

**DELIBERAZIONE n. 13/2011**

(estratto dal verbale del 19 aprile 2011)

**OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA XXX BALESTRA E TELE TU (GIÀ TELE 2)**

Presenti:

Gardini Gianluca  
Giuseppe Bettini  
Alberici Arianna

Presidente  
Vicepresidente  
Componente

## Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

VISTA la l. 249/1997, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

VISTA la l. 481/1995, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTO l'art. 84 d. lgs 259/ 2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTE la l.r. Emilia-Romagna 1/2001, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

VISTA la del. AGCOM 173/07/CONS " Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO lo "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 Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e;

VISTA l'istanza depositata in data 20 gennaio 2010 (titolo n. 1.10.21/72), con la quale il sig. XXX Balestra, domiciliato nel comune di XXX, in via XXX, rappresentato dall'avv. YYY, ha chiesto, ai sensi dell'artt. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS, al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna di definire la controversia in essere con la società Tele Tu , già Tele 2 , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, precedentemente rappresentata dall'avv. Massimiliano Motta e attualmente rappresentata dall'avv. Andrea Pellegrin, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi, nel comune di XXX, via XXX;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento, inviata e regolarmente ricevuta in data 24 agosto 2010 (prot. 24702/2010);

VISTA la memoria autorizzata depositata dall'istante in data 13 settembre 2010 (prot. 26402/2010);

VISTA la comunicazione depositata da Tele Tu in data 14 settembre 2010, nella quale l'operatore dà atto dell'invio all'istante di un assegno di € 800,00 e domanda l'archiviazione del procedimento, ai sensi dell'art. 20, c. 1, del. AGCOM 173/07/CONS (prot. 26403/2010);

VISTO il provvedimento di rigetto della suddetta domanda di archiviazione, adottato in data 14 settembre 2010 (prot. 26405/2010);

UDITO l'istante nel corso dell'udienza di discussione svolta in data 17 settembre 2010, alla quale Tele Tu non ha partecipato (prot. 27106/2010);

VISTI gli atti del procedimento;

VISTE la relazione del Responsabile del procedimento, avv. Marco Ciancaglini (prot. 12708/2011) e la proposta di decisione del Responsabile del Servizio CORECOM, dott.ssa Primarosa Fini (prot. 12716/2011);

UDITA l'illustrazione del componente, avv. Giuseppe Bettini, svolta nella seduta del 19 aprile 2011;

#### CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con l'istanza di definizione della controversia il sig. XXX Balestra lamenta la mancata erogazione del servizio di somministrazione telefonica e internet da parte di Tele Tu , già Tele 2 (di seguito, Tele Tu) in modalità VOIP per l'utenza n. 000 (codice cliente 111), deducendo che alla conclusione del contratto, nei primi giorni di aprile 2008, non è mai seguita l'erogazione del servizio e anzi l'utenza è rimasta senza alcun servizio dal 1 maggio 2008 sino al 4 luglio 2008, allorché l'erogazione del servizio è tornata Telecom Italia per volontà dell'istante. Il sig. Balestra domanda: un congruo indennizzo per "il mancato servizio voce, linea fissa, ed adsl", in misura maggiore rispetto a quello previsto dalla Carta di servizio, pari a € 2,50 al giorno, ritenuto non proporzionato al pregiudizio subito; il rimborso delle spese per la riattivazione del servizio con Telecom Italia (pari a € 96,00); un indennizzo/penale ai sensi dell'art. 24, del. AGCOM 417/2006/CONS, pari a € 3.152,66 (per ritardo nell'attivazione) oppure € 61.760,00 (per ritardo nella riparazione del guasto); il rimborso delle fatture pagate a Tele Tu, per un importo complessivo di € 56,09; lo storno di ogni fattura emessa da Tele Tu; il rimborso delle spese legali sostenute nella fase precontenziosa, pari a € 300,00; il rimborso delle spese vive per il procedimento di definizione, pari a € 150,00; il rimborso delle spese di procedura, pari a € 150,00.

Tele Tu non ha depositato memorie e non ha partecipato all'udienza di discussione, non contestando alcunché.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

È anzitutto necessario confermare che la richiesta di archiviazione avanzata da Tele Tu, ex art. 20, c. 1, del. AGCOM 173/07/CONS, deve essere rigettata. Il principio che consente l'archiviazione d'ufficio ove "risulti che la richiesta dell'utente sia stata pienamente soddisfatta" presume infatti due condizioni: che la condotta dell'operatore sia stata effettivamente soddisfacente; che ci sia una corrispondenza vincolata tra tutte le richieste dell'istante e la condotta dell'operatore. Pertanto, qualora l'operatore si limiti a promettere un pagamento o ad affermare di aver inviato un assegno, senza dar prova dell'avvenuto pagamento, la soddisfazione delle richieste dell'utente non può dirsi

piena, in quanto, allo stato, solo asserita. Secondariamente, se le richieste dell'istante eccedono quanto disposto dall'operatore, è necessaria un'attività di apprezzamento discrezionale dei motivi e delle richieste contenute nell'istanza e tale valutazione non può che svolgersi a mezzo di un provvedimento di definizione adottato con le garanzie previste dalla del. 173/07/AGCOM. Solo nel caso di una perfetta corrispondenza tra le richieste espresse dell'istante e la prestazione dell'operatore l'archiviazione si paleserebbe come attività vincolata, tale da rendere superflua una delibera di definizione.

