

DELIBERA DL/066/18/CRL/UD del 26 giugno 2018
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
RIVERUZZI F. / TELECOM ITALIA XXX
(LAZIO/D/500/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 26 giugno 2018;

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 F. Riveruzzi presentata in data 28.06.2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

L'istante, in relazione all'utenza fissa XXXXX3571, ha lamentato - nei confronti di Telecom Italia XXX di seguito per brevità "Telecom" - il ritardo nell'attivazione dei servizi, l'applicazione di servizi non richiesti per mancata lavorazione del recesso, nonché la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- a. nel mese di aprile 2015 aveva aderito ad un'offerta telefonica di Telecom denominata "TIM Smart" che comprendeva la linea voce, dati e una SIM, specificando nel corso della telefonata di non volere né il modem né il telefono in comodato d'uso;
- b. la linea veniva installata dopo più di un mese, ma non aveva mai funzionato, tanto che il 27.5.2015 aveva inviato una raccomandata di disdetta del contratto, anticipata via fax unitamente al documento di identità;
- c. nonostante il recesso, il gestore aveva continuato ad emettere fatture per servizi non più richiesti;

- d. provvedeva pertanto ad inviare con fax del 28.7.2015 la cartolina dell'avvenuta ricezione del recesso e chiedeva il rimborso delle somme non dovute; il gestore continuava ad emettere fatture fino al mese di gennaio 2016, in cui veniva effettuata la migrazione verso Wind, pur avendo ricevuto un'ulteriore raccomandata del 26.10.2015.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto alla Telecom:

- lo storno degli insoluti;
- indennizzi per ritardata attivazione del servizio come da All. A Delibera 73/11/CONS;
- indennizzi per mancata risposta ai reclami come da All. A Delibera 73/11/CONS;
- indennizzi per servizi non richiesti come da All. A Delibera 73/11/CONS.

Si rileva che l'utente ha tardivamente depositato la propria memoria difensiva, pervenuta a mezzo p.e.c. il 9.9.2016 alle ore 14.08, dunque oltre le ore 14.00 del medesimo giorno di scadenza indicato, a pena di irricevibilità, dal Corecom Lazio nella propria nota di avvio del procedimento del 4.7.2016.

La predetta memoria ed i documenti ivi allegati devono pertanto essere dichiarati irricevibili e di essi non deve tenersi conto ai fini della decisione della presente controversia.

2. La posizione dell'operatore Telecom.

Telecom, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva nella quale ha richiesto il rigetto delle domande precisando quanto segue:

- il 3.4.2015 emetteva un ordine di nuova attivazione per il numero XXXXX3089 e quindi di un'utenza differente da quella oggetto del presente procedimento, provvedendo altresì il successivo 6 aprile ad inviare una welcom letter con cui veniva indicata quale data prevista per l'attivazione, il 14.4.2015;
- l'8.5.2015 veniva emesso un nuovo ed ulteriore OL di attivazione a cui veniva assegnato il numero de quo (XXXXX3571), con contestuale fissazione dell'appuntamento per il 25.5.2015;
- il successivo 27 maggio riceveva un fax di richiesta di recesso che tuttavia non veniva lavorata poiché priva dell'allegazione di apposito documento di identità e quindi non conforme all'obbligo stabilito dall'art. 11 dalle condizioni generali di contratto, pertanto si procedeva alla regolare attivazione della linea e del relativo profilo tariffario pattuito (TIM Smart);
- tutte le ulteriori segnalazioni dell'utente venivano ritenute non fondate e respinte, non potendo procedere ad alcuna interruzione del rapporto contrattuale attesa la mancanza del documento, come tra l'altro dichiarato dall'istante nella propria comunicazione del 26.10.2015;
- l'utente ottemperava all'obbligo contrattuale solo in data 18.11.2016, tramite invio del documento di identità;
- non risultando all'interno del portale condiviso "Pitagora" alcuna richiesta di migrazione verso Wind e quindi di OL di portabilità immessa dall'OLO non si poteva addebitare al gestore alcuna fornitura di servizi non richiesti.

Concludeva nel ritenere la sua condotta diligente e rispettosa degli obblighi contrattuali, atteso che la mancata lavorazione del recesso era dipesa dall'inadempimento dell'utente, con conseguente emissione di bollette per il servizio legittimamente prestato. Rilevava da ultimo che l'utente aveva un insoluto pari a € 431,69.

