

Co.Re.Com. Cal./FG

DELIBERAZIONE N.104

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - CARELLI XXXXX c /TELECOM ITALIA XXX

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 15/05/2014 , svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Mangano	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

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'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

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";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, " Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com." e ss.mm. e ii.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: " Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e ss.mm. e ii.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "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;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 25 novembre 2013, rubricata al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 50144, con cui il sig. Carelli XXXXXX ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con Telecom Italia XXX ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons. e ss. mm. e ii.;

la nota del 6 dicembre 2013, prot. n. 51525, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il ricorrente ha dichiarato quanto segue:

l'8 marzo 2013, in seguito alla proposta di abbonamento Fastweb, ha richiesto la migrazione della linea XXXXXX (voce e adsl) dal gestore Telecom;

il 17 giugno, Fastweb ha proposto un'offerta "personalizzata", ossia l'attivazione promo Super Fast ad € 25 al mese, per un anno, con un bonus di € 60 sull'attivazione, lo sconto del 50 % sull'offerta allo scadere dell'anno per gli invalidi civili ed un'agevolazione- iva al 4% a partire dalla prima fattura;

il 10 ottobre, Fastweb ha reso noto, a mezzo e-mail, che Telecom ha negato la portabilità per due volte;

l'11 ottobre, a seguito di reclamo, Telecom ha comunicato che la linea de qua era attiva con impianto Alice Casa fi (telefonia con tecnologia Voip) ed il passaggio verso altri gestori sarebbe potuto avvenire esclusivamente con la conversione in RTG, a pagamento (condizione contrattuale sconosciuta dall'istante);

il 22 novembre, al fine di poter fruire dell'offerta "personalizzata", ha accettato di attivare una nuova linea telefonica (XXXXXXX). Ciò ha causato un disagio notevole, considerato che la linea XXXXXX è in suo possesso da più di 20 anni e la stessa veniva utilizzata per i contatti con i vari centri ospedalieri dove è in cura (l'istante è attaccato ad un respiratore C-Pap).

Per i suesposti motivi, il 29 ottobre 2013, l'istante ha promosso presso questo Co.Re.Com., procedimento di conciliazione nei confronti di Telecom Italia, conclusosi con un verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti.

Con istanza introduttiva del presente contenzioso, l'istante, ribadendo le proprie doglianze, ha richiesto il rimborso di tutte le somme pagate in più tra le bollette Telecom e l'offerta Fastweb da marzo 2013 sino all'emissione della prima fattura Fastweb; il rimborso della quota Iva pagata in più da marzo 2013 sino all'emissione della prima fattura Fastweb; l'indennizzo per la perdita del numero telefonico in possesso da più di 20 anni; il rimborso delle spese sostenute per partecipare alle udienze di conciliazione del 18 del 21 novembre 2013; il risarcimento danni.

Con Determina del 20 novembre 2013 (in seguito ad istanza GU5), si è ordinato a Telecom ed a Fastweb di mettere in atto le procedure tecniche, amministrative, gestionali per garantire l'attivazione con n.p.

In seguito alla nota di avvio del procedimento, con memorie del 17 dicembre 2013, Telecom ha rappresentato quanto segue:

L'istante è stato più volte informato che per migrare la linea verso l'altro OLO, era indispensabile la trasformazione della linea da "Alice Casa" in RTG, con costi di attivazione di € 96,80 a carico del richiedente, ed il cliente ha sempre rifiutato la trasformazione da Alice Casa in RTG., per non sostenere i costi dovuti;

è stato rimesso l'ordine di "conversione inversa" (il passaggio in RTG è avvenuto a titolo gratuito).

Con nota del 13 gennaio 2013, l'istante ha comunicato che Telecom non ha ottemperato alla Determina del 20 novembre 2011.

Con nota del 14 gennaio 2013, Telecom ha confermato l'espletamento della "conversione inversa", cosicché Fastweb ha potuto procedere all'acquisizione della linea sui propri circuiti.

