DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

M. BIAZZETTI / LYCAMOBILE

(LAZIO/D/912/2014)

Registro Corecom n. 56/2015

IL DIRIGENTE

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 Lazio 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 M. Biazzetti n. 912/2014 ricevuta con Protocollo n. 4444 del 17 novembre 2014 (Rif. Lazio/D/912/2014)

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'Istante.

Il Signor M. Biazzetti ha introdotto la presente controversia nei confronti dell'operatore Lycamobile in relazione ad una ritardata attivazione di un contratto telefonico per servizio mobile sull'utenza n. 351*****12.

Nell'istanza di definizione l'Istante ha affermato che:

i. In data 17 marzo 2013 attivava, presso un rivenditore autorizzato Lycamobile, il contratto telefonico per servizio di telefonia mobile sull'utenza in oggetto;
ii. malgrado vari solleciti e richieste, l'attivazione veniva effettuata solo in data 25 luglio 2014;

iii. il Gestore ha giustificato il ritardo imputandolo alla mancata trasmissione dei dati da parte del rivenditore;
iv. il Gestore ha, inoltre, insistito affinchè l'Utente si recasse personalmente dal rivenditore, distante oltre trenta chilometri dalla propria abitazione, per integrare la documentazione.

Alla luce di tali premesse, l'Utente chiedeva:
a. indennizzo per mancata attivazione, € 7,50 per 120 gg.;
b. spese di procedura per € 1.000,00.

2. La posizione dell'Operatore.

Lycamobile ha dedotto ed eccepito:
i. di avere attivato il contratto in data 19 luglio 2014;
ii. di non avere mai ricevuto la documentazione completa da parte del rivenditore;
iii. di avere appurato, in seguito ai reclami dell'Utente, che il rivenditore non aveva inviato la documentazione in quanto incompleta;
iv. che, nello specifico, il documento di identità utilizzato dall'Utente risultava già scaduto al momento dell'adesione alla proposta di contratto e non era stato fornito il codice fiscale;
v. che tali mancanze rendevano, di fatto, irricevibile la richiesta di attivazione;
vi. che il contratto non si è perfezionato per la mancanza della documentazione richiesta;
vii. che l'Utente ha atteso svariati mesi prima di reiterare la richiesta di registrazione secondo le modalità previste dal contratto e si è più volte rifiutato di recarsi presso altro rivenditore per completare la documentazione;
viii. che il primo reclamo è stato effettuato in data 8 luglio 2014, ed in tale data è stato informato sullo stato incompleto della registrazione e sulla necessità di recarsi presso un rivenditore per completare la procedura di attivazione;
ix. che al Cliente, dopo un fitto scambio di comunicazioni via e-mail, è stato infine concesso di completare la documentazione a mezzo e-mail in data 11 luglio 2014;
x. che il Cliente ha depositato richiesta di conciliazione e formulario UG in data 21 luglio 2014;
xi. che il Gestore, pur senza partecipare all'udienza di conciliazione, ha inviato per e-mail la propria proposta di indennizzo omnicomprensivo di € 60,00 che ripropone in questa sede.

3. 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.

Prima di entrare nel merito della questione 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'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità), l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria.

Deve ritenersi inammissibile, pertanto, la richiesta di rifusione delle spese di procedura per € 1.000.00 in quanto avente chiara finalità risarcitoria, avuto riguardo all'entità della richiesta ed all'assenza di qualsivoglia elemento giustificativo delle spese, eventualmente, sostenute.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste ulteriori formulate dalla parte istante possono essere accolte nei limiti e termini di seguito specificati.

Nel caso che ci occupa l'Utente ed il Gestore hanno entrambi depositato agli atti del procedimento il "Modulo di richiesta di consegna ed attivazione della carta sim e dei servizi Lycamobile" del 17 marzo 2014.

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. II 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.

Inoltre, 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, espresso in svariate pronunce (ex plurimis, Delibere Agcom 85/07/CIR, 45/08/CIR, 54/08/CIR, 15/09/CIR e 39/09/CIR), 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 del servizio, 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 l'Utente, in caso contrario, diritto ad un indennizzo per il ritardo o l'inadempimento, per il periodo di tempo direttamente imputabile all'operatore fino alla soluzione del problema o alla domanda di definizione all'Autorità.

Preliminare ad ogni questione e/o decisione in merito alle richieste avanzate dall'istante e parzialmente contestate dal Gestore è l'accertamento del momento e, pertanto, della data effettiva della conclusione del Contratto.

Come è noto, ai sensi delle disposizioni del nostro Codice Civile, il Contratto si intende concluso nel momento in cui una parte ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte.

Nel caso di specie, il Signor Biazzetti ha sottoscritto in data 17 marzo 2014 una proposta di abbonamento unilateralmente predisposta dalla Società proponente e controfirmata da un proprio incaricato commerciale, circostanza che ben può ritenersi quale accettazione esplicita della proposta.

La circostanza che l'Operatore non abbia ricevuto la corretta documentazione da parte del proprio incaricato non ha alcun rilievo rispetto al momento di perfezionamento del contratto, in

quanto l'operatore di comunicazioni elettroniche risponde, ai sensi dell'articolo 1228 c.c. e ad ogni effetto di legge, dell'operato di coloro i quali agiscono in nome e per conto dello stesso operatore.