3. La replica dell'utente

Con memoria di replica del 19.9.2016 (13:39), l'istante ha contestato le affermazioni del gestore rilevando quanto segue:

- aveva accettato una proposta telefonica per una nuova utenza e pertanto Telecom aveva deciso inizialmente di assegnargli il numero di telefono XXXXX3089, peraltro mai attivato, e successivamente un nuovo numero (XXXXX3571), che veniva attivato, come riportato nella memoria del gestore, solo in data 26.5.2015;
- il servizio non aveva mai funzionato e quindi aveva effettuato il recesso dal contratto il 27.5.2015, inviando a tal fine anche il proprio documento di identità. Tuttavia tale recesso non era stato mai recepito dal gestore che aveva continuato ad emettere le fatture, tra l'altro contenenti anche gli importi per il noleggio del modem, esplicitamente rifiutato in sede di accettazione della proposta contrattuale e mai ricevuto; e comunque nessuna somma era dovuta, stante la mancata fruizione del servizio;
- il recesso era stato effettuato nei termini previsti dall'art. 52 del Codice del consumo, atteso che l'istante non aveva mai ricevuto la conferma scritta del contratto stipulato telefonicamente, né le informazioni di cui all'art. 49 del medesimo Codice sul diritto di recesso, il cui termine si estendeva quindi ai 12 mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale;
- quanto alle affermazioni di Telecom di aver fornito un riscontro all'istante il 26.10.2015 sulla segnalazione del 27.5.2015, nella stessa comunicazione del gestore veniva affermato di aver riscontrato il reclamo del 21.10.2015 e non quello del 27.5.2015; pertanto Telecom non aveva mai preso in lavorazione il recesso tanto che aveva continuato ad inviare comunicazioni nelle quali si insisteva nel richiedere copia del documento, fino a giungere al preavviso di risoluzione contrattuale del 9.12.2015;
- anche ammesso che quella del 26.10.2015 sia stata una risposta al recesso del 27.5.2015, il riscontro fornito è stato tradivo e comunque se fossero state necessarie delle integrazioni documentali il gestore avrebbe dovuto fornire una risposta tempestiva e non dopo 5 mesi;
- la mancata lavorazione del recesso si era di fatto tradotta in un servizio non richiesto e quindi indennizzabile ai sensi dell'art. 8 della delibera 73/11/CONS.

Osservava infine che erano stati inviati al gestore diversi reclami, anche tramite fax e raccomandate, ai quali il gestore non aveva mai dato riscontro in modo preciso e puntuale, tanto che aveva continuato ad emettere le fatture.

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.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

4.1 Sul ritardo nell'attivazione dei servizi.

L'utente lamenta il ritardo nell'attivazione dei servizi in relazione ad un offerta sottoscritta nel mese di aprile 2015.

Al riguardo, 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.

Nel merito si osserva che, in base alla direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, delibera Agcom n.179/03/CSP, e secondo il consolidato orientamento dell'Agcom, gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale. Pertanto, ove l'utente lamenti il ritardo relativamente alla richiesta di attivazione dei servizi rispetto alle tempistiche stabilite nelle condizioni generali di contratto o con lo specifico accordo delle parti, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di dogliananza sono stati determinati da circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa dell'operatore.

In questi casi, peraltro, il gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione e deve essere messo in grado di comprendere quanto accaduto. Allo stesso modo, l'operatore deve anche dimostrare di essersi diligentemente attivato per rimuovere eventuali ostacoli amministrativi e/o tecnici incontrati; in caso contrario l'utente ha diritto ad un indennizzo.

Spetta dunque all'operatore provare di aver posto in essere tutte le attività necessarie per dare seguito all'attivazione del servizio richiesto nei tempi contrattualmente convenuti, o di provare che l'impossibilità della prestazione è stata determinata da circostanze o da problematiche tecniche o da difficoltà ad esso non imputabili.

Nel caso in esame, l'utente non ha assolto al proprio onere probatorio, di cui alla richiamata giurisprudenza, di depositare il contratto sottoscritto con Telecom atto a dimostrare un rapporto pattizio tra le parti. Tuttavia pur in assenza della prova del titolo fondante la propria pretesa, la circostanza è ammessa dal gestore e quindi può ritenersi pacifica.

