

DELIBERA DL/82/16/CRL/UD del 13 settembre 2016

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
NDPLANET XXX / TELECOM ITALIA XXX
(LAZIO/D/567/2015)**

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 13 settembre 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 NDPLANET XXX presentata in data 2.7.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di TELECOM ITALIA XXX di seguito per brevità “TELECOM”:

- i. Di avere aderito, “*i primi di giugno 2014*”, ad un’offerta commerciale di Telecom per la migrazione dell’utenza business XXXXXX655 al costo bimestrale di euro 84,50 i.i.;
- ii. La migrazione veniva espletata solo il 6.8.2014, previa sospensione dei servizi per circa 20 giorni;
- iii. Durante la migrazione l’utente veniva contattato dal servizio commerciale Telecom che gli proponeva un upgrade gratuito del servizio adsl da 7 mega a 20 mega;

- iv. Ricevuta la prima fattura (8W00775430), l'utente si avvedeva dell'attivazione del profilo tariffario "Tutto fibra" diverso e più oneroso di quello sottoscritto; proponeva quindi reclamo al call center, che gli garantiva la regolarizzazione con il piano tariffario prescelto;
- v. Anche la successiva fattura (8W00919675) recava addebiti per il servizio non richiesto Tutto Fibra;
- vi. Con fax del 5.12.2014, ricevuto da Telecom in pari data, l'utente reclamava l'attivazione di un profilo tariffario non richiesto e chiedeva l'immediato ripristino del profilo sottoscritto ed il rimborso delle eccedenze pagate;
- vii. La successiva fattura 8W00130666 mostrava ancora l'addebito del servizio Tutto Fibra;
- viii. L'utente inviava quindi reclamo a mezzo p.e.c. del 3.3.2015, ribadendo la contestazione relativa all'attivazione di un profilo tariffario non richiesto e reclamando altresì l'illegittimo addebito della somma di euro 100,00 per "anticipo conversazione";
- ix. Perveniva quindi la fattura 8W00274907 recante ancora addebiti per il profilo Tutto Fibra. Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva la condanna di Telecom al pagamento dei seguenti indennizzi, calcolati ai sensi dell'Allegato A alla Delibera 73/11/CONS:
- Euro 1.080,00 per la ritardata attivazione dei servizi voce e adsl dal 1.7.2014 (30 giorni dalla sottoscrizione del contratto) al 6.8.2014 (data espletamento migrazione);
 - Indennizzo, non quantificato, per mancato rispetto degli oneri informativi;
 - Euro 300,00 per sospensione dei servizi voce e adsl per 20 giorni;
 - Euro 620,00 per la ritardata portabilità;
 - Euro 1.410,00 per attivazione di profilo tariffario non richiesto;
 - Euro 300,00 per mancata risposta ai reclami;
- oltre al rimborso dei canoni pagati in eccedenza per euro 207,15 e dell'anticipo conversazioni per ulteriori euro 100,00, ed al rimborso delle spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore Telecom.

Con memoria difensiva tempestivamente depositata, l'operatore ha dedotto di avere correttamente espletato in data 6.8.2014 la procedura di migrazione con rientro a seguito di OL ricevuto sul portale Pitagora il 26.7.2014, senza avere mai ricevuto dall'utente un reclamo relativo alla asserita sospensione della linea. Telecom associava all'utenza da migrare una linea RTG con linea Valore+ al costo bimestrale di euro 70,00, confermando all'utente l'attivazione del relativo abbonamento. Il 31.7.2014 "*viene emesso un secondo ordinativo per l'attivazione del servizio Tutto Senza Limiti 20 Mega al costo di euro 40,00 bimestrali*" che Telecom attiva dandone comunicazione all'utente. Il 4.9.2014 la linea viene trasformata in Fibra Tutto Compreso al costo bimestrale di euro 118,00, con ordinativo espletato il 15.9.2014 e contestuale comunicazione di attivazione all'utente. Le fatture emesse da Telecom, a partire dalla prima,

sono dunque conformi ai profili tariffari richiesti dall'utente. Telecom, inoltre, riscontrava il reclamo del 5.12.2014 con comunicazione scritta del 24.3.2015.

