

DELIBERA N. 56/11/CRL
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
■■■■ TERELLE/TELECOM ITALIA ■■■■
IL CORECOM LAZIO

Nella Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 16/6/2011;

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'art. 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 n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, il "Regolamento");

VISTA l'istanza pervenuta in data 23 aprile 2010, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/317/2010, con cui il sig. ■■■■ Terelle ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia in essere con la società Telecom Italia ■■■■ (di seguito, per brevità, anche denominata "Telecom");

VISTA la nota del 3 maggio 2010, con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio del procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota del 25 maggio 2010 con la quale il sig. ■■■ Terelle ha presentato la memoria difensiva ed i documenti;

VISTA la nota del 3 giugno 2010 con la quale Telecom ha presentato la memoria difensiva ed i documenti;

VISTA la nota pervenuta al Corecom l'11 giugno 2010 con la quale il sig. ■■■ Terelle ha presentato la memoria di replica;

VISTA la nota del 14 giugno 2010 con la quale Telecom ha presentato la memoria di replica;

VISTA la nota del 2 agosto 2010 con la quale le parti sono state convocate per l'udienza di discussione del 6 settembre 2010;

UDITE tutte le parti nella predetta udienza del 6 settembre 2010, nella quale è stato concesso termine al sig. ■■■ Terelle per la produzione di documenti;

VISTA la nota del 23 novembre 2010, con la quale il sig. ■■■ Terelle ha comunicato l'impossibilità di produrre la documentazione richiesta;

VISTA la nota del 20 giugno 2011, con cui il Corecom Lazio ha richiesto integrazioni istruttorie a Telecom ed all'operatore Fastweb;

VISTA la nota di risposta del 30 giugno 2011 di Telecom;

VISTA la nota di risposta del 30 giugno 2011 di Fastweb;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento

Il sig. ■■■ Terelle, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente contenzioso, rappresentando quanto segue:

1) dopo aver aderito all'offerta "Passa ad Alice Business" pubblicizzata da Telecom sul sito internet, in data 22 ottobre 2008 l'utente inoltrava via fax a Telecom la domanda di rientro in Telecom con portabilità del numero fisso, comunicando il codice di migrazione rilasciato da Fastweb;

2) Telecom eccepiva telefonicamente l'erroneità del codice di migrazione e l'utente ribadiva la correttezza dei dati forniti dall'operatore Fastweb, inviando a Telecom un nuovo fax in data 28 ottobre 2008;

3) rimasti senza esito i numerosi colloqui con il servizio clienti, l'utente inviava un fax in data 7 gennaio 2009 ed una raccomandata in data 20 gennaio 2009, chiedendo l'attivazione del servizio, reclami cui Telecom non ha fornito risposta;

4) con l'istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente chiedeva la migrazione della linea con la portabilità del numero ed un risarcimento per il ritardo nella migrazione e per i danni subiti;

5) all'udienza per il tentativo di conciliazione del 21 dicembre 2009, Telecom chiedeva un rinvio per esame della documentazione ed il ricorrente chiedeva integrarsi il contraddittorio con l'operatore Fastweb;

6) all'udienza di rinvio del 22 marzo 2010, l'istante insisteva nella domanda di indennizzo, quantificandola in Euro 3.175,00 come da condizioni generali di abbonamento, oltre Euro 1.950,00 per ulteriori danni. Fastweb declinava la propria responsabilità e l'udienza si concludeva con esito negativo, anche per la mancata comparizione di Telecom;

7) con l'istanza di definizione rivolta nei soli confronti di Telecom, l'utente ha chiesto un indennizzo pari alla metà del canone mensile per ogni giorno di ritardo nell'attivazione del servizio dalla data della domanda, oltre un indennizzo per la mancata risposta ai reclami sino alla data dell'udienza di conciliazione, ed il rimborso delle spese di procedura;

8) con memoria del 25 maggio 2010, l'istante ha dedotto l'inadempimento contrattuale dell'operatore per non aver provveduto all'attivazione del servizio nei termini previsti dal contratto, nonché per la mancata comunicazione delle motivazioni tecniche relative alla mancata attivazione del servizio, ed ha quantificato l'indennizzo per il disservizio in Euro 4.381,80, e per la mancata risposta ai reclami in Euro 3.545,64, in base alle condizioni generali di contratto, oltre spese di procedura ed interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;

9) con memoria del 3 giugno 2010, Telecom ha chiesto dichiararsi l'inammissibilità dell'istanza perché avente ad oggetto domande nuove rispetto a quelle avanzate in sede di conciliazione ed indennizzi per fattispecie non previste dal contratto e, nel merito, ha chiesto rigettarsi l'istanza perché infondata. L'operatore ha contestato infatti la ricezione della richiesta di rientro e del fax di conferma del codice di migrazione, nonché del successivo fax del 7 gennaio 2009, dei quali ha eccepito la mancata prova dell'invio;

10) con memoria pervenuta al Corecom in data 11 giugno 2010, l'utente ha contestato le deduzioni dell'operatore, insistendo nelle domande e chiedendo disporsi l'acquisizione dei tabulati in entrata di Telecom o in uscita di Fastweb relativi al giorno 22 ottobre 2008 e 7 gennaio 2009 al fine di provare i contestati invio e ricezione della corrispondenza intercorsa;

11) con memoria del 14 giugno 2010, Telecom insisteva nelle eccezioni e domande svolte;

12) all'udienza di discussione del 6 settembre 2010, veniva concesso all'utente un termine di 80 giorni per produrre i tabulati Fastweb relativi al traffico effettuato in data 22 ottobre 2008 e 7 gennaio 2009;

13) con memoria del 23 novembre 2010, l'utente esponeva l'impossibilità di produrre la documentazione, avendo Fastweb dichiarato di non poter fornire i tabulati richiesti e chiedeva integrarsi il contraddittorio nei confronti di Fastweb e ordinarsi alla stessa la produzione dei tabulati o, in subordine, ordinarsi a Telecom di produrre certificazione in ordine alle comunicazioni intercorse nei giorni 22 ottobre 2010 (da intendersi 22 ottobre 2008) e 7 gennaio 2009 tra la numerazione dell'utente e i numeri verdi di Telecom:

14) con comunicazione del 20 giugno 2011, il Corecom chiedeva a Telecom e a Fastweb, al fine di integrare l'istruttoria, la produzione dei detti tabulati. Entrambi gli operatori comunicavano l'impossibilità di fornire quanto richiesto.

2. Motivi della decisione

2.a. Sul rito

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

L'eccezione svolta in via preliminare da Telecom di inammissibilità dell'istanza perché avente ad oggetto domande nuove rispetto a quelle formulate in sede di conciliazione e indennizzi non previsti dal contratto è infatti infondata, e viene rigettata, per le seguenti ragioni.

Con l'istanza di conciliazione l'utente aveva richiesto, oltre all'adempimento del contratto, un "risarcimento per gli 11 mesi di ritardo ed i danni subiti". Nell'istanza di definizione, l'utente ha richiesto un indennizzo, ai sensi delle condizioni generali di contratto, per il ritardo nell'attivazione del servizio e per la mancata risposta ai reclami.

In applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione e sulla base della documentazione prodotta dall'istante, già la domanda di risarcimento da questi svolta nell'istanza di conciliazione poteva essere interpretata come domanda di condanna al pagamento di un indennizzo in conseguenza di un eventuale comportamento illegittimo da parte dell'operatore. Ed infatti poi la domanda viene in questi termini esplicitata nella successiva istanza di definizione, con riferimento al preteso inadempimento contrattuale di mancata attivazione del servizio e di mancata risposta ai reclami.

Quest'ultima domanda di indennizzo non può considerarsi domanda nuova, in quanto l'inadempimento, seppure non espressamente indicato nell'istanza di conciliazione, deve ritenersi essere stato implicitamente lamentato sulla base della descrizione dei fatti e della corrispondenza prodotta dall'utente.

Il fatto poi che la specifica fattispecie di indennizzo per la mancata risposta ai reclami non sia prevista dalle condizioni generali di contratto, non preclude all'Autorità, ove venga ravvisato in concreto tale inadempimento comunque configurabile in base al disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP e del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera, di far ricorso all'analogia, applicando agli inadempimenti non espressamente previsti il parametro di indennizzo previsto per altre inadempienze.

2.b. Nel merito

La domanda dell'utente non può essere accolta, per le seguenti ragioni.

L'istante ha dichiarato di aver aderito all'offerta "Passa ad Alice Business" pubblicizzata sul sito internet dell'operatore e di aver trasmesso l'apposito modulo di Richiesta di Rientro in Telecom con

il Codice di Migrazione (fornitogli dal precedente operatore Fastweb) a mezzo fax il 22 ottobre 2008. Unitamente al modulo sottoscritto, l'utente ha prodotto il rapporto di trasmissione del fax, dal quale risulta testualmente: "NR. TX/RX 5235".

Con ulteriore fax del 28 ottobre 2008, l'utente ha dedotto di aver confermato a Telecom la correttezza del codice di migrazione già comunicato. Di tale lettera fax non è in atti la prova dell'invio.

Ancora il 7 gennaio 2009, l'istante deduce di aver sollecitato l'attivazione del servizio, inviando un fax, di cui produce tre rapporti di trasmissione, recanti testualmente: "NR: TX/RX 5375", "NR: TX/RX 5374", NR: TX/RX 5373".

In data 20 gennaio 2009 veniva inoltrata a mezzo raccomandata a.r. ricevuta il 28 gennaio 2009 la diffida ad adempiere e messa in mora per la mancata attivazione del servizio.

L'operatore nelle memorie ha espressamente contestato di aver ricevuto la Richiesta di Rientro del 22 ottobre 2008, nonché i successivi fax del 28 ottobre 2008 e 7 gennaio 2009.

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 Cass. Il 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.

Nella fattispecie, dunque, spettava all'utente fornire la prova della fonte negoziale del suo diritto, ovvero di aver correttamente manifestato all'operatore la sua volontà di concludere il contratto mediante l'invio del modulo di Richiesta al numero di fax indicato nella email del servizio clienti indirizzata all'utente (fax gratuito [REDACTED]).

Tale prova non può ritenersi essere stata fornita dall'istante, dal momento che il fax prodotto risulta inviato ad un numero che non corrisponde, neppure nelle sole quattro cifre riportate nel report, a quello indicato dall'operatore.

La stessa considerazione vale per il fax del 7 gennaio 2009, i cui tre report di trasmissione recano numeri non corrispondenti, neppure nelle sole quattro cifre, a quelli indicati nell'intestazione.

Né la rigorosa prova dell'esistenza di un contratto tra le parti può essere rappresentata da un SMS che l'istante dichiara di aver ricevuto sulla sua utenza mobile con un numero di protocollo di segnalazione, o dalla comunicazione di un codice dell'istanza di rientro fornita da un operatore del call center 191, indizi irrilevanti in mancanza di qualsivoglia sostegno probatorio circa l'avvenuto perfezionamento del contratto.

L'istanza istruttoria di acquisizione dei tabulati di traffico in uscita dei giorni 22 ottobre 2008 e 7 gennaio 2009 rivolta a Fastweb e di acquisizione dei tabulati di traffico in entrata delle numerazioni fax dei medesimi giorni rivolta a Telecom sono state legittimamente disattese da entrambi gli operatori in forza di quanto disposto dall'art. 123, commi 1 e 2 del D.Lgs. 196/2003, "Codice in materia di protezione dei dati personali" secondo il quale: *"1. I dati relativi al traffico riguardanti abbonati ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico sono cancellati o resi anonimi quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatte salve le disposizioni dei commi 2, 3 e 5. 2. Il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, **per un periodo non superiore a sei mesi**, salva l'ulteriore specifica conservazione necessari per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale"*.

Quindi, già alla data di presentazione dell'istanza di conciliazione (4 settembre 2009), i dati relativi al giorno 22 ottobre 2008 e 7 gennaio 2009, non erano più nella disponibilità degli operatori, essendo trascorsi i sei mesi previsti per la loro conservazione.

Concludendo: non essendo stata provata dall'utente l'esistenza del contratto con l'operatore ed il suo perfezionamento, alcun inadempimento è imputabile all'operatore Telecom per la mancata attivazione del servizio e la domanda di condanna al pagamento del relativo indennizzo deve essere rigettata.

In mancanza di un rapporto contrattuale con l'operatore, non può essere accolta neppure la domanda di pagamento dell'indennizzo per la mancata risposta al reclamo.

Ciò stante e ferma restando la realtà processuale emersa dalle risultanze documentali e dalle difese svolte dalle parti, non può non rilevarsi come la presente pronuncia, che è l'inevitabile frutto della verità procedimentale formata attraverso eccezioni tecniche e dalla pur legittima opposizione di vincoli normativi, lasci comunque intatta ogni considerazione in ordine alla buona fede del ricorrente, il quale ha compiuto tutti gli atti in suo potere al fine di dimostrare la veridicità delle proprie posizioni, finendo suo malgrado per soggiacere alla cogenza dei menzionati vincoli tecnico-giuridici.

2.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'art. 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"*.

Tuttavia, nel caso di specie, considerate le difese svolte ed il comportamento tenuto dalle parti, si ritiene congruo compensare integralmente le spese della procedura di conciliazione e di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

RITENUTO che la richiesta formulata dal sig. ■■■ Terelle nella istanza di definizione della controversia presentata in data 23 aprile 2010 non possa essere accolta;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

Il rigetto integrale dell'istanza presentata dal sig. ■■■ Terelle in data 23 aprile 2010.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. 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.

Roma, 16 giugno 2011

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente Responsabile del Procedimento

Ines Dominici

Fto