Quanto all'inadempimento contestato, il gestore non ha provato la causa esimente della propria responsabilità nel ritardo nell'attivazione avvenuta solo in data 25.5.2015, né di aver informato l'utente dei motivi di tale ritardo. Ed infatti la documentazione depositata da Telecom, welcome letter di attivazione della linea XXXXX3089 prevista per il 14.4.2015 e schermata di sistema con un nuovo OL dell'8.5.2015 per una diversa linea (XXXXX3571), non prova gli eventuali ostacoli amministrativi e/o tecnici incontrati dal gestore ed a lui non imputabili, che avrebbero eventualmente determinato la necessità di assegnare/attivare con un primo OL la predetta utenza XXXXX3089 (tuttavia mai attivata) e poi l'utenza de qua, e che lo avrebbero quindi potuto esonerare dal rispetto dei termini contrattuali previsti per la configurazione dell'utenza richiesta.

Deve pertanto riconoscersi all'utente un indennizzo per il ritardo nell'attivazione dei servizi voce e adsl afferenti la linea (XXXXX3571).

Per quanto riguarda la durata del periodo indennizzabile, considerato che l'istante non ha prodotto la documentazione attestante la data di stipula del contratto né il gestore ha sanato tale lacuna probatoria, si prende a riferimento quale dies a quo il primo ordine di attivazione del

3.4.2015, dedotto dal gestore, e quale dies ad quem la data di attivazione del 25.5.2015 risultante dalla schermata di sistema acquisita in atti, a cui va detratto il tempo massimo contrattualmente previsto per l'operazione di attivazione del servizio, con conseguente diritto dell'utente, alla liquidazione, ai sensi dell'art. 3, comma 1 dell'Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, di una somma pari a € 630,00.

4.2 Sulla mancata lavorazione del recesso.

L'istante lamenta la mancata lavorazione del recesso per ripensamento, chiedendo lo storno delle somme non dovute, nonché un indennizzo per servizi non richiesti ex art. 8 Del. 73/11/CONS.

Attesa la controversia, va rilevato che il contratto de quo rientra nell'ambito dei c.d. "contratti a distanza" di cui all'art.49 e segg. del Codice del Consumo, così come novellato dal D.lgs. n. 21/2014, entrato in vigore il 13.6.2014. In particolare, per tale tipologia di contratti, il professionista è onerato da una serie puntuale di obblighi informativi e documentali (artt. 49 e 51 del Codice del Consumo) ed il consumatore ha la possibilità di esercitare il diritto di recesso senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo entro un termine stabilito (art. 52), che varia a seconda che il suo dante causa abbia rispettato o meno i prescritti obblighi.

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 soprattutto 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. 49); l'obbligo di inviare su un mezzo durevole tutte le informazioni rese ai sensi dell'Art. 49 "*prima o al momento dell'esecuzione del contratto*" (art. 51) e specificatamente dell'informativa sulle condizioni e i termini per il diritto di recesso; il diritto del consumatore di recedere senza penalità e senza obbligo di motivazione entro quattordici giorni lavorativi, "*decorrenti dal giorno della conclusione del contratto*" se il professionista ha adempiuto agli obblighi informativi di cui all'art. 49, comma 1. lett h, ovvero, in difetto di tale informativa, "*entro dodici mesi dopo la fine del periodo iniziale di recesso*" (14 giorni) oppure, se il professionista fornisce le informazioni entro dodici mesi da tale periodo iniziale, "*entro quattordici giorni dal giorno in cui il consumatore riceve le informazioni*" (art. 52, co.1 e 2 e Art. 53, co. 1 e 2).

Specificatamente il professionista ai sensi dell'art. 51 cit. deve confermare il contratto concluso telefonicamente su un mezzo durevole fornendo un serie di informazioni (caratteristiche essenziali del servizio, prezzo, esistenza del diritto di recesso, durata e validità dell'offerta e del prezzo ecc.)

Delineato il quadro normativo applicabile al caso in esame, va rilevato che l'asserita manifestazione di voler interrompere il rapporto contrattuale per ripensamento non è comprovata da alcuna comunicazione di disdetta recapitata al gestore. La circostanza è tuttavia ammessa da Telecom, che ha depositato il modulo di recesso ex art. 49, comma 1, lett. h del Codice del consumo, trasmesso con fax del 27.5.2015, come risulta dal "rapporto risultato comunicazione" riportato nel documento stesso. Ebbene da tale rapporto si evince altresì la trasmissione di una sola pagina, e quindi del solo modulo di recesso, escludendo pertanto l'invio all'epoca del documento di identità dell'istante.