Telecom concludeva pertanto per il rigetto dell'istanza.

3. La replica dell'utente.

L'utente ha contestato quanto dedotto da Telecom, ribadendo che la migrazione era stata richiesta i primi di giugno 2014 ed espletata il 6.8.2014, previo isolamento della linea per circa 20 giorni. L'utente contestava di avere mai ricevuto le comunicazioni di Telecom di conferma dell'attivazione dei profili tariffari poi applicati e di avere mai rilasciato il consenso all'attivazione di un profilo tariffario diverso da quello sottoscritto Valore+, ammettendo solo di essere stato raggirato dall'operatore del call center che gli aveva promesso la gratuità dell'upgrade proposto. Contestava di avere ricevuto la risposta al reclamo del 5.12.2014, ritenuta comunque non esaustiva; ribadiva di non avere ricevuto risposta né ai reclami precedenti, né a quello del 3.3.2015. Ribadiva, infine, che nonostante le numerose richieste il servizio Tutto Fibra non era stato disattivato .

L'utente insisteva pertanto nelle proprie richieste.

4. 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.

4.1 Sulla ritardata migrazione con rientro della numerazione e sulla sospensione dei servizi durante la migrazione.

L'utente ha dedotto di avere aderito, nel mese di giugno 2014, ad un'offerta commerciale di Telecom, che prevedeva la migrazione della numerazione.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il 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, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale 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, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'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 o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex

art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Orbene, la domanda dell'utente di pagamento di un indennizzo per la ritardata migrazione e per la sospensione dei servizi durante la migrazione non può essere accolta per carenze di prove sul punto.

L'utente infatti non solo non deduce la data esatta di adesione all'offerta di Telecom, necessaria al fine di valutare se ritardo vi sia stato, ma non indica neppure quale procedura abbia seguito per chiedere il rientro della numerazione, se si sia rivolto direttamente a Telecom o se abbia chiesto la cessazione con rientro all'operatore donating di cui, peraltro, non indica neppure la denominazione.

Sulla dedotta sospensione, l'utente non indica il periodo esatto, omissione che pure impedisce di verificare se il malfunzionamento si sia verificato quando l'utenza era ancora gestita dal precedente operatore, rimasto ignoto, o se invece si sia verificata quando l'utenza era già rientrata in Telecom; né l'utente deduce ed indica la proposizione di un reclamo che possa avere reso edotto l'operatore e che lo abbia messo in mora.

L'onere probatorio minimo gravante sull'utente, di fornire la prova della fonte del suo diritto non può pertanto ritenersi rispettato, con conseguente rigetto delle domande proposte dall'utente.

4.2 Sull'attivazione di un profilo tariffario diverso da quello sottoscritto. Sull'addebito di somme per "anticipo conversazione".

E' pacifica tra le parti la sottoscrizione iniziale del profilo tariffario Linea Valore+, al costo di euro 84,50 i.i. bimestrali.

L'utente ha contestato di avere mai chiesto alcuna variazione del predetto profilo tariffario, così come di avere mai ricevuto le comunicazioni di Telecom di attivazione dei nuovi profili diversi da quello sottoscritto. L'utente, inoltre, ha dedotto e provato di avere reclamato l'addebito di un profilo tariffario diverso e di avere chiesto il rimborso delle somme pagate in eccedenza.

Telecom, di contro, ha dedotto senza tuttavia fornire la relativa prova, che le variazioni al profilo tariffario inizialmente sottoscritto sono state tutte richieste dall'utente e, a riprova dell'assunto, deposita copia delle comunicazioni di conferma asseritamente inviate e la cui ricezione l'utente ha contestato.

Il solo invio e financo la ricezione, seppure contestata, della lettera di conferma di attivazione di un servizio o profilo tariffario non possono giammai costituire prova della richiesta di attivazione del servizio o del profilo tariffario, essendo invece a tal fine necessario che l'operatore telefonico fornisca la prova del consenso prestato dall'utente, che non può essere espresso tacitamente.