La condotta dell'operatore è dunque censurabile come inadempimento contrattuale in quanto il contratto si ritiene essere stato concluso dall'utente direttamente con l'operatore medesimo.

Quanto sopra trova conferma nella condotta dell' incaricato, il quale, al momento della sottoscrizione della proposta di abbonamento, ha proceduto all'identificazione del proponente, ed ha consegnato la Carta SIM, accettando, con comportamento concludente, la proposta.

Così facendo, l'incaricato ha dunque concluso il contratto, ingenerando nell'utente il ragionevole affidamento sull'avvenuto perfezionamento dello stesso.

Né alcuna conseguenza può derivare in capo all'utente dalla mancanza della documentazione integrativa, accertata da Lycamobile solo dopo la già avvenuta accettazione della proposta da parte del suo incaricato.

Sotto tale profilo, attinente alla fase di attivazione, nessuna responsabilità è imputabile pertanto all'utente per la mancata consegna della documentazione essendo onere dell'incaricato e non certo dell'istante, la trasmissione della stessa e con ciò riconducendosi dunque l'inadempimento a fatto colposo del gestore telefonico.

Neppure nessun pregio riveste la condizione, contenuta nelle Condizioni Generali di Contratto, che differisce il momento di conclusione dello stesso al momento della registrazione della richiesta del Cliente da parte di Lycamobile.

Tale clausola risulta assolutamente nulla in quanto di contenuto vessatorio, avuto riguardo a quanto previsto dall'art. 33 del Codice del Consumo, sicuramente applicabile al caso di specie, che testualmente prevede che "*1. Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. 2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: .... d) prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà ...*".

Accertato il momento della conclusione del Contratto, in merito al ritardo sulla attivazione della linea valgano le seguenti considerazioni.

Lycamobile ha affermato che il proprio incaricato ha omesso di inviare la documentazione in quanto incompleta, ma non ha provato in alcun modo le azioni intraprese dalla propria struttura organizzativa per ovviare a tale inconveniente.

Non risulta, infatti, che il proprio incaricato commerciale, una volta appurata l'inidoneità della documentazione da lui stesso richiesta e ricevuta, abbia esperito alcun tentativo per contattare l'Utente al fine di sollecitarlo a completare la documentazione mancante, visto che il modulo contrattuale recava un recapito telefonico alternativo, oltre a quello postale.

Non è, pertanto, possibile affermare che Lycamobile abbia agito diligentemente per adempiere la richiesta di attivazione dell'utente.

L'Operatore, inoltre, avrebbe dovuto adeguatamente informare l'utente, informativa che invece l'operatore telefonico neppure deduce di avere inviato, e che risulta resa solo in seguito al contatto sollecitato per iscritto dall'Utente stesso in data 8 luglio 2014.

Non è pertanto condivisibile quanto affermato da Lycamobile circa la non imputabilità del ritardo nella procedura di attivazione dell'utenza, poi effettivamente espletata il 25 luglio 2014, atteso che il gestore non ha né fornito la prova di essersi adoperato diligentemente per completare la documentazione già erroneamente raccolta dal proprio incaricato, né di avere informato l'utente

delle difficoltà tecniche incontrate nell'espletamento della richiesta, non mettendolo così in condizione di attivarsi per rimuovere un eventuale ostacolo da lui dipendente oppure di recedere dalla richiesta di attivazione o comunque di procedere con altre scelte.

L'Utente ha, pertanto, diritto ad un indennizzo per la ritardata attivazione dell'Utenza a partire dal 18 marzo 2014 (in virtù dell'impegno, contenuto nella Carta dei servizi depositata, di registrare le utenze entro le 20 ore dalla richiesta) al 19 luglio 2014 (giorno in cui l'utenza risulta registrata, come da schermata depositata dal Gestore), calcolato ai sensi dell'Art. 3, c. 1 e 2, del Regolamento Indennizzi per una somma pari ad € 922,50.

Fermo l'inadempimento del gestore come sopra accertato, non può tuttavia sottacersi la circostanza, rilevante per l'applicazione dell'art.1227 c.c., che l'utente abbia reclamato solo molti mesi dopo la sottoscrizione del contratto (10 luglio 2014), per sua stessa ammissione: *"dovendo utilizzare detta sim, nei giorni scorsi constatava che non era mai stata attivata"*; inoltre ha frapposto una serie di dilazioni all'attivazione dopo il reclamo del 10 luglio, non sempre giustificate, quali emergono dalla corrispondenza intercorsa; in ossequio dunque al principio sancito dall'art.84 del D.Lgs.1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle Comunicazione Elettroniche) che prescrive la proporzionalità dell'indennizzo al disagio effettivamente subito, pare equo applicare la decurtazione proporzionale di cui all'art.1227 in conseguenza del concorso del fatto colposo del creditore all'aggravamento del danno, nella misura del 50%.

Si riconosce pertanto l'indennizzo nella misura di Euro 461,00.

4. 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) considerate le difese svolte ed il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del Signor M. Biazzetti presentata il 17 novembre 2014 nei confronti della società Lycamobile xxx.

2. La società Lycamobile 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. euro 461,00= (quattrocento sessantuno=) a titolo di indennizzo, ex Art. 3, comma 1 e 2, allegato A alla Delibera 73/11/CONS, per la ritardata attivazione dell'Utenza.

3. La società Lycamobile xxx è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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

Roma, lì 29/09/2015

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto