

DELIBERA N. 21/13/CRL

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

SALES █████ /TISCALI █████

IL CORECOM LAZIO

NELLA riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 14.2.2013;

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 23/11/2011, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/686/2011, con cui la Sales █████ (di seguito, per brevità, "Sales") ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società Tiscali █████ (di seguito, per brevità, "Tiscali");

VISTA la nota del 16/01/2012 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della controversia, invitando le parti a produrre memorie e documentazione, nonché un ulteriore termine per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie;

VISTA la nota del 13 febbraio 2012, con cui Tiscali ha presentato la memoria difensiva;

VISTA la nota del 14 febbraio 2012 con cui l'istante ha presentato la memoria difensiva e i documenti;

UDITE tutte le parti all'udienza del 12 aprile 2012;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

1.a. L'istante, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- il 21 dicembre 2010, in vista della imminente apertura della propria attività di parafarmacia, l'istante chiedeva l'attivazione del servizio telefonico e ADSL. Tiscali garantiva che l'attivazione sarebbe avvenuta entro 10-25 giorni ed assegnava il numero telefonico, che l'utente pubblicizzava e diffondeva;
- nonostante i numerosi reclami, i servizi non sono mai stati attivati ed è stato necessario cambiare il numero telefonico, con ingenti danni e spese;
- con l'istanza di conciliazione, l'utente chiedeva un risarcimento di Euro 15.000,00 per la nuova pubblicità dei numeri, un congruo indennizzo per la mancata attivazione dei servizi, il rimborso delle spese sostenute e delle spese legali;
- all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione del 24 ottobre 2011, fissata a seguito di rinvio della precedente udienza, l'istante non compariva e l'udienza si concludeva con esito negativo;
- con l'istanza di definizione, l'utente chiedeva: a) indennizzo per la mancata attivazione del servizio voce e ADSL, ex Delibera 73/11/CONS; b) indennizzo per violazione degli obblighi di informativa, ex Delibera 73/11/CONS; c) indennizzo per la mancata risposta ai reclami, ex Delibera 73/11/CONS; d) rimborso spese e indennizzo per l'attivazione di un nuovo numero; e) rimborso spese per la pubblicità del vecchio numero; f) spese di procedura; g) risarcimento dei danni quantificabili in Euro 15.000,00;
- con memoria del 13 febbraio 2012, l'operatore eccepiva l'imprudente comportamento dell'utente per aver dato pubblicità al numero telefonico prima della ricezione della comunicazione di attivazione del servizio. Precisava che il 24 gennaio 2011 l'ordine di attivazione si era arrestato a causa di impedimenti tecnici momentanei e che l'utente, informato il giorno successivo dell'accaduto e della possibilità di risolvere il problema con un riavvio dell'ordine di attivazione, aveva comunicato di voler rinunciare all'attivazione chiedendo l'annullamento dell'ordine e precisando di aver già inviato un reclamo, riscontrato poi da Tiscali con lettera del 2 febbraio 2011. Richiamati i tempi di attivazione dei servizi previsti dalla Carta Servizi, evidenziava che la mancata attivazione era dipesa dalla rinuncia dell'istante e concludeva chiedendo il rigetto delle domande;
- con memoria del 14 febbraio 2012, l'istante ribadiva la responsabilità dell'operatore, che si era impegnato ad attivare i servizi entro 10-25 giorni ed al quale era stata manifestata l'esigenza di predisporre anticipatamente la pubblicità del numero telefonico, e chiedeva: a) un indennizzo ex artt. 3 e 12 Delibera 73/11/CONS di Euro 5.925,00 per la mancata attivazione del servizio voce dal 15 gennaio 2011 al 15 febbraio 2012 e di Euro 5.925,00 per la mancata attivazione del servizio ADSL per il medesimo periodo, oltre un indennizzo di Euro 100,00 per la mancata attivazione del servizio di posta elettronica e di Euro 100,00 per la mancata attivazione dell'indirizzo IP; B) un indennizzo pari a quello indicato sub a) per non aver rispettato gli oneri informativi circa l'esistenza di impedimenti tecnici e amministrativi; c) un

indennizzo di Euro 300,00 per la mancata risposta ai reclami; d) il rimborso della spesa di Euro 2.384,78 per la nuova pubblicità; e) le spese di procedura. Con riserva di agire in via giudiziaria per il risarcimento dei danni patrimoniali e non subiti;

- all'udienza di discussione del 12 aprile 2012, l'operatore, senza riconoscimento di responsabilità, offriva un indennizzo di Euro 400,00, non accettato dall'utente.

2. Motivi della decisione.

A. Sul rito

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

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

La domanda di rimborso della spesa sostenuta per la nuova pubblicità viene pertanto rigettata, trattandosi di una domanda di risarcimento di un danno di natura patrimoniale, come tale inammissibile.

Le domande di indennizzo per la mancata attivazione del servizio di posta elettronica e di indirizzo IP vengono rigettate perchè inammissibili. I servizi di posta elettronica e di indirizzo IP infatti sono obbligazioni tipiche di un contratto di hosting, e non possono essere inquadrati nel novero dei servizi di comunicazioni elettroniche come definiti dall'art.1 comma 1 lettera I del Regolamento 173/07/CONS. Pertanto, in difetto del requisito oggettivo indefettibile per richiedere l'intervento di questa Autorità, ai sensi dell'art. 14 del Regolamento 173/07/CONS, le domande non sono proponibili.

B. Nel merito

B.1. Sull'attivazione dei servizi

L'utente lamenta la mancata attivazione dei servizi voce e adsl, nonché dei servizi di posta elettronica e dell'indirizzo IP, chiedendo il relativo indennizzo, dal 15 gennaio 2011 (data entro cui sarebbe dovuta avvenire l'attivazione) al 15 febbraio 2012.

L'operatore esclude la propria responsabilità, sostenendo che la mancata attivazione dei servizi è stata conseguenza della rinuncia dell'istante.

La domanda dell'utente viene accolta nei limiti che seguono.

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 179/03/CSP, e secondo il consolidato orientamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente 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 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 doglianza sono stati determinati da circostanze a lui non imputabili ovvero da problematiche tecniche non causate da sua colpa. 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 non è da ritenersi sufficiente un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, dovendo l'utente essere messo in grado di comprendere quanto accaduto. Allo stesso modo, l'operatore deve dimostrare di essersi diligentemente attivato per rimuovere eventuali ostacoli amministrativi e/o tecnici incontrati, avendo, in caso contrario, l'utente diritto ad un indennizzo.

Nella fattispecie, è stato provato che, in data 21 dicembre 2010, l'istante aveva aderito ad una proposta di abbonamento per aziende OfficeOne 1 Linea LD BS, che prevedeva l'attivazione di una linea telefonica e del servizio ADSL, oltre un indirizzo IP e una casella di posta elettronica.

Ad eccezione della lettera di benvenuto inviata via e mail, non risulta che l'operatore abbia fornito all'utente la necessaria documentazione contrattuale, in mancanza della quale, deve ritenersi che l'utente abbia fatto ragionevole affidamento sui tempi di attivazione dei servizi che gli erano stati prospettati telefonicamente e che trovano conferma nella lettera di benvenuto, laddove, con riferimento alla connessione ADSL, Tiscali dichiara che i tempi di attivazione "variano in media tra i 10 e i 25 giorni".

Difatti, risulta che, a fronte della mancata attivazione, l'utente reclamò il disservizio il 16 gennaio 2011 telefonicamente (ovvero allo scadere del 25° giorno garantito per l'attivazione), ed il 25 gennaio 2011 per iscritto.

E' provato poi, per espressa ammissione dell'operatore, che alla data del 24 gennaio 2011, ovvero già in ritardo rispetto ai tempi garantiti, l'ordine di avviamento del servizio venne arrestato per impedimenti tecnici momentanei.

A questo punto, l'operatore dichiara che, nel corso di una telefonata del 25 gennaio 2011, l'utente avrebbe manifestato la volontà di rinunciare all'attivazione chiedendo l'annullamento dell'ordine e precisando di aver inviato un reclamo. Volontà che sarebbe stata ribadita in una successiva telefonata del 2 febbraio, che Tiscali avrebbe riscontrato con lettera in pari data, dando seguito all'annullamento.

Di tali circostanze, tuttavia, non riferite nè tanto meno ammesse dall'utente, l'operatore non ha fornito un valido riscontro probatorio. Il reclamo scritto dell'utente infatti non contiene la manifestazione di volontà di annullamento dell'ordine, anzi, al contrario, dal tenore dello stesso, si evince la necessità della immediata attivazione dei servizi, visto l'impegno economico sostenuto per la pubblicità del numero.

Del contenuto delle telefonate intercorse, d'altro canto, non vi è registrazione vocale: sono stati prodotti unicamente gli Screenshot del sistema CRM Tiscali dove, in riferimento al contatto telefonico del 25.1.2011 è evidenziato il commento inserito dall'addetto al sistema circa l'annullamento dell'ordine ed il reclamo inviato dall'utente; commento reiterato anche in occasione di una successiva telefonata del 2.2.2011 ove, oltre al reclamo, si fa riferimento ad una disdetta, tuttavia mai depositata in atti.

Orbene, a fronte di affermazioni di tipo indiretto inserite dall'operatore del Servizio Clienti sul sistema, si deve necessariamente attribuire valore preminente al dato testuale, di tenore opposto, del reclamo inviato dall'utente il 25.1.2013, con fax delle ore 14.17 (del cui inoltro vi è pertanto prova certa) e con il quale l'utente sollecita l'adempimento contrattuale *in extremis*, prima di dover ricorrere ad alternativi – e onerosi - rimedi, quali rivolgersi ad altro gestore telefonico e rifare il materiale pubblicitario.

Parimenti, anche il riscontro scritto del 2 febbraio, contestato, è sfornito di prova di invio.

Da tutto quanto sopra, può concludersi che Tiscali, non avendo provato di avere svolto tutte le attività necessarie per dare seguito all'attivazione dei servizi nei tempi convenuti, e non avendo provato che la mancata attivazione è dipesa da circostanze o problematiche tecniche o difficoltà a lui non imputabili, non abbia proceduto all'attivazione senza giustificati motivi tecnici o amministrativi, rendendosi così inadempiente agli obblighi contrattuali, con conseguente diritto dell'utente ad un indennizzo equo e proporzionato al disservizio subito.

Ai fini della determinazione del periodo indennizzabile, atteso l'inadempimento degli obblighi informativi previsti dalla normativa vigente, si prende a riferimento, quale dies a quo, il 16 gennaio 2011 (ovvero calcolando dal 21 dicembre il tempo massimo di 25 giorni risultante dalla lettera di benvenuto e come fu garantito telefonicamente) e quale dies ad quem il 2 maggio 2011 (data dell'istanza di conciliazione), dovendosi ritenere che, a quella data, l'utente non avesse più interesse al servizio, avendo chiesto il risarcimento dei danni conseguenti alla pubblicità del nuovo numero attivato con altro operatore e non avendo insistito nella domanda di attivazione, né con l'istanza di conciliazione, né con la possibile procedura d'urgenza prevista dalla delibera 173/07/CONS.

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo spettante all'utente per la mancata attivazione sia del servizio voce che del servizio ADSL, pertanto, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, 3, commi 1 e 2 e 12, comma 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, si riconosce un importo complessivo di Euro 3.180,00

B.2. Sulla mancata risposta ai reclami

L'utente lamenta la mancata risposta ai reclami telefonici e scritti, chiedendo il relativo indennizzo.

L'operatore dichiara di aver riscontrato i reclami dell'utente telefonicamente e con lettera datata 2 febbraio 2011.

La domanda dell'utente è fondata per la seguente ragione.

Ai sensi dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera e anche dell'articolo 3.3. della Carta Servizi), la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ne consegue che non rileva il fatto che il gestore abbia affermato di aver contattato telefonicamente l'utente a fronte dei reclami: ed invero, come sopra ricordato, 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.

Pertanto, nessun valore probatorio ha la lettera prodotta dall'operatore del 2 febbraio 2011, in mancanza di documentazione attestante l'effettivo invio all'utente.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta al reclamo inviato, da cui è derivata per l'utente una *mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP e della Carta Servizi.

Per la determinazione dell'indennizzo, considerato l'orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Del. nn. 32/12/CIR, 97/12/CIR, 101/12/CIR), ai sensi dell'art. 11, comma 1 e 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato che il primo reclamo è stato svolto telefonicamente il 16 gennaio 2011 e che il successivo reclamo è riconducibile al medesimo disservizio, detratto il tempo utile alla risposta (45 giorni previsti dall'art. 3.3 Carta Servizi), e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (4 luglio 2011), viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 139,00.

Infatti, seppure è vero che nella predetta udienza di luglio è stato rinviato il confronto sul merito, stante la necessità di integrazioni documentali, è altresì vero che l'utente ha poi disertato la successiva udienza del 24.10.2011, rendendosi così corresponsabile, per quel periodo, del lamentato difetto di interlocuzione col gestore.

C. 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 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO che per quanto precede la domanda della Sales █████ 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 100,00 (cento), 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 Sales █████ in data 23 novembre 2011.

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

- a) Euro 3.180,00 a titolo di indennizzo per la mancata attivazione dei servizi voce e ADSL

oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;

- b) Euro 139,00 per la mancata risposta ai reclami oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- c) Euro 100,00 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, 14 febbraio 2013

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Livio Sviben

Fto