La domanda dell'utente di rimborso delle somme pagate in eccedenza rispetto al profilo Valore+ sottoscritto, così come quella di pagamento di un indennizzo ai sensi dell'art. 8, comma 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS devono pertanto essere accolte.

Si dispone pertanto il rimborso della somma di euro 207,15 a valere sulle fatture nn. 8W00775430, 8W00919675, 8W00130666 e 8W00274907.

Si liquida altresì, in favore dell'utente, l'indennizzo previsto dall'art. 8, comma 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS quantificato in euro 214,00 per il periodo dal 15.9.2014 (si veda il conto 6/2014, attivazione Tuttofibra in data 15.9.2014) al 7.4.2015 (si veda l'ultimo conto depositato dall'utente, n. 3/2015 del 7.4.2015) di attivazione del profilo tariffario "Tuttofibra" non richiesto.

Anche la domanda di rimborso della somma di euro 100,00 deve essere accolta.

L'art. 16 delle C.G.C. allegate alla comunicazione del 7.8.2014 di avvenuta attivazione del contratto Linea Valore+ prevede che *"Al momento della richiesta di attivazione dell'abbonamento, il Cliente può richiedere la domiciliazione delle fatture su un proprio conto corrente, postale o bancario, o su una propria carta di credito, ovvero concordare con Telecom Italia la prestazione di altri idonei mezzi di garanzia. In mancanza, è tenuto a versare in anticipo, a richiesta di Telecom Italia, una somma corrispondente al presumibile ammontare delle conversazioni che effettuerà in un bimestre"*.

Orbene, è la stessa Telecom che, nel confermare all'utente l'attivazione del contratto Linea Valore+, indica la scelta effettuata dall'utente di volersi avvalere del servizio di domiciliazione delle fatture, mediante addebito sul conto corrente bancario o postale: scelta che, di per sé, ai sensi della normativa contrattuale richiamata, esclude la necessità e la possibilità di addebitare somme a titolo di anticipo conversazione.

Si dispone pertanto il rimborso della somma di euro 100,00 in favore dell'utente.

4.3. Sulla mancata risposta ai reclami.

L'utente, infine, ha lamentato di non avere mai ricevuto risposta ai reclami inoltrati, nonché la non esaustività della risposta asseritamente fornita da Telecom il 24.3.2015 (di cui ha comunque contestato la ricezione) a fronte del reclamo del 5.12.2014.

Rileva, in proposito, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto (30 giorni ex art. 6 Carta Servizi Telecom) e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Sussistendo contestazione in merito alla ricezione dell'unica risposta asseritamente inviata da Telecom il 24.3.2015, deve riconoscersi all'utente l'indennizzo previsto dall'art. 11 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, calcolato dal 5.12.2014 (prima data utile ai fini del calcolo indicata dall'utente) al 24.6.2015 (data dell'udienza per il tentativo di conciliazione), detratto il termine di 30 giorni per la risposta, per complessivi Euro 171,00.

5. Sulle spese di procedura.

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 50,00 (cinquanta/00) da porsi a carico di Telecom, considerate le difese svolte ed il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di NDPLANET XXX nei confronti della società TELECOM ITALIA XXX.
2. La società TELECOM ITALIA XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - i. 214,00= (duecento quattordici/00=) a titolo di indennizzo ex art. 8, comma 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
 - ii. euro 171,00= (centosettantuno/00=) a titolo di indennizzo ex art. 11 allegato A alla Delibera 73/11/CONS.
3. La società TELECOM ITALIA XXX è inoltre tenuta a disporre il rimborso della somma di euro 207,15 a valere sulle fatture nn. 8W00775430, 8W00919675, 8W00130666 e 8W00274907, oltre al rimborso della somma di euro 100,00 a valere sulla fattura n. 8W00130666.
4. La società TELECOM ITALIA XXX è, altresì, tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. 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, 13 settembre 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto