, si ricorda, [REDACTED] ha contestato la debenza dei costi di telefonia pari ad € 618,36 esposti nell’indicata fattura per il periodo 16/10/14 – 30/11/14 e l’importo di € 603,28 per costi di connettività nel periodo 16/10/14 – 30/11/14, entrambi relativi alla sede di Pogliano Milanese sostenendo che in quel periodo (dal 16/10/14 al 30/11/14) [REDACTED] non aveva ancora completato la portabilità delle numerazioni e garantito il funzionamento del servizio di connettività, i quali risultavano ancora fatturati dal precedente gestore [REDACTED] NT. Ebbene, corre l’obbligo sottolineare che tale contestazione si trova nella lettera raccomandata inviata dal difensore alla [REDACTED] il 26.2.2016 ma la domanda di condanna, come formulata nell’atto d’appello, con le circostanze ivi addotte non corrisponde a quella formulata nel ricorso ex art. 702 bis c.p.c., introduttivo del giudizio di primo grado, laddove la [REDACTED] aveva contestato, per la sede di Pogliano Milanese, solo l’asserito illegittimo addebito di costi per il “Centralino”.

Anche in questo caso, a seguito dell’eccezione di [REDACTED] che aveva sottolineato l’assenza di alcun costo addebitato per il riferito centralino, [REDACTED] ha modificato la domanda, con la prima memoria ex art. 183, 6° comma, n. 1 c.p.c. abbandonando la richiesta di rimborso degli asseriti costi per il centralino, deducendo: “che alla data del 10/10/14, la connettività non funzionava (se non parzialmente) mentre non funzionava totalmente la telefonia (con buona pace circa la debenza degli importi di € 618,36 ed € 603,28 contenuti nella fattura n. [REDACTED] del periodo 16/10/14 – 30/11/14)”. Anche in tale caso, la modifica operata, a parere della Corte, è inammissibile, in quanto non integra una mera precisazione/integrazione, ma configura una integrale modifica della ragione

della domanda, passando da una contestazione di indebita pretesa di pagamento per un servizio non richiesto e non fornito alla contestazione di malfunzionamento e disservizio nella fornitura contrattualmente pattuita e dovuta; la correzione operata si traduce, pertanto, in una tardiva ed inammissibile *mutatio libelli*, come eccepito dalla difesa [REDACTED]. Tra l'altro, la [REDACTED] ha dedotto che gli importi esposti nella fattura di dicembre 2014 erano da ricondurre all'integrazione del contratto per la sede di Pogliano con la quale la [REDACTED] aveva "richiesto l'attivazione dei servizi di telefonia fissa chiedendo l'attribuzione di una numerazione GNR nativa [REDACTED] l'appellata aveva quindi attivato, dal 16.10.2014, i numeri "nativi [REDACTED] ed aveva iniziato a fatturare il servizio fonia, come si evince dalla fattura del 31.11.2014, prodotta da [REDACTED] in cui a pag. 2 sono addebitati € 8,64 per consumi dall'1.10.2014 al 30.11.2014 (cfr. avv. doc. 11 primo grado) (cfr. comparsa appellata). Circostanze queste ultime non contestate dall'appellante nella prima udienza di trattazione e neppure nella comparsa conclusionale e, quindi, da ritenere provata ai sensi dell'art. 115 c.p.c.

La difesa [REDACTED] ha, infine, chiesto il risarcimento del danno, in applicazione del *Regolamento Nelle Controversie tra utenti ed operatori di telecomunicazioni approvato dalla Delibera n. 73/11/CONS*, ove all'art. 6 è stabilito un indennizzo giornaliero di euro 5,00 per ogni giorno di ritardo da parte del nuovo gestore nel completamento della *number portability*. Secondo l'assunto dell'appellante, infatti, "risulta agli atti di causa che, pur avendo sottoscritto il contratto con [REDACTED] il giorno 27/3/2014, la portabilità non era stata completata quantomeno sino al 26/11/2014, con un ritardo 244 giorni ed un indennizzo complessivo pari ad € 1.220,00 (244 gg x € 5,00)".

Anche in merito a tale domanda, osserva la Corte che, se anche si volesse ritenere esistente l'obbligo di eseguire la portabilità dell'utenza da parte di [REDACTED] (obbligo non certo, a fronte della non univoca documentazione contrattuale presente in atti e delle contestazioni mosse da [REDACTED] manca la prova dell'asserito ritardo e del danno conseguente. Infatti, a fronte dell'allegazione di un ritardo nella portabilità per otto mesi dalla stipula del contratto, la parte non ha fornito alcuna segnalazione, contestazione o sollecito effettuato nei confronti di [REDACTED] con cui lamentava l'ingente ritardo nell'adempimento dell'impegno presuntivamente assunto e per l'ampio arco temporale riferito. A ciò si aggiunga, che nella lettera raccomandata di contestazione inviata dal difensore di [REDACTED] alla [REDACTED] il 26.2.2016 (quasi due anni dopo la stipula del contratto) non si fa alcun cenno al ritardo addebitato al gestore di telefonia, per la prima volta, solo in questa sede giudiziale. Si ricorda, inoltre, che alcuna domanda risarcitoria per il presunto ritardo nella portabilità del numero da [REDACTED] era stata proposta nella pregiudiziale sede conciliativa, così facendo legittimamente desumere che tale circostanza, semmai esistente, non avesse arrecato alcun problema e difficoltà alla [REDACTED]. In ogni caso e da ultimo, si sottolinea la mancanza di prova del preteso danno, non fornita dall'attrice appellante, la quale ha chiesto il riconoscimento del diritto al risarcimento quale automatica applicazione, in sede di giudizio ordinario, dell'indennizzo stabilito per le procedure conciliative avanti all'organo amministrativo. Per quanto sopra detto tale domanda è inammissibile ed infondata, non potendosi ricorrere neppure ad una liquidazione del danno in via equitativa, *ex art. 1226 cc*, che presuppone l'accertamento dell'esistenza di un danno risarcibile, l'impossibilità o rilevante difficoltà di una stima esatta del danno, il fatto che tale impossibilità non dipenda dall'inerzia della parte gravata dell'onere della prova, non potendo la richiesta di condanna *ex art. 1226 cc* risolversi in uno strumento processuale per sottrarsi all'ordinario onere della prova di cui all'art. 2697 cc.

Si ritiene utile da ultimo sottolineare che, con specifico riferimento al potere di liquidazione in via equitativa del Giudice in materia di telefonia, la Corte di legittimità, chiamata a decidere se gli indennizzi amministrativi -previsti dalla delibera AGCOM n. 73 del 16.02.2011 nell'ambito del meccanismo di *alternative dispute resolution* di cui alla delibera 173/2007/CONS, artt. 14 e ss in esecuzione dell'art. 84 CCE- possano essere chiesti anche avanti al Giudice ordinario, ha chiarito che l'utente ha facoltà di richiedere tali indennizzi unicamente avanti all'AGCOM in sede di ADR e non anche al Giudice ordinario, al quale si può unicamente richiedere il risarcimento del danno contrattuale eventualmente derivato dai disservizi, assolvendo all'onere della prova sul punto previsto dagli artt. 1223 e ss. cc, spiegando che tali indennizzi amministrativi possono tuttavia, se ricorrono i

presupposti, costituire un valido parametro liquidatorio per la liquidazione equitativa del pregiudizio dimostrato. (la già citata Cass. civ. sez. 3 del 21.06.2017 n. 15349, in parte motiva).

Benchè l'appello vada accolto sul punto relativo alla procedibilità della domanda, essendosi l'improcedibilità limitata al periodo precedente l'esperienza della conciliazione davanti al Corecom, l'appello è comunque da respingere per tutti i profili di inammissibilità ed infondatezza rilevati in motivazione.

Alla sostanziale soccombenza di [REDACTED] per quanto sopra osservato in motivazione, consegue la condanna dell'appellante al pagamento delle spese processuali sostenute da [REDACTED] spa che, liquidate ex D.M. 55/2014 in relazione all'attività defensionale svolta e alla media difficoltà delle questioni trattate, tenuto conto dei parametri medi previsti per le cause di valore compreso tra € 5.201,00 ed euro 26.000,00 nonché dell'assenza della fase istruttoria, vengono quantificate in complessivi € 3.777,00 (di cui € 1.080,00 per la fase studio, € 877,00 per la fase introduttiva ed € 1.820,00 per la fase decisionale) oltre oneri e accessori di legge.

P.Q.M.

La Corte d'Appello, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da [REDACTED] S.p.a. nei confronti di [REDACTED] Spa avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 1767/2019, ogni diversa istanza, domanda ed eccezione disattesa, così provvede:

- In parziale accoglimento dell'appello proposto, dichiara procedibile la domanda attrice;
- Rigetta la domanda proposta da [REDACTED] spa;
- condanna [REDACTED] Spa al pagamento in favore della parte appellata delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 3.777,00, oltre 15 % per spese generali, I.V.A. qualora dovuta e C.P.A. come per legge,

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 25 ottobre 2021

Il Cons. rel.est.

Dott.ssa Isabella Ciriaco

il Presidente

Dott.ssa Irene Formaggia