Nel merito, la controversia attiene al mancato adempimento da parte di Tele Tu di un contratto di somministrazione del servizio internet e voce (in modalità VOIP) e alla sospensione dei medesimi servizi, erogati dal precedente operatore Telecom Italia, sull'utenza telefonica n. 000.

A seguito dell'istruttoria effettuata, gli elementi acclarati in via documentale e per mancata contestazione di Tele Tu (sul punto, cfr. del. CORECOM Emilia-Romagna n. 15/2010) sono i seguenti:

- la sussistenza di un contratto, per la somministrazione del servizio telefonico e internet, in forza delle comunicazioni scritte con cui Tele Tu informava l'utente della data di attivazione del servizio (lettere del 15 marzo 2008 e del 27 maggio 2008)
- la pattuizione del giorno 5 aprile 2008, quale data massima di attivazione del servizio, in forza di quanto dedotto dall'istante e affermato da Tele Tu nella comunicazione del 15 marzo 2008, nella quale si individua in tre settimane il tempo necessario per l'erogazione della prestazione;
- la mancata attivazione del servizio sino al 3 luglio 2008 (giorno di riattivazione del servizio da parte di Telecom Italia a seguito di risoluzione del contratto) e la sospensione di ogni servizio telefonico e internet fornito dall'operatore precedente, Telecom Italia, nel periodo intercorrente dal 1 maggio 2008 al 3 luglio 2008; i fatti, dedotti dall'istante, non sono stati contestati da Tele Tu.

Secondo gli ordinari principi nella ripartizione dell'onere della prova, accertata l'esistenza e il contenuto del contratto, dedotto dall'istante l'inadempimento della controparte e provata la sussistenza di un nesso di causalità tra condotta del debitore e inadempimento, Tele Tu, nel caso di specie, per esimersi da ogni responsabilità avrebbe dovuto provare la corretta esecuzione della prestazione pattuita ovvero fornire la prova liberatoria circostanziando in modo pieno e completo, anche in relazione alla colpa, la sussistenza di cause di non imputabilità dell'inadempimento. Tale onere non è stato tuttavia assolto da Tele Tu, che non ha contestato alcunché di quanto dedotto e provato dall'istante. Dal che emerge una responsabilità a carico di Tele Tu che si caratterizza per una duplice dimensione, omissiva e commissiva. Tele Tu infatti non solo ha omesso di somministrare il servizio pattuito ma ha provocato l'interruzione dell'erogazione del servizio da parte dell'operatore precedente, Telecom, attraverso la richiesta di portabilità dell'utenza, che è stata correttamente liberata da Telecom ma non presa in carico da Tele Tu. La duplice dimensione dell'inadempimento contrattuale di Tele Tu si riverbera sulla quantificazione dell'indennizzo, previsto in via generale dalla parte III della Carta dei servizi di Tele Tu. L'all. A della Carta dei

servizi stabilisce un indennizzo pari a € 2,50 per ognuna delle fattispecie codificate, tra le quali il ritardo nella fornitura del servizio universale, sia telefonico che adsl (allegato 1.1 e 1.4). Questa ipotesi si configura come analoga a quella oggetto del presente procedimento, trattandosi in entrambi i casi di mancata erogazione dei medesimi servizi, e deve pertanto essere applicata nel caso di specie, in forza proprio del principio di analogia nella individuazione degli indennizzi esposto dall'art. III.4.3., del. AGCOM 529/09/CONS. Tuttavia, ai sensi dell'art. 11, c. 2, del. 179/07/CONS, l'indennizzo per l'inadempimento deve essere "proporzionat[o] al pregiudizio arrecato" e pertanto si ritiene che tale criterio sia integrato da un indennizzo giornaliero pari a € 7,50, di cui € 2,50 derivanti dalla mancata somministrazione del servizio e € 5,00 derivanti dalla interruzione di qualsiasi servizio (erogato dal precedente operatore) sull'utenza. Si consideri infatti che l'interruzione del servizio telefonico è stata particolarmente prolungata, così da aggravare i disagi subiti dall'utente, che l'utente è persona anziana (così come la moglie convivente) e vive in una zona isolata, ove anche il funzionamento della telefonia mobile non è efficiente. La somma così individuata si palesa peraltro come corrispondente a quella prevista dall'art. 3, c. 1, all. A, del. AGCOM 73/11/CONS, che, pur non trovando applicazione nel caso di specie, costituisce un canone interpretativo che rafforza la valutazione sopra effettuata.

Applicando il principio appena esposto, deve pertanto liquidarsi un indennizzo così calcolato:

€ 225,00 per la mancata somministrazione del servizio (giorno di inizio: 5 aprile 2008; giorno conclusivo 3 luglio 2008; giorni rilevanti: novanta)

€ 320,00 per l'interruzione del servizio telefonico (giorno di inizio: 1 maggio 2008; giorno conclusivo: 3 luglio 2008; giorni rilevanti: sessantaquattro).

Considerando poi che non risulta essere stato erogato alcun servizio da Tele Tu, le fatture emesse devono essere annullate e quelle pagate, per una somma di € 56,09, rimborsate all'utente.

Deve invece rigettarsi la richiesta di indennizzo penale derivante dall'art. 24, del. AGCOM 147/2006/CONS: anche prescindendo infatti dall'applicabilità della delibera al servizio VOIP, emerge come la disposizione si riferisca solo alla responsabilità dell'operatore di accesso (Telecom) nel caso di mancata liberazione (o mancata riparazione di un guasto) dell'utenza sulla quale è richiesto il servizio CPS. Nel caso di specie tuttavia Telecom non è stata citata dall'istante e anzi la richiesta di un indennizzo a carico di Tele Tu attesta come anche per lo stesso utente non si configuri una responsabilità da ritardo a carico dell'operatore di accesso. Né peraltro potrebbe applicarsi per analogia il principio previsto dalla disposizione, considerando che la *ratio* sottesa (tutelare la concorrenza sanzionando abusi di posizione dominante tra operatori) non è passibile di alcuna estensione a rapporti di mera inadempienza contrattuale tra operatore preselezionato e utente.

Relativamente agli ulteriori rimborsi richiesti, è da ribadire che essi debbono essere riconosciuti solo se relativi a spese documentate e in quanto conseguenza diretta e immediata, da intendersi in senso stretto, dell'inadempimento dell'operatore, qualificandosi in tal caso come somme non

dovute ai sensi dell'art. 19, c. 4, del. AGCOM 173/07/CONS (cfr. del. CORECOM Emilia-Romagna n. 15/2010). Nel caso di specie entrambe le condizioni possono dirsi presenti solo con riferimento alle spese di riattivazione del servizio telefonico con Telecom (pari a € 96,00, come da fattura n. RH05005828 del 2008), strettamente necessarie per riportare l'utenza telefonica alla piena funzionalità dopo l'inadempimento di Tele Tu. Altrettanto non può dirsi invece per la somma di € 300,00, richiesta a rimborso delle spese legali non documentate antecedenti al procedimento conciliativo, né per le spese vie inerenti al presente procedimento, anch'esse non documentate, se non nella misura di € 11,00, quale rimborso delle spese di pedaggio autostradale sostenute dall'avv. XXX per la partecipazione all'udienza di discussione.

In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in € 150,00, sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, atteso che l'istante ha partecipato, a mezzo del proprio rappresentante, tanto all'udienza di conciliazione quanto a quella di definizione, svolte in luogo differente da quello di domicilio.

Le somme così determinate potranno ovviamente essere compensate, parzialmente o integralmente, con quanto eventualmente già versato da Tele Tu, in relazione alla comunicazione del 14 settembre 2010 (prot. 26403/2010)

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa formulato dal Segretario del Comitato regionale per le Comunicazioni, il CORECOM, all'unanimità

#### DELIBERA QUANTO SEGUE

In parziale accoglimento dell'istanza presentata dal sig. XXX Balestra, domiciliato nel comune di XXX, in via XXX, rappresentato dall'avv. YYY (titolo 1.10.21/72), Tele Tu , già Tele 2 , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, precedentemente rappresentata dall'avv. Massimiliano Motta e attualmente rappresentata dall'avv. Andrea Pellegrin, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi, nel comune di XXX, via XXX è tenuta a corrispondere all'istante, per le motivazioni sopra indicate, le somme così liquidate:

a) € 545,00 (cinquentoquarantacinque\00), a titolo di indennizzo per l'inadempimento;

b) € 96,00 (novantasei\00), a titolo di rimborso delle spese di riattivazione del servizio Telecom Italia ;

c) € 56,09 (cinquantasei\09), a titolo di rimborso delle fatture pagate;

d) € 11,00 (undici\00), a titolo di rimborso delle spese di viaggio sostenute per il procedimento di definizione;

e) € 150,00 (cinquanta\00), quale di rimborso generale delle spese di procedura.

Tele Tu , già Tele Tu , è tenuta altresì ad annullare tutte le fatture emesse a carico dell'istante, in relazione al contratto oggetto della presente controversia, per le motivazioni sopra indicate.

Si rigettano le ulteriori richieste dell'istante per le motivazioni già esposte.

Le somme corrisposte e/o rimborsate dovranno essere maggiorate nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, c. 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d. lgs 259/2003.

La presente delibera è notificata alle parti nonché pubblicata sul sito internet istituzionale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna – CORECOM, assolvendo in tal modo ogni obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. 69/2009.

Tele Tu , già Tele Tu , è inoltre tenuta a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di giorni sessanta giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. b), d. lgs 104/2010, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119, c. 1, lett. b) il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di giorni sessanta dalla sua comunicazione.

Il Presidente  
Prof. avv. Gianluca Gardini

Il Segretario  
Dott.ssa Primarosa Fini