

DELIBERA DL/049/14/CRL/UD del 16 aprile 2014

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

A. M. B. / TELETU / FASTWEB [REDACTED]

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 28 febbraio 2013, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/103/2013, con cui la sig.ra A. M. B. ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società TeleTu [REDACTED] (di seguito, per brevità, "TeleTu") e con la società Fastweb [REDACTED] (di seguito, per brevità, "Fastweb");

VISTA la nota del 18 marzo 2013 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, ed all'operatore Telecom Italia S.p.A. (di seguito, per brevità, "Telecom") ai sensi dell'articolo 18 del Regolamento, l'avvio di un procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota del 8 aprile 2013, con la quale l'istante ha presentato la memoria difensiva;

VISTA la nota del 8 aprile 2013, con la quale TeleTu ha presentato la memoria difensiva;

VISTA la nota del 8 aprile 2013 con la quale Telecom ha presentato la memoria istruttoria;

UDITO l'istante all'udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

a) L'utente ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- in data 2 agosto 2012, l'istante accettava telefonicamente la proposta di un contratto con l'operatore TeleTu per la fornitura del servizio di telefonia fissa e adsl;
- l'11 agosto 2012 via fax e il 13 agosto e 3 settembre 2012 a mezzo raccomandata a.r., esercitava il diritto di ripensamento;
- la procedura di migrazione non andava a buon fine ed il servizio telefonico veniva interrotto da agosto 2012;
- il 4 settembre 2012, concludeva con Fastweb un nuovo contratto;
- a seguito delle numerose richieste di chiarimenti, veniva riferito che TeleTu non consentiva la migrazione a Fastweb, essendo stato nel frattempo stipulato un altro contratto con TeleTu;
- con l'istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione nei confronti dell'operatore TeleTu, l'utente chiedeva la cessazione dell'attività di retention da parte di TeleTu, senza spese e penali, la garanzia di portabilità del numero e il risarcimento per i disagi;
- all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'istante chiedeva la riattivazione della linea, lo storno delle fatture ed un indennizzo, anche per il mancato riscontro ai reclami. Chiedeva inoltre estendersi la domanda nei confronti di Fastweb. Alla successiva udienza, estesa la domanda all'operatore Fastweb, chiedeva l'attivazione dei servizi a Fastweb, lo storno delle fatture a TeleTu e, a entrambi i gestori, un indennizzo di Euro 2.000,00. Gli operatori non accettavano la proposta e l'udienza si concludeva con esito negativo;
- solo nel corso del procedimento avviato a seguito di istanza di adozione di provvedimento temporaneo, l'istante apprendeva di dover nuovamente avviare la portabilità comunicando al gestore Recipient Fastweb il codice di migrazione. L'8 febbraio 2013 stipulava con Fastweb un nuovo contratto e nel mese di marzo 2013 entrambi i servizi venivano attivati;
- con l'istanza di definizione, l'utente chiedeva un indennizzo ad entrambi i gestori di Euro 2.000,00 per : prolungato disservizio, mancata risposta dei gestori, fallimento della conciliazione, costi maggiori telefonate per uso esclusivo cellulare e mancata inclusione nel nuovo contratto Fastweb delle chiamate internazionali, caricamento pen drive, spese controversia, stress.

Chiedeva inoltre la riattivazione della linea con Fastweb e lo storno delle fatture TeleTu successive al recesso;

- con memoria dell'8 aprile 2013, l'istante comunicava di aver raggiunto un accordo transattivo con l'operatore Fastweb. Precisava di aver stipulato con Fastweb un nuovo contratto e che da un mese i servizi erano stati attivati; precisava le fatture TeleTu di cui chiedeva lo storno e chiedeva nei soli confronti di TeleTu un indennizzo di Euro 1.500,00, di cui: Euro 1.000,00 per la mancata fruizione dei servizi; Euro 150,00 per omessa risposta ai reclami in ordine alla mancata migrazione; Euro 250,00 per fallimento della procedura di conciliazione; Euro 100,00 per maggiori spese telefoniche sostenute. In replica alla memoria difensiva di TeleTu, precisava di essere stata indotta a concludere telefonicamente il contratto con TeleTu perché le era stato garantito che le chiamate internazionali erano incluse nell'offerta e che, avendo successivamente appreso che così non era, aveva esercitato il ripensamento. Precisava che i servizi di fonìa non erano mai stati attivati da TeleTu e che pertanto non aveva fruito neppure del servizio ADSL. Ribadiva di aver ricevuto da entrambi gli operatori risposte vaghe e contraddittorie alle richieste di chiarimenti e sottolineava il comportamento non collaborativo degli operatori;
- con memoria dell'8 aprile 2013, TeleTu eccepiva in via preliminare l'inammissibilità delle richieste di indennizzo perché generiche e risarcitorie, nonché l'inammissibilità delle richieste di rimborso, perché di importi non quantificati e non provati. Nel merito precisava che il 2 agosto 2012 il marito dell'istante aveva dato il proprio consenso telefonico all'attivazione dei servizi TeleTu con offerta Tuttocompreso con importazione da Fastweb. Il 14 agosto 2012 era stata aperta la stringa di importazione ed attivazione conclusasi con successo il 27 agosto 2012. Poiché le raccomandate del 17 agosto, 10 settembre e 5 novembre 2012 inviate dall'istante non precisavano se la volontà dell'utente fosse di disattivazione della linea o di migrazione verso altro gestore, l'utente era stata contattata da TeleTu ed aveva comunicato la volontà di migrare verso l'operatore di provenienza Fastweb. Nelle more, l'utenza era stata mantenuta attiva perché, altrimenti, non sarebbe stato possibile ottenere la migrazione. In data 12 settembre e 4 ottobre 2012 venivano aperte stringhe di dismissione su richiesta del Recipient Fastweb, ma entrambe le procedure erano fallite. In data 26 febbraio 2013 veniva aperta la terza stringa di dismissione, conclusasi con successo il 12 marzo 2013. Evidenziava di aver adempiuto con diligenza agli obblighi gravanti sul Donating e che i servizi erano stati regolarmente attivati e non fruiti per libera scelta dell'utente. Infine si dichiarava disponibile a stornare l'insoluto in essere, pari ad Euro 135,42;
- con memoria a fini istruttori dell'8 aprile 2013, Telecom precisava che dalle schermate Pitagora risultava: a) una attivazione standard OLO Fastweb eseguita il 15 giugno 2011; b) una migrazione da Fastweb a TeleTu eseguita il 27 agosto 2012; c) una migrazione da TeleTu a Fastweb eseguita il 12 marzo 2013;
- all'udienza di discussione compariva solo l'istante, il quale si riportava ai propri scritti.

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 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.

Viene pertanto rigettata la domanda dell'utente di rimborso dei maggiori costi sostenuti per le telefonate effettuate tramite cellulari, trattandosi di domanda avente natura risarcitoria e non essendo stati provati gli effettivi costi sostenuti.

Viene altresì rigettata, perché infondata, l'eccezione preliminare dell'operatore TeleTu di inammissibilità delle domande perché generiche e risarcitorie. Le domande dell'istante, espressamente qualificate come domande di indennizzo, non sono infatti generiche, essendo riconducibili a precisi presunti inadempimenti dell'operatore.

Viene infine dichiarata cessata la materia del contendere con l'operatore Fastweb, per intervenuta transazione.

2.2. Nel merito.

2.2.a. Sul ripensamento

L'istante lamenta che, nonostante l'esercitato diritto di ripensamento, TeleTu non ha consentito la migrazione a Fastweb.

L'operatore dichiara che, a seguito della conclusione del contratto del 2 agosto 2012, aveva avviato la procedura di migrazione il 14 agosto, conclusasi con successo il 27 agosto, e che non riavviò la procedura di migrazione verso Fastweb a seguito della ricezione della raccomandata dell'utente, non essendo chiaro se la volontà ivi manifestata fosse di disattivazione della linea o di migrazione. Accertata la volontà di migrazione dell'utente, dichiara inoltre di aver aperto stringhe di dismissione in data 12 settembre e 4 ottobre 2012, non andate a buon fine, e che solo la procedura avviata il successivo 26 febbraio 2013 si concluse con esito positivo il 12 marzo 2013.

La domanda dell'utente viene accolta per le seguenti ragioni.

Sono in atti la registrazione vocale del contratto TeleTu del 2 agosto 2012, il fax inviato dall'utente a TeleTu l'11 agosto 2012 e le raccomandate inviate in data 13 agosto 2012 e 3 settembre 2012.

Esaminati i documenti prodotti, si ritiene che, nella fattispecie, l'istante abbia esercitato il diritto di ripensamento del contratto concluso telefonicamente con TeleTu, con il fax dell'11 agosto 2012, confermato nelle 48 ore successive mediante lettera raccomandata (del 13 agosto 2012), nei termini e con le modalità previste dall'art. 64 del Codice del Consumo.

A prescindere dalle differenti espressioni utilizzate dall'utente nella comunicazione ("disdetta", "disattivazione", "recesso"), è infatti chiara la volontà dell'istante di liberarsi dal vincolo contrattuale telefonicamente assunto con TeleTu.

Risulta peraltro dalla comunicazione di TeleTu del 20 agosto 2012 inviata all'utente che l'operatore aveva avuto notizia già il 13 agosto della volontà di dismissione del servizio. Ciononostante, avviò ugualmente la procedura di migrazione il 14 agosto 2012.

TeleTu, ricevuta la comunicazione dell'istante il 17 agosto, avrebbe dovuto rendere effettivo il ripensamento, provvedendo a ripristinare compiutamente la situazione quo ante, e cioè inviare immediatamente al Donating (Fastweb) una notifica di mutata volontà del cliente, che interrompesse il processo di migrazione avviato nella pendenza del termine previsto per il ripensamento.

Dalle schermate Pitagora prodotte da Telecom non risulta che TeleTu abbia adempiuto a tale obbligo, né risultano in atti le successive stringhe di dismissione del 12 settembre e 4 ottobre 2012 e le cause dell'asserito fallimento delle procedure.

Risulta invece che la procedura avviata ad agosto 2012 si concluse il 27 agosto 2012 e che quella avviata il 26 febbraio 2013 si concluse il 12 marzo 2013.

Deve pertanto ritenersi che la condotta di TeleTu successiva al ripensamento dell'utente non sia stata conforme agli obblighi previsti dalla normativa, non essendosi attivato per ripristinare lo statu quo ante e non avendo dimostrato la non imputabilità del ritardo nella nuova migrazione, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ..

Spetta quindi all'utente un indennizzo per ogni giorno di ritardo nella lavorazione del ripensamento, a decorrere dal 17 agosto 2012 sino al 26 febbraio 2013.

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, 12.3 e 3.3 (applicabile per analogia alla fattispecie) dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, si riconosce un importo complessivo di Euro 289,50.

2.2.b. Sull'interruzione dei servizi

L'utente lamenta inoltre che, nel periodo da agosto 2012 sino all'attivazione dei servizi con Fastweb del 12 marzo 2013, il servizio è stato completamente assente.

TeleTu si limita a dichiarare che i servizi di telefonia erano stati regolarmente attivati e che la mancata fruizione dei servizi sarebbe dipesa da una libera scelta dell'utente.

In base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ed al 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, 3 luglio 2009 n. 15677 e, da ultimo, 20 gennaio 2010 n. 936), 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, mentre può limitarsi ad allegare l'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.

Pertanto, nella fattispecie, a fronte della totale mancanza di servizio dedotta, spettava all'operatore TeleTu che, per espressa ammissione aveva preso in carico l'utente a seguito del primo non interrotto processo di migrazione, provare di aver erogato nel periodo il servizio, oppure che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile, secondo il disposto dell'art. 1218 codice civile.

Stante il mancato assolvimento dell'onere probatorio, considerato che la mancanza del servizio trova conferma nell'assenza di traffico telefonico risultante dalle fatture prodotte da TeleTu, e considerato altresì che TeleTu, non avendo lavorato tempestivamente il ripensamento ed avendo fatto portare a termine la migrazione in suo favore, aveva l'obbligo di fornire il servizio sino al ripristino della situazione quo ante, si riconosce all'utente un indennizzo per la totale mancanza del servizio nel periodo dal 23 agosto 2012 (data di perfezionamento della migrazione a TeleTu) al 26 febbraio 2013 (data di dismissione in favore di Fastweb).

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2 e 5.1 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, si riconosce un importo complessivo di Euro 935,00.

2.2.c. Sulla domanda di storno delle fatture

L'istante chiede lo storno integrale delle fatture emesse da TeleTu successivamente al ripensamento.

La domanda viene accolta, trattandosi di importi non dovuti, ai sensi dell'art. 5.9 della Delibera 664/06/CONS.

2.2.d. Sulla mancata risposta ai reclami.

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami telefonici e scritti, il primo dei quali è documentato dalla raccomandata a/r del 27 ottobre 2012 e chiede la liquidazione del relativo indennizzo.

La domanda dell'utente non può essere accolta, avendo lo stesso depositato il successivo 30 ottobre 2012 l'istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione.

La circostanza rileva per la configurazione della fattispecie, alla quale dunque non possono essere applicati i criteri ed i parametri indennizzatori previsti per la mancata risposta ai reclami, poiché in pendenza del termine contrattualmente previsto per la risposta, l'utente ha attivato la procedura conciliativa, la cui funzione economico sociale è proprio quella di creare un'occasione di confronto tra le posizioni dell'utente e dell'operatore superando quindi gli strumenti contrattualmente previsti tendenti allo stesso scopo.

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, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte della mancata comparizione del gestore all'udienza di discussione, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 200,00 a titolo di rimborso 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 A. M. B. nei confronti dell'operatore TeleTu 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 200,00, 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 sig.ra A. M. B. in data 28 febbraio 2013.

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

- a) Euro 289,50 (duecento ottantanove/50) a titolo di indennizzo per il ritardo nella lavorazione del ripensamento, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.
- b) Euro 935,00 (novecento trentacinque/00), a titolo di indennizzo per l'interruzione del servizio, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.;
- c) Euro 200,00 (duecento/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura.

La società TeleTu [REDACTED] è inoltre tenuta a provvedere allo storno integrale delle fatture insolute emesse a carico dell'utente.

Viene dichiarata cessata la materia del contendere con l'operatore Fastweb [REDACTED] per intervenuta transazione tra le parti.

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, 16 aprile 2014

Il Presidente

Michele Petrucci

Il Dirigente

Antonio Calicchia