

CO.RE.COM. CAL/RIP

DETERMINAZIONE DIRETTORIALE N.219 DEL 9-10-2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSA

De Angelis xxxxxx c/Tiscali Italia xxxx – n. utenza xxxxx

IL DIRETTORE

VISTI:

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";

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'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons, "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" ed, in particolare, l'art. 19, comma 6, che così recita: *"la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente 500,00 (cinquecento/00) euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Direttore, salvo nei casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, che possono essere rimessi alla decisione dell'Organo Collegiale"*;

il Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, adottato con delibera n. 73/11/CONS. del 16 febbraio 2011;

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com" e successive modifiche. ed integrazioni;

l'Accordo Quadro del 28 novembre 2017 tra l'Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall'Autorità con delibera n. 395/17/CONS;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria, in data 19/21 dicembre 2017;

DATO ATTO della deliberazione Co.Re.Com. Calabria n. 234 del 17 luglio 2014, con cui il Comitato ha conferito al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all'adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (*cinquecento/00*) euro, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, sopra citata;

RICHIAMATO il punto III.5.5. dell'Allegato alla delibera AgCom 276/13/CONS "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", secondo cui: "*al fine di determinare il valore della controversia per l'applicazione della procedura semplificata di cui all'art. 19, comma 7, si avrà riguardo al valore del decisum, e non di quanto dichiarato all'atto dell'istanza. Pertanto, seppure l'utente chieda una somma superiore come indennizzo per il disservizio subito, se l'importo effettivamente liquidato è inferiore ad euro cinquecento, si provvederà con determina direttoriale*";

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 41836 del 18 ottobre 2017, con cui il ricorrente in oggetto ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società in epigrafe, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, di seguito "Regolamento";

VISTA la nota con prot.n. 42403, del 20 ottobre 2017, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di ciascun procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

Visti gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO che il tentativo obbligatorio di conciliazione, si è concluso con il mancato accordo delle parti;

Considerato quanto segue:

1. **La posizione del ricorrente**

Il ricorrente, con riferimento alla propria utenza telefonica fissa, tipologia residenziale, ha esposto quanto segue: "*in data 7/3/17 l'utente veniva contattato dal servizio clienti Tiscali che contro la sua volontà attivava la propria fornitura in luogo di quella esistente Telecom. L'utente riferisce che Tiscali, al momento del contatto, si presentava anche per conto di Telecom e che l'offerta attivata sarebbe stata fornita anche da Telecom. Così contattava Telecom che smentiva il tutto e a questo punto sempre in data 7/3/2017 inviava a Tiscali lettera racc. ar di annullamento dell'offerta Tiscali. In pari data veniva sospesa l'erogazione del servizio. L'utente inviava anche per fax, in data 16/03/2017, a Telecom la comunicazione di volere rimanere con lo stesso gestore e di non desiderare il servizio Tiscali, ma il servizio di telefonia non veniva riattivato.*"

Per quanto appena esposto, l'istante ha chiesto:

- a) "*indennizzo per servizio attivato senza richiesta dal 07-03-17 e fino alla riattivazione;*
- b) "*indennizzo per sospensione servizio voce + adsl fino alla riattivazione con il gestore Telecom*".

Con successiva memoria, il ricorrente ha specificato quanto segue:

"*Invero, si rileva, per come ammesso anche dal gestore, che l'utente ha dimostrato la chiara intenzione di esercitare il proprio diritto di ripensamento alla migrazione della linea verso Tiscali, nel termine di 14 giorni a far data dal giorno del presunto contratto con Tiscali, inviando lettera Racc. Ar in data 07/03/2017 al gestore*

Tiscali e comunicando, a mezzo fax a Telecom sempre nella data del 07/03/2017 di volere mantenere il servizio di telefonia (voce + adsl) con Telecom (ALL.1).

Ciò detto, proprio dalla data del 07/03/2017 avveniva l'interruzione della linea e il cliente rimaneva disservito fino al 03/06/2017.

A fronte della mancata fornitura del servizio di telefonia veniva introdotto il procedimento di conciliazione con il gestore Tiscali e avviato il procedimento ex modello GUS in data 27/03/2017, ai sensi dell'art. 5 delibera 173/07/Cons e succ. modifiche ed integraz., per cui in data 27/04/2017 con Determinazione Direttoriale n. 77 veniva emesso Provvedimento Temporaneo finalizzato alla riattivazione dei servizi telefonici (fonia e fibra) e al rientro dell'utenza in Telecom (ALL.2).

In merito, il gestore Tiscali comunicava che in data 03/04/2017 aveva provveduto ad inserire l'ordine di cessazione della migrazione con rientro in Telecom, circostanza ribadita con la comunicazione del 02/05/2017 corredata della schermata (ALL.3). L'utente, per il tramite del proprio procuratore ha ripetutamente sporto reclami ai gestori e sollecitato il Corecom affinché fosse disposta la riattivazione della fornitura ma senza esito a causa della condotta inadempiente di Tiscali.

Si contesta quanto eccepito dal gestore in ordine all'asserita inammissibilità dell'istanza GU14 avanzata dal ricorrente con conseguente inapplicabilità degli indennizzi previsti ex allegato A, Delibera Agcom n. 73/11/cons per la fattispecie che ci occupa, sulla scorta di una distorta e parziale interpretazione dell'art. 2 della detta delibera. Invero, le LINEE GUIDA IN MATERIA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE TRA UTENTI ED OPERATORI DI COMUNICAZIONI ELETTRONICHE (Approvate con delibera n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013) all'ART. 19 DECISIONE DELLA CONTROVERSIA, punto III.5.3. titolato "Riconoscimento degli indennizzi e criteri per la liquidazione, dispongono che: Secondo il Regolamento (art. 19, c. 4)", con la pronuncia di accoglimento si può condannare l'operatore 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. Con il Regolamento approvato con delibera 73/11/CONS l'Autorità ha stabilito i parametri minimi applicabili in caso di disservizi relativi a diverse fattispecie. Gli indennizzi possono essere considerati come una sorta di penalità da inadempimento predeterminata dalle parti, ed infatti sono indicati nei documenti contrattuali (condizioni generali di contratto e carte dei servizi), cui deve essere fatto riferimento per l'individuazione del loro ammontare pro die, con le precisazioni che seguono: Fattispecie non contemplate dai contratti: per tutte le fattispecie non contemplate si fa riferimento ai parametri del Regolamento indennizzi.

Analogamente si procede qualora i parametri contrattuali sono inferiori, nella misura unitaria, a quelli del regolamentoomissis.....secondo la delibera 179/03/CSP (art. 11, c. 2) gli indennizzi devono essere "proporzionati al pregiudizio arrecato", l'Autorità ha sinora disapplicato i tetti massimi eventualmente previsti dagli operatori. A ben vedere, infatti, l'interpretazione del meccanismo indennizzatorio seguita dall'Autorità nell'elaborare il regolamento de quo parte dal presupposto che il tetto dell'indennizzo contrattualmente previsto costituisce il limite estremo - non certo della prestazione risarcitoria, bensì - di funzionamento dell'automatismo indennitario, al di là del quale possono trovare applicazione le regole generali sul risarcimento del danno e sull'onere della prova. In altre parole, l'indennizzo contrattualmente previsto assolve una funzione riparatoria automatica, utile per una più agevole composizione di liti connotate da non particolari motivi di complessità; ed in tale ottica si giustifica, dunque, l'applicazione di eventuali tetti che troveranno applicazione solo e soltanto finché tale sistema compensativo abbia una natura "automatica", e dunque in Sede di gestione del rapporto tra l'operatore ed il proprio cliente. Ne discende che una volta che la controversia esca dall'alveo prettamente negoziale (o conciliativo) e involva l'attività di pieno accertamento dei fatti da parte dell'Autorità, la misura indennitaria viene ad assumere una valenza diversa, ovvero quella di parametro per il calcolo del quantum debeatur sulla scorta del principio di proporzionalità espresso dall'articolo 11, comma 2, dell'allegato A alla delibera n. 179/03/CSP, a mente del quale gli importi degli indennizzi, devono essere univocamente determinabili e proporzionati al pregiudizio arrecato". In tal senso, dunque, va letto il disposto dell'articolo 2, comma 2, del Regolamento, volto ad evitare che l'applicazione delle disposizioni negoziali in fase di definizione della controversia - nelle ipotesi di indennizzi unitari contrattualmente stabiliti in misura superiore a quelli di cui al Regolamento - possa risolversi in un danno per l'utente in caso di previsione di un tetto massimo nel contratto, a discapito del criterio di proporzionalità tra il disagio subito e la corrispondente misura indennizzatoria. Nell'applicazione di tale disposizione, tuttavia, va tenuto presente che qualora anche il