Con nota del 25 febbraio 2014, l'odierno ricorrente chiariva di aver ricevuto, nonostante avanzate diffide nei confronti di Telecom, fattura n. XXXXX del 14 dicembre 2013., da cui si evincono varie voci di debito, per un importo pari ad € 151,50.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

In via preliminare, è opportuno rilevare che il ricorrente ha avanzato nella presente procedura domande assolutamente nuove, che non sono state oggetto del precedente tentativo di conciliazione.

Nello specifico, con la domanda del precedente tentativo, l'istante ha richiesto gli indennizzi per pratica commerciale scorretta e mancata migrazione con n.p. verso OLO. Invece nella presente procedura, il ricorrente ha richiesto, altresì: 1) il rimborso di tutte le somme pagate in più tra le bollette Telecom e l'offerta Fastweb da marzo 2013 sino all'emissione della prima fattura Fastweb; 2) il rimborso della quota Iva pagata in più da marzo 2013 sino all'emissione della prima fattura Fastweb; 3) l'indennizzo per la perdita del numero telefonico in possesso da più di 20 anni; 4) il rimborso delle spese sostenute per partecipare alle udienze di conciliazione del 18 del 21 novembre 2013; 5) il risarcimento danni.

L'ampliamento dell'esame alle nuove questioni comporta l'elusione del principio di obbligatorietà della fase conciliativa, pertanto le richieste de quibus devono essere dichiarate inammissibili (cfr. DELIBERA N. 17/10/CRL).

E' opportuno, ancora, rilevare che il 23 ottobre 2013 il sig. Carelli ha, anche, presentato istanza (avente quale oggetto la mancata migrazione), nei confronti di Fastweb ed all'udienza del 18 novembre ha ottenuto dal gestore, per la presente controversia, € 1.000,00 (mille/00).

Appare, inoltre, utile dar conto del comportamento tenuto dalle parti nelle due fasi procedimentali e, dunque, evidenziare che il gestore convenuto ha aderito al tentativo di conciliazione.

Ciò premesso, si rileva che la domanda di risarcimento del danno formulata dall'istante esula dalla competenza di questo Co.Re.Com., chiamato solo a verificare la sussistenza del fatto obiettivo, per il riconoscimento di un congruo indennizzo, come previsto espressamente dall'articolo 19, comma 4, della delibera 173/07/CONS. Tuttavia, resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno.

Per quanto sopra evidenziato, ne consegue che la domanda di risarcimento danni, avanzata dal ricorrente, deve intendersi come domanda di condanna di Telecom al pagamento di un indennizzo, quale conseguenza delle contestazioni oggetto del presente procedimento.

L'udienza di discussione per il presente ricorso non si è tenuta, in quanto non è stata richiesta espressamente dalle parti e non è stata ritenuta necessaria ai fini dell'odierna decisione.

2 Riguardo al merito.

Posta l'inammissibilità delle domande nuove, non oggetto del precedente tentativo di conciliazione, ed al fine di delimitare l'ambito del petitum, occorre precisare che la domanda relativa all'odierna controversia verte sostanzialmente sulla scorretta pratica commerciale e la ritardata migrazione con n.p. della numerazione XXXXXXX.

2.1 Con riferimento alla pratica commerciale scorretta ed alla ritardata migrazione

L'odierno ricorrente ha dedotto di aver richiesto la migrazione della linea de qua dal gestore Telecom a seguito della proposta di abbonamento Fastweb dell'8 marzo 2013, e che il 10 ottobre Fastweb lo ha informato del blocco della migrazione (per due volte) da parte del gestore donating.

A tal proposito, Telecom ha argomentato la non sussistenza di alcuna forma di responsabilità in capo alla stessa, in quanto la ritardata migrazione è da attribuirsi esclusivamente al fatto che per migrare la linea verso l'altro OLO, era indispensabile la trasformazione della linea da "Alice Casa" in RTG, con costi di attivazione a carico del

richiedente medesimo e di ciò il cliente è sempre stato reso edotto, sia al momento dell'attivazione di Alice casa, sia a seguito dei riscontri ai reclami dello stesso.