Per inciso, va altresì rilevato che il diritto di ripensamento esercitato dall'utente soddisfa i requisiti temporali sovra richiamati, non risultando dalla welcom letter del 6.4.2015 tutte le informazione da rendere ai sensi dell'art.49, comma 1 cit. prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza, tra cui l'informativa sulle condizioni e i termini per il diritto di recesso. Pertanto l'utente ben poteva esercitare tale facoltà oltre il termine di iniziale di 14 giorni, ovvero nel più ampio termine di 12 mesi previsto dall'art. 52 del Codice del consumo.

Osservato ciò, l'asserita mancata lavorazione del recesso ricevuto poiché sprovvisto di tale documento, non esonerà comunque il gestore dalla responsabilità di non avere interrotto immediatamente la procedura di attivazione della linea non più voluta, come previsto dall'obbligo imposto dalla normativa richiamata. Il gestore avrebbe dovuto, per non incorrere in alcun inadempimento, procedere tempestivamente alla cessazione della l'utenza in questione, con contestuale richiesta dell'integrazione documentale e non viceversa bloccare l'espletamento della pratica sino al 6.11.2015, data di effettiva trasmissione della carta di identità.

Inoltre, l'invocata clausola contrattuale ex art. 7.3 delle c.g.c., che sancisce l'obbligo dell'allegazione del documento di identità nel caso di recesso, non è applicabile alla fattispecie in esame, trattandosi di disciplina applicabile solo ed esclusivamente ai casi di recesso ad nutum. Per i casi di recesso da ripensamento ex Codice del consumo rileva invece il precedente comma 7.2 delle medesime c.g.c. che, nel normare contrattualmente le modalità e i termini per l'esercizio di tale facoltà, non prevede un tale obbligo. Peraltra, né il modulo di recesso versato in atti né le istruzioni operative per l'esercizio del diritto di ripensamento ex art.52 e ss Codice del consumo pubblicate sul sito web del gestore, contengono una tale prescrizione.

Producendo il recesso legittimamente esercitato con effetti ex tunc, il gestore è tenuto allo storno di tutte le fatture emesse dalla data di attivazione del servizio sino alla chiusura del rapporto contrattuale.

Non può invece esser accolta la richiesta di indennizzo per prestazioni non richieste, non integrandosi la fattispecie della "Attivazione di servizi non richiesti" di cui all'art. 8, comma 1 della Delibera n. 73/11/CONS, esclusa in presenza di una "*previa ordinazione*". Circostanza, quest'ultima, confermata dallo stesso utente, che ha dichiarato di aver accettato telefonicamente l'offerta Tim Smart.

4.3 Sui reclami

L'istante chiede altresì un indennizzo per mancata risposta i reclami, deducendo al riguardo di aver inviato numerosi reclami, anche tramite fax e raccomandate.

Al riguardo non risulta l'allegazione di alcuna segnalazione telefonica o scritta da parte dell'utente, né può qualificarsi come reclamo la richiesta di recesso del 27.5.2015, che avrebbe dovuto comportare - come rilevato al punto precedente - l'immediata disattivazione del servizio e non dare luogo ad una risposta scritta. Tuttavia, dalle difese in atti si evince che l'utente abbia avanzato una richiesta del 21.10.2015, riscontrata tempestivamente dal gestore con comunicazione del 26.10.2015, il cui ricevimento non è stato contestato dall'utente in sede di replica. Si esclude pertanto il riconoscimento di un indennizzo per mancata risposta anche alla asserita segnalazione del 21.10.2015.

5. Sulle spese di procedura

Infine, 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 € 100,00 (cento/00), tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza proposta dalla sig.ra F. Riveruzzi nei confronti della Telecom Italia XXX.

2. La Telecom Italia XXX è tenuta a stornare tutte le fatture emesse dalla data di attivazione del servizio sino alla chiusura del rapporto contrattuale.

3. La Telecom Italia XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di € 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- € 630,00 (seicentotrenta/00) a titolo di indennizzo ex art. 3, comma 1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS.

4. 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.

5. 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 determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 26/06/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto