

DELIBERA DL/039/14/CRL/UD del 16 aprile 2014

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

R. B. / POSTEMOBILE XXXXXXXXXX

IL CORECOM LAZIO

NELLA Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 16 aprile 2014;

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 25.01.2013, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/44/2013, con cui la sig.ra R. B. (di seguito, per brevità, "sig.ra B.") ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio

per la definizione della controversia insorta con la società POSTEMOBILE [REDACTED] (di seguito, per brevità, "Postemobile");

VISTA la nota del 29.01.2013 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTE le note difensive e i documenti depositati dalle parti;

UDITE le parti all'udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

a) Con istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione (prot. n. C10259/12 del 30.10.2012), l'utente lamentava la ritardata attivazione con Postemobile dell'utenza mobile associata a sim del gestore Erg Mobile acquistata il 6.9.2012 e richiesta a Postemobile a seguito di contratto concluso il 6.9.2012; in particolare, l'attivazione del servizio telefonico connesso alla portabilità, veniva espletata parzialmente per il solo traffico in uscita in data 10.9.2012, mentre l'attivazione del servizio voce in entrata veniva espletata solo il 11.10.2012, a seguito di numerosi reclami inoltrati dall'utente tramite call center, in merito ai quali l'utente lamenta di non avere mai ricevuto alcun riscontro da Postemobile. L'utente chiedeva pertanto l'indennizzo per la ritardata attivazione del servizio, per la mancata trasparenza contrattuale (portabilità di un numero Erg), per la mancata risposta ai reclami, nonché "il rimborso ulteriore per ingenti danni subiti e disagi procurati per inottemperanza alle regole Agcom", oltre al rimborso delle spese di procedura.

b) All'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente quantificava le proprie richieste di indennizzo in complessivi Euro 1.000,00; Postemobile dichiarava di avere già erogato la somma di Euro 64,00 calcolata, in base alla propria Carta Servizi, "per i 32 giorni di disservizio", dichiarandosi disponibile ad erogare l'ulteriore somma di Euro 100,00, che l'utente rifiutava ritenendo che "la proposta integri un atteggiamento ostile del gestore".

c) Con l'istanza di definizione, l'utente precisava che l'offerta di attivare una sim dal gestore Postemobile era connessa all'acquisto preventivo di una sim Erg Mobile, da cui importare l'utenza con procedura di portabilità; dal 10.9.2012 la sim Postemobile veniva attivata solo per le chiamate in uscita, dovendo attendere più di un mese per l'attivazione del servizio anche in entrata; dava atto dell'avvenuta erogazione da parte di Postemobile della somma di Euro 64,00 a titolo di indennizzo, ritenendolo tuttavia irrisorio ed evidenziando come, nonostante il riconoscimento del lungo e grave disservizio, il gestore si ancorasse "in atteggiamenti ostili ad una risoluzione congrua della vicenda".

d) Sia l'utente, che il gestore telefonico, depositavano le rispettive memorie difensive inviandole al Corecom Lazio oltre le ore 14.00 del giorno di scadenza (18.02.2013) assegnato dallo stesso Corecom Lazio con la nota di avvio del procedimento (termine di 20 giorni dalla ricezione della nota di avvio del procedimento del 29.01.2013, ricevuta da entrambe le parti in pari data).

e) All'udienza di discussione il Legale Istruttore, dato atto che le parti non raggiungevano un accordo, rimetteva gli atti al Collegio per la decisione.

2. Motivi della decisione.

2.1. Osservazioni in 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 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.

Deve essere dichiarata la tardività del deposito, e la conseguente inammissibilità, delle memorie difensive di entrambe le parti, pervenute al Corecom Lazio in data 18.2.2013 oltre (alle ore 16:19 quella dell'utente; alle ore 17:21 quella di Postemobile) l'orario assegnato (ore 14.00) con la nota di avvio del procedimento, e protocollate in entrata il giorno 19.02.2013.

2.2. Nel merito.

L'utente ha lamentato la ritardata attivazione dei servizi e conclusione del processo di MNP di cui al contratto sottoscritto il 6.9.2012, con riferimento al servizio voce in entrata espletato il 11.10.2012, (a fronte di un contratto sottoscritto il 6.9.2012); l'utente ha altresì dato atto dell'avvenuta corresponsione, da parte di Postemobile, dell'indennizzo di Euro 64,00.

E' provata la conclusione del contratto del 6.9.2012, prodotto dall'utente unitamente al "Modulo di richiesta di consegna e attivazione della carta sim e dei servizi Postemobile" nel quale è indicata la "data indicativa per l'attivazione della MNP" del 11.9.2012.

E' altresì pacifico che l'utente ha subito un "disservizio", consistente nel ritardato espletamento della procedura di MNP relativamente al traffico voce in entrata, dal 10.9.2012 (espletamento della MNP per il traffico in uscita) al 11.10.2012, data di espletamento indicata dallo stesso utente: per tale disservizio, riconosciuto da Postemobile, questa ha infatti dichiarato – in sede di udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione del 20.12.2012 – di "aver già erogato un indennizzo di Euro 64,00 in base alla carta servizi per 32 giorni di disservizio".

Provata dunque la sussistenza dell'obbligazione contrattuale in capo a Postemobile, si tratta di accertare, a fronte delle contestazioni dell'utente, se l'operatore abbia effettivamente adempiuto ai suoi obblighi.

Sul punto, si richiama infatti 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 o del ritardo 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.

Nella fattispecie pertanto, avendo l'istante provato la fonte negoziale del suo diritto, ed avendo lamentato la ritardata portabilità del numero telefonico relativamente al servizio voce in entrata, spettava all'operatore provare di aver posto in essere tutte le attività necessarie a dare tempestivamente seguito al servizio di MNP richiesto o che l'inadempimento è dipeso da cause ad esso non imputabili ex art. 1218 codice civile o da cause specifiche di esclusione della responsabilità.

In base alla normativa di settore, relativamente alla procedura di MNP, il nuovo regolamento approvato con la delibera n. 147/11/CIR, avendo l'obiettivo di ridurre i tempi della portabilità riferendolo al periodo osservato dalla clientela (periodo di attivazione) e di migliorare contemporaneamente la qualità della prestazione, ha previsto che il cut-over, ovvero l'effettivo passaggio del numero mobile da un operatore all'altro, sia effettuato non al termine del primo giorno lavorativo bensì nelle prime ore del mattino seguente, prima cioè dell'inizio della seconda giornata lavorativa, al fine di permettere agli addetti di porre rimedio tempestivamente a eventuali malfunzionamenti del processo che potrebbero causare disagi alla clientela. Inoltre l'Autorità, con tale regolamento, per quanto riguarda gli indennizzi spettanti ai clienti in caso di ritardo nella portabilità del numero (indennizzo minimo di euro 2,5 per ogni giorno lavorativo di ritardo, fino ad un importo massimo di 50 euro, ex art. 14 regolamento cit.) ha individuato nell'operatore ricevente (recipient) il soggetto al quale il cliente si rivolgerà con procedure semplici e non onerose e che lo indennizzerà in caso di ritardo, indipendentemente dall'operatore responsabile del ritardo stesso.

Tenendo conto, inoltre, che in alcuni casi il ritardo può essere dovuto ai limiti di sistema, quali ad esempio la capacità di evasione insufficiente, piuttosto che agli errori di un operatore, l'Autorità ha esonerato l'operatore recipient dall'obbligo di corrispondere l'indennizzo quando il ritardo è limitato a due giorni lavorativi: l'indennizzo, tuttavia, è dovuto dal terzo giorno, e in tal caso vengono calcolati nel computo dell'indennizzo anche i primi due giorni lavorativi.

E' previsto, peraltro, che sia sempre possibile per il cliente accedere alle procedure di risoluzione delle controversie, qualora non si ritenga soddisfatto.

Rilevato, pertanto, che Postemobile non ha fornito la prova di aver posto in essere tutte le attività necessarie a dare tempestivamente seguito al servizio di MNP richiesto o che l'inadempimento sia dipeso da cause ad essa non imputabili ex art. 1218 codice civile o da cause specifiche di esclusione della responsabilità, deve affermarsi il ritardo di Postemobile nell'adempimento dell'obbligazione di MNP relativamente al traffico voce in entrata, espletata in data 11.10.2012 con 34 giorni di ritardo rispetto alla tempistica dettata dalla citato regolamento di cui alla Delibera 147/11/CIR.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo spettante all'utente, occorre considerare la disposizione di cui all'art. 2 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS, che prevede che "Il presente regolamento stabilisce i criteri per il calcolo degli indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra

operatori e utenti finali, ai sensi dell'articolo 14 del Regolamento. Le disposizioni del presente regolamento non si applicano nei casi in cui l'operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia, o quando, all'esito della fase conciliativa, dal relativo verbale risultino l'impegno dell'operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi"; il 2° comma della disposizione in esame prevede che "Resta salva l'applicazione, nella decisione delle controversie ai sensi del comma 1, degli indennizzi contrattualmente stabiliti qualora di importi unitari superiori a quelli di cui al presente regolamento, indipendentemente dai limiti massimi eventualmente previsti".

Orbene Postemobile, riconoscendo un disservizio di 32 giorni, ha corrisposto all'utente un indennizzo di € 64,00 calcolato in base alla propria carta servizi che prevede un indennizzo di Euro 2,00 pro/die; la Delibera 73/11/CONS – c.d. Delibera Indennizzi – prevede, al suo art. 3, comma 3 (ritardo nell'attivazione del servizio nelle procedure di cambio operatore), l'indennizzo pro/die di Euro 1,50 (€ 7,50:5); l'art. 14 Delibera 147/11/CIR prevede un "indennizzo minimo di euro 2,5 per ogni giorno lavorativo di ritardo, fino ad un importo massimo di 50 euro".

Appare dunque corretta l'applicazione e la corresponsione dell'indennizzo contrattualmente stabilito (€ 2,00 pro/die), indipendentemente dal limite massimo eventualmente stabilito dalla stessa carta servizi di Postemobile, poiché di importo unitario superiore all'indennizzo previsto dall'art. 3, comma 3, Delibera 73/11/CONS applicabile alla fattispecie, e complessivamente di importo superiore anche al limite massimo previsto dall'art. 14 Delibera 147/11/CIR, in caso di corresponsione dell'indennizzo su richiesta dall'utente, prima dell'instaurazione di qualunque contenzioso.

Considerato, inoltre, che gli indennizzi testè citati si riferiscono al disagio subito dall'utente nel caso di ritardo nell'attivazione del servizio voce sia in entrata che in uscita, (cioè il 100% del servizio da attivare) in occasione di procedure di cambio operatore; che, pertanto, nel caso in cui il ritardo riguardi non l'intero servizio voce, ma una sola delle due componenti – in entrata o in uscita – gli indennizzi sopra richiamati devono essere applicati non nella loro interezza bensì al 50%; che il disagio subito dall'utente è riferito, per sua stessa ammissione, al ritardo nell'espletamento della procedura di MNP per il servizio voce in entrata, pari al 50% dei servizi da portare; che, infine, Postemobile ha già pacificamente erogato all'utente l'indennizzo di Euro 64,00 per 32 giorni di disservizio, e che i giorni di disservizio complessivi sono 34 come sopra calcolati, nulla più spetta all'utente per gli ulteriori 2 giorni di disservizio, posto che quanto corrisposto da Postemobile è ampiamente soddisfacente degli indennizzi a questo spettanti, per tutto il periodo del "disservizio" dal 6.9.2012 (data del contratto) al 11.10.2012 (data di completo attivazione mediante MNP anche per il servizio voce in entrata), risultando così indennizzato anche l'eventuale, ma non dedotto in controversia, ritardo nella procedura di MNP relativamente al servizio voce in uscita, espletato il 10.9.2012 con 3 giorni di ritardo rispetto alla data del contratto del 6.9.2012.

Si rigettano le altre domande di pagamento di un indennizzo proposte dall'utente, in quanto infondate in fatto ed in diritto e non provate.

La domanda di pagamento di un indennizzo per "mancata trasparenza contrattuale (portabilità di un numero Erg)", non è sufficientemente circostanziata, non essendo stati esplicitati i motivi che

renderebbero il contratto concluso con Postemobile privo di trasparenza contrattuale con riferimento alla richiesta di portabilità della sim Erg Mobile.

La domanda di pagamento di un indennizzo per mancata risposta al reclamo deve essere anch'essa rigettata, alla luce della normativa dettata dall'art. dell'articolo 8, comma 4, Delibera 179/03/CSP, nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima Delibera, secondo cui "In caso di rigetto, la risposta in esito al reclamo è in forma scritta, è adeguatamente motivata ed indica gli accertamenti compiuti"; la risposta, inoltre, deve essere fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque entro il termine non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta.

I reclami dell'utente sono infatti stati riscontrati da Postemobile, che li ha accolti, per fatto concludente del gestore allorché ha adempiuto la propria obbligazione principale oggetto del reclamo entro il termine utile per la risposta, senza pertanto necessità di una risposta scritta, che la Delibera 179/03/CSP prevede per i soli reclami rigettati.

3. 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, rilevata la paritaria partecipazione di entrambe le parti all'udienza di conciliazione ed a quella di definizione; la corresponsione spontanea dell'indennizzo contrattualmente previsto e la proposta conciliativa di Postemobile che, in sede di udienza di conciliazione ha offerto la ulteriore somma di € 100,00 a titolo di ulteriore indennizzo, rifiutata dall'utente; il deposito tardivo di entrambe le memorie difensive delle parti; il rigetto di tutte le domande proposte dall'utente; si ritiene congruo compensare integralmente le spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

*** **

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dalla sig.ra R. B. nei confronti dell'operatore POSTEMOBILE [REDACTED] sia da rigettare come da motivazione;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo compensare integralmente le spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

Il rigetto, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dalla sig.ra R. B. in data 25.01.2013.

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.

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, 16 aprile 2014

Il Presidente

Michele Petrucci

Il Dirigente

Antonio Calicchia