Di converso, il ricorrente ha dichiarato di non aver mai avuto contezza di tale condizione.

A fronte della contestazione dell'istante, circa la valida conclusione di un contratto di telefonia, è onere probatorio dell'operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione del contratto, assolvibile esclusivamente con la prova dell'invio della documentazione contrattuale al domicilio del ricorrente.

La fattispecie rientra nell'ambito disciplinare dei c.d. "contratti a distanza" di cui all'art. 50 e segg. del Codice del Consumo, disciplina ripresa e dettagliata dalla Delibera n. 664/06/CONS con riferimento ai contratti per la somministrazione di servizi di comunicazione elettronica, conclusi con tale tecnica di comunicazione.

In particolare, si tratta di accertare, attesa la contestazione del ricorrente, se la dinamica di prospettazione dell'offerta, acquisizione del consenso ed assolvimento degli obblighi informativi conseguenti, abbia integrato i requisiti posti dalla normativa succitata a tutela del contraente debole, in quanto il professionista è onerato da una serie puntuale di obblighi informativi e documentali (artt. 52 e 53 del Codice del Consumo) ed il consumatore ha la possibilità di esercitare il diritto di recesso, senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo in un termine stabilito (art.64). Tali regole di protezione tengono conto della peculiarità dello strumento negoziale in esame che si caratterizza per la carenza della presenza fisica simultanea delle parti contraenti, cui corrisponde un'accentuazione della posizione di debolezza del consumatore, rispetto alla controparte, specialmente per quel che concerne il profilo informativo, in quanto la "distanza" lo mette nell'impossibilità di prendere visione di quanto gli viene offerto sul piano delle caratteristiche del servizio e del suo costo. Di qui gli adempimenti specifici posti dal legislatore a carico del professionista, ovvero le informazioni relative al negozio stipulando, da fornire "prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza" (art.52); l'obbligo di inviare conferma per iscritto, o su altro supporto duraturo, di tutte le informazioni rese ai sensi dell'art. 52 "prima od al momento dell'esecuzione del contratto" (art.53); il diritto del consumatore di recedere senza penalità e senza obbligo di motivazione entro dieci giorni lavorativi, decorrenti dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi informativi di cui all'art. 52 "qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto..."(art.64, co.1 e 65, co.2, lett.b). La violazione del dovere di consegna del documento informativo di cui all'art. 53, comporta l'ampliamento del termine concesso al consumatore per l'esercizio del recesso che, per i contratti a distanza, è "di 90 giorni e decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto". (art.65, co.3).

Sulla scorta della normativa generale, la delibera Agcom n. 664/06/CONS ha imposto vincoli ancora più stringenti alla condotta dell'operatore di telecomunicazioni, disponendo "che la volontà inequivoca del titolare dell'utenza telefonica di concludere il contratto deve risultare da un modulo ovvero altro documento contrattuale, anche elettronico, recante la data e l'ora dell'avvenuto accordo e la relativa sottoscrizione del titolare dell'utenza. Se è stata utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento degli obblighi informativi di cui ai commi 1, 2, 3, 4 ed il consenso informato del titolare dell'utenza telefonica possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, previo consenso dell'interessato alla registrazione". Il successivo articolo 6 del regolamento prevede che "prima o al più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto di fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica concluso a distanza, il titolare dell'utenza telefonica deve ricevere un apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni elencate al comma 1 dell'articolo 53 codice del consumo. Con il medesimo modulo, l'operatore comunica al titolare dell'utenza telefonica che, ove ritenga che il servizio non sia stato da lui richiesto, può proporre opposizione a mezzo fax o posta elettronica, ai recapiti indicati nella stessa informativa, ferma restando la sua facoltà di opporsi in ogni tempo e con qualsiasi mezzo ad una fornitura non richiesta".

Le norme del codice del consumo e della delibera Agcom n. 664/06/CONS, rilevano sotto due distinti profili: innanzitutto, il piano puramente contrattuale dove le conseguenze derivanti dal mancato assolvimento degli obblighi informativi da parte del gestore si ripercuotono all'interno del rapporto stesso con l'ampliamento dei termini per l'esercizio del recesso da 10 a 90 giorni; di conseguenza, l'operatore che attivi il servizio prima (o in assenza) di conferma del contratto per iscritto, deve garantire all'utente la facoltà di recedere in un termine più ampio ma con analoghi effetti ex tunc previsti dall'originario diritto di ripensamento. Restano ferme le misure sanzionatorie cui l'operatore può andare incontro per il mancato assolvimento dei succitati oneri informativi.

Quando invece si transita dal piano contrattuale a quello contenzioso, mediante attivazione del procedimento ex delibera Agcom n. 173/07/CONS, con il quale l'utente contesta la valida conclusione di un contratto scatta a carico del gestore uno specifico onere probatorio sull'esistenza del contratto, assolvibile esclusivamente con la prova dell'invio della documentazione contrattuale al domicilio dell'utente.

A tal proposito, Telecom produce la "Welcome letter" del 20 aprile 2009, di conferma dell'attivazione di Alice casa, con cui Telecom ha inviato al cliente anche le condizioni generali di abbonamento, dalle quali si evince che il cliente che desidera una linea RTG deve fare richiesta al gestore e deve corrispondere il contributo per l'attivazione stessa (art. 23, commi 1-2, "Trasformazioni inverse").

Tuttavia, Telecom non ha dato prova dell'invio della documentazione al cliente, dalla quale il ricorrente avrebbe potuto evincere che il passaggio in RTG era a pagamento.

Ad ogni buon conto, l'istante ha, sino alla richiesta di passaggio in Fastweb, usufruito dei servizi Telecom derivanti dal contratto de qua senza subire alcun disagio. Ne consegue che deve ritenersi non validamente concluso il contratto tra l'istante e l'operatore solo nella parte in cui viene specificato che il cliente che desidera una linea RTG deve fare richiesta al gestore e deve corrispondere il contributo per l'attivazione stessa. Il passaggio da Alice casa RTG deve, dunque, avvenire gratuitamente.

A riguardo, si osserva che Telecom ha rimesso l'ordine di conversione (il passaggio in RTG è avvenuto a titolo gratuito).

Per di più, il 4 marzo 2014, Telecom ha reso noto che è stata emessa nei confronti dell'odierno ricorrente una nota di credito pari ad € 151,50, sgravandolo dai costi di chiusura del contratto e, dunque, anche dai costi di disattivazione.

Ne consegue che è rigettata la richiesta di indennizzo per pratica commerciale scorretta del gestore. (cfr. DELIBERA N. 63/12/CRL).

Anche la domanda relativa all'indennizzo per ritardata migrazione è rigettata, rilevato che Fastweb ha comunicato al ricorrente il blocco posto da Telecom alla migrazione il 10 ottobre, ossia 7 mesi dopo rispetto la data della richiesta di migrazione (8 marzo), ritardando così la procedura de qua. Tant'è che l'istante ha ottenuto da Fastweb per ritardata migrazione € 1.000,00 (mille/00).

3 Con riferimento alle spese di procedura

Per quanto sopra precisato, si ritiene non accoglibile la richiesta di rimborso delle spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

- 1) L'inammissibilità delle domande nuove, rispetto a quelle che sono state oggetto del precedente tentativo di conciliazione;
- 2) Il rigetto, per quanto in parte motiva, dell'istanza presentata dall'odierno ricorrente. Nulla in ordine alle spese.
- 3) E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/CONS.;
- 4) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259";
- 5) La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 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' art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

I Componenti

F.to Prof. Carmelo Carabetta

F.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

F.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

F.to Avv. Rosario Carnevale