

DELIBERA N. 49/13/CRL

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

■ PERDICHIZZI/TELETU ■

IL CORECOM LAZIO

NELLA Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 28.5.2013;

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";

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 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni" e successive modificazioni e integrazioni;

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

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1 gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995 n. 481" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento Indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 9 febbraio 2012, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/81/2012, con cui la sig.ra ■ Perdichizzi ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società TeleTu ■ (di seguito, per brevità, "TeleTu");

VISTA la nota del 7 marzo 2012 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota del 5 aprile 2012, con la quale l'istante ha presentato la memoria difensiva;

VISTA la nota del 6 aprile 2012 con la quale TeleTu ha presentato la memoria difensiva ed i documenti;

VISTA la nota del 13 aprile 2012, con la quale l'istante ha presentato la memoria di replica;

UDITE tutte le parti all'udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

a) L'utente ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- in data 20 ottobre 2011, l'istante, cliente Fastweb, accettava telefonicamente la proposta di un contratto con l'operatore TeleTu;
- contattata dall'operatore Fastweb che le offriva condizioni tariffarie più favorevoli, il giorno successivo comunicava al call center di TeleTu il suo ripensamento, contestualmente inviando una raccomandata a/r;
- ciononostante, TeleTu comunicava con sms la continuazione della procedura di migrazione;
- dopo numerosi reclami telefonici, il 2 novembre 2011 l'utente inviava una ulteriore lettera raccomandata, ma il 4 novembre il servizio telefonico veniva disattivato;
- dall'operatore Fastweb l'utente apprendeva che la linea era stata ceduta a TeleTu, che attivava il servizio solo il 6 dicembre 2011;
- con l'istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione nei confronti dell'operatore TeleTu e Fastweb, l'utente chiedeva la riattivazione della linea con Fastweb, la conferma dell'esercizio del diritto di ripensamento, l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo, l'indennizzo per la sospensione della linea, l'indennizzo per i disagi subiti, l'applicazione delle sanzioni previste per comportamento illecito nella migrazione, il rimborso dei costi;
- all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'istante chiedeva a TeleTu un indennizzo di Euro 600,00 e a Fastweb un indennizzo di Euro 250,00, oltre lo storno dell'insoluto. Fastweb proponeva lo storno dell'insoluto ed un indennizzo di Euro 100,00; TeleTu lo storno dell'insoluto ed un indennizzo di Euro 350,00. L'utente accettava la proposta di Fastweb, riservandosi di proseguire la controversia nei confronti di TeleTu;
- con l'istanza di definizione, l'utente chiedeva l'indennizzo ex Delibera 73/11/CONS per ritardo, attivazione di servizio richiesto ed annullato, rimborso costi pagati e non dovuti, rimborso costi per scarso spirito conciliativo, indennizzo per mancata risposta al reclamo, applicazione di sanzioni per comportamento scorretto, rimborso costi vari;
- con memoria del 5 aprile 2012, l'istante lamentava la ritardata migrazione per il periodo 4 novembre-6 dicembre 2011 e chiedeva un indennizzo di Euro 480,00, pari ad Euro 7,50 per due trattandosi di utenza business per 32 giorni di ritardo. Lamentava poi: a) la mancata risposta ai

reclami, a partire dal reclamo del 26 ottobre 2011, chiedendo un indennizzo di Euro 146,00; b) la mancata correttezza contrattuale e pratica contrattuale, chiedendo un indennizzo di Euro 150,00; c) la sospensione senza preavviso dei servizi per 4 giorni, chiedendo un indennizzo di Euro 60,00. Chiedeva infine il rimborso della fattura n. █ di Euro 23,87 perché non dovuta e i costi della procedura;

- con memoria del 6 aprile 2012, TeleTu eccepiva la carenza di idonea procura e nel merito precisava: a) il 12 ottobre 2011 l'utente aveva prestato il proprio consenso all'attivazione dei servizi TeleTu con migrazione da Fastweb; b) il 24 ottobre 2011 trascorsi i dieci giorni utili per il ripensamento, veniva avviata la procedura di migrazione e l'attivazione dei servizi veniva conclusa con successo il 7 novembre 2011; c) il 26 ottobre 2011, successivamente all'avvio della procedura, l'operatore riceveva la comunicazione del ripensamento. Avendo ricevuto tale comunicazione solo dopo l'avvio della migrazione, si rendeva necessario portare a termine la procedura per generare il codice di migrazione. Precisava poi che stante l'incompatibilità tra i servizi TeleTu e la borchia Fastweb, i servizi erano stati attivati solo il 16 novembre 2011 a seguito della rimozione della borchia;
- con memoria del 13 aprile 2012, l'utente, preso atto che il vocal order era del 12 e non del 20 ottobre 2011, ribadiva il corretto esercizio del diritto di recesso, manifestato con lettera raccomandata del 20 ottobre 2011, nel termine previsto dalla normativa. Contestava poi che il servizio fosse stato attivato il 16 novembre 2011, avendo il dott. Salemme contattato personalmente il call center a metà novembre 2011 al fine di segnalare la mancata attivazione della linea e ribadiva che i servizi erano stati attivati il 6 dicembre 2011, quindi 40 giorni dopo la data comunicata nel vocal order (15 giorni). Modificava infine la data di inizio dell'indennizzo dal 4 novembre al 27 ottobre 2011, in virtù della prova depositata da controparte;
- all'udienza di discussione le parti si riportavano ai propri scritti.

2. Motivi della decisione.

2.1. Osservazioni in rito.

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

L'eccezione preliminare dell'operatore di difetto di procura viene rigettata perché infondata.

La procura al dott. █ Salemme e all'avv. █ D'Agostinis risulta infatti implicitamente conferita con la sottoscrizione dell'istante della prima memoria. Procura poi espressamente confermata all'udienza di discussione.

Viene rigettata anche la domanda dell'utente di applicazione di sanzioni per comportamento scorretto nella migrazione, perché non di competenza dell'Autorità adita.

2.2. Nel merito.

2.2.a. Sulla ritardata attivazione dei servizi

L'istante lamenta l'attivazione dei servizi nonostante l'esercitato diritto di ripensamento ed il ritardo nell'attivazione rispetto ai tempi comunicati nel contratto stipulato telefonicamente.

L'operatore dichiara di aver avviato la procedura di migrazione decorso il tempo previsto per il ripensamento e di aver ricevuto la comunicazione di ripensamento dell'utente a procedura già avviata, rendendosi così necessario portarla a conclusione. Dichiara altresì che la procedura di migrazione si concluse con successo il 7 novembre 2011, ma che i servizi vennero attivati solo il 16 novembre 2011, a seguito della rimozione della borchia Fastweb, incompatibile con i servizi TeleTu.

Premesso che l'operatore ha prodotto la registrazione vocale del contratto del 12 ottobre 2011 e che è in atti la lettera raccomandata a/r di ripensamento inviata dall'utente in data 20 ottobre 2011 e ricevuta dall'operatore il 26 ottobre 2011, si osserva che, comunque, la tempestività o meno del diritto di recesso e le conseguenze della mancata lavorazione del ripensamento non rilevano in questa sede, avendo l'utente precisato, nella memoria, che la domanda di indennizzo si riferisce al ritardo nell'attivazione dei servizi. Deve pertanto ritenersi assorbita la domanda di indennizzo per l'attivazione di servizi richiesti e poi annullati (rectius: non richiesti), con la prima incompatibile.

Sotto questo profilo, la domanda dell'utente è fondata, per le seguenti ragioni.

In base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ed al principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, 3 luglio 2009 n. 15677 e, da ultimo, 20 gennaio 2010 n. 936), il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

Pertanto, nella fattispecie, a fronte del ritardo nell'attivazione dei servizi dedotto dall'utente, protrattosi sino al 6 dicembre 2011, spettava all'operatore provare di aver tempestivamente provveduto all'attivazione, nel rispetto dei termini contrattualmente convenuti, nonchè provare che l'inesatto adempimento è dipeso da causa a lui non imputabile, secondo il disposto dell'art. 1218 codice civile, ovvero da specifiche cause di esclusione della responsabilità previste dal contratto.

Nessuna di tali prove è stata fornita da TeleTu, che si è limitata a dichiarare che "stante l'incompatibilità tra i servizi TeleTu e la borchia Fastweb detti servizi sono stati attivati solo a decorrere dal 16 novembre 2011 a seguito della rimozione della borchia stessa", senza però provare in alcun modo il problema tecnico riscontrato e la data di effettiva attivazione dei servizi.

Si ritiene quindi sussista in capo all'operatore una responsabilità contrattuale per il ritardo di 40 giorni nell'attivazione dei servizi (fonia + ADSL), dal 27 ottobre al 6 dicembre 2011, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo per l'intera durata dell'inadempimento.

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2 e 3.3 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, si riconosce un importo complessivo di Euro 240,00.

L'operatore dovrà altresì rimborsare all'utente la fattura n. █ del 22 novembre 2011 di Euro 23,87 perché attinente a periodi di mancata fruizione dei servizi.

Non può invece essere accolta la domanda di liquidazione di indennizzo per la sospensione di quattro giorni, stante la genericità della domanda e la mancata indicazione del periodo della asserita sospensione, comunque ricompreso nel periodo di mancata/ritardata attivazione, già indennizzato, né la domanda di liquidazione di indennizzo per mancata correttezza contrattuale e pratica ingannevole, in quanto fattispecie non prevista dal Regolamento indennizzi, e non riconducibile per analogia alle fattispecie ivi disciplinate.

2.2.b. Sulla mancata risposta ai reclami.

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami, a far data dal primo reclamo del 20 ottobre 2011, ricevuto dall'operatore il 26 ottobre 2011.

Con riferimento a questa precisa comunicazione la domanda dell'utente non può trovare accoglimento, essendo la lettera in questione una mera comunicazione di ripensamento, e non un reclamo in senso tecnico.

Viceversa, rappresenta un vero e proprio reclamo inerente la mancata lavorazione del ripensamento la lettera raccomandata del 2 novembre 2011, in atti.

Anche con riferimento a questa comunicazione, la domanda dell'utente non può essere accolta, avendo l'utente depositato il successivo 9 novembre 2011 l'istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione.

La circostanza rileva per la configurazione della fattispecie, alla quale dunque non possono essere applicati i criteri ed i parametri indennizzatori previsti per la mancata risposta ai reclami, poiché in pendenza del termine contrattualmente previsto per la risposta, l'utente ha attivato la procedura conciliativa, la cui funzione economico sociale è proprio quella di creare un'occasione di confronto tra le posizioni dell'utente e dell'operatore superando quindi gli strumenti contrattualmente previsti tendenti allo stesso scopo.

3. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto *“del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”*.

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 150,00 a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

*** * ***

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dalla sig.ra █ Perdichizzi nei confronti dell'operatore TeleTu sia da accogliere;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 150,00, quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dalla sig.ra █ Perdichizzi in data 9 febbraio 2012.

La società TeleTu █ è pertanto tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

- a) Euro 240,00 a titolo di indennizzo per la ritardata attivazione dei servizi, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- b) Euro 23,87 a titolo di rimborso della fattura n. █ del 22 novembre 2011, oltre interessi legali a decorrere dalla data dell'avvenuto pagamento;
- c) Euro 150,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n.259.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* del Corecom Lazio.

Roma, 28 maggio 2013

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente Responsabile del Procedimento

Livio Sviben

Fto