Regolamento sugli indennizzi stabilisca dei tetti massimi (ad es. nel caso di mancata risposta al reclamo), applicando il principio del favor utentis, tra i due limiti indennitari (contrattuale e regolamentare) non potrà che farsi riferimento a quello più favorevole all'utente. ...omissis....Appare comunque singolare che il Gestore, strumentalmente, non faccia alcun cenno alla sospensione delle servizio voce + ADSL dal 07/03/2017 fino al momento del rilascio della linea a Telecom 12/04/2017, che vorrebbe indennizzare secondo parametri inferiori, evidentemente in danno al cliente.

Invero...omissis.... dovrà essere tenuto al pagamento dell'indennizzo pari ad € 10,00 per 36 giorni ...omissis....cioè € 360,00, scomputando l'importo già corrisposto per € 100,00".

2. La posizione dell'operatore

La società resistente, tempestivamente costituita, ha respinto ogni addebito specificando quanto segue: "come riportato nel verbale di mancata conciliazione sottoscritto in data 28/07/2017 davanti codesto spett.le Co.Re.Com, ai sensi dell'art. 2 della Delibera 73/11/CONS, Tiscali ha provveduto ad accreditare all'Istante la somma di € 100, riconoscendo un indennizzo giornaliero di gran lunga superiore a quanto previsto dalla Carta dei Servizi Tiscali. La stessa prevede, infatti, un indennizzo giornaliero di €2,50 fino ad un importo massimo di €100 per generico malfunzionamento o indisponibilità del servizio. In ottemperanza all'art. 2 della sopra citata Delibera, in data 4/08/2017, Tiscali provvedeva a liquidare la somma di €100 mediante bonifico bancario sulle coordinate iban dell'Istante. Il buon fine della transazione è provato dal seguente n. di CRO ...omissis....Per quanto sopra esposto, la Scrivente chiede a codesto spett.le Ufficio che l'istanza in oggetto venga dichiarata inammissibile ex art. 2 della Delibera 73/11/CONS.

Tutto ciò premesso, ai fini di una maggior comprensione della vicenda oggetto di contestazione, si riportano le seguenti informazioni.

In data 4/3/2017, l'Istante sottoscriveva, mediante regolare registrazione vocale, il servizio Tiscali, ad uso privato e residenziale, denominato "Tutto Incluso Full" sulla numerazione xxxxxxx (All.1).

Giova precisare che durante la registrazione vocale, l'operatrice ripeteva più volte il nome della futura società erogatrice del Servizio, per l'appunto Tiscali (cfr.All.1).

Si contesta, pertanto, l'affermazione contenuta nel formulario GU14, secondo la quale la Scrivente, ha attivato la propria fornitura contro la volontà del Cliente.

Nella stessa data, la Scrivente, in ottemperanza alla Delibera 664/06/CONS ed ai sensi del Codice del Consumo D.lgs 206/2005 sezione II, art.50 e seguenti, inviava all'indirizzo e-mail xxxxxxxxdeangelis@gmail.com (All.2) indicato dal Cliente per ricevere tutte le comunicazioni, il c.d. Welcome Pack contenente il riepilogo delle caratteristiche commerciali ed economiche e le Condizioni Generali del Contratto richiesto (cfr. All.2).

In data 7/03/2017, l'ordine di attivazione veniva inviato a Telecom Italia ed espletato positivamente, in data 20/03/17 (All.3).

Nella stessa data, del 7/03/2017, l'Istante inviava raccomandata A/R di recesso, che veniva censita sui sistemi Tiscali qualche giorno dopo. Tuttavia essendo già partito l'ordine di attivazione e trovandosi in fase avanzata, non vi era opportunità di poterlo interrompere, se non a pena di causare al Cliente gravosi disagi. La soluzione tecnica consigliata era piuttosto quella di portare a compimento l'attivazione e poi effettuare la migrazione inversa.

La Società scrivente, immediatamente dopo la conclusione del processo di attivazione, si attivava tempestivamente per disporre il rientro in Telecom Italia. Tuttavia l'ordine di rientro riceveva un "KO" da Telecom Italia con la seguente motivazione "RIFIUTO DEL RIENTRO DA PARTE DEL CLIENTE" (All.4).

In data 12/04/2017, veniva, pertanto, riavviato l'ordine di cessazione senza il rientro in Telecom Italia. Il suddetto ordine di cessazione veniva espletato positivamente, in data 24/04/2017, dalla stessa Telecom (All.5)....omissis.....Giova, infine, precisare, come Tiscali abbia, oltre che stornato (All.6) e rimborsato l'importo dell'unica fattura emessa (All.7), accreditato all'Istante un indennizzo pari a €100,00, come sopra già esposto".

Per quanto sopra, l'operatore ha chiesto il rigetto di ogni richiesta avanzata da parte ricorrente.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante non possono trovare accoglimento.

In estrema sintesi, l'istante chiede la corresponsione di due indennizzi. Il primo per l'attivazione di servizi non richiesti, avendo egli prontamente esercitato il diritto di ripensamento ed avendo tenuto l'addetto Tiscali un comportamento ingannevole. Il secondo per la sospensione dell'utenza riattivata solo con il rientro in Tim.

Quanto all'attivazione di servizi non richiesti, va osservato che la fattispecie descritta nel presente procedimento non rientra in tale ipotesi. Il quadro normativo applicabile, ai sensi della delibera n. 519/15/CONS, prevede, a salvaguardia dell'effettiva intenzione di concludere il contratto, l'acquisizione del consenso informato del titolare dell'utenza mediante la registrazione integrale della conversazione telefonica. Nel caso di specie, la registrazione acquisita agli atti, evidenzia la volontà iniziale espressa dall'istante di addivenire alla conclusione del contratto, salvo poi l'esercizio del diritto di ripensamento, espresso con la dichiarazione di non volere più aderire a quanto prospettato telefonicamente, a fronte del quale il servizio è stato sospeso e giammai attivato, per stessa ammissione dell'istante medesimo, il quale ha dedotto di non aver mai usufruito dei servizi con Tiscali. Per quanto sopra esposto, la *res* controversa, non potendo configurarsi come attivazione di servizi non richiesti, avendo l'utente scelto liberamente di aderire, non può ricondursi nell'alveo di cui all'articolo 8, dell'allegato A) alla delibera n. 73/11/CONS. Sicché, la richiesta di liquidazione di un indennizzo di cui al punto a), non è accoglibile.

D'altro canto, come appena visto, l'utente ha dedotto di non aver mai potuto utilizzare i servizi e, secondo recenti orientamenti Agcom, la presente fattispecie di per sé non potrebbe comunque essere ricompresa in tale ambito indennizzatorio (*" non risulta possibile prevedere una misura compensatoria per l'attivazione di servizi non richiesti allorquando i medesimi servizi non erano oggettivamente usufruibili dall'utente "* - **delibera n. 3/18/cir**).

Quanto alla richiesta di indennizzo per l'assenza di servizi, l'istanza va rigettata per le seguenti motivazioni.

L'istanza introduttiva del presente procedimento non è riconducibile all'ambito applicativo del *Regolamento sugli indennizzi*, riservato alle sole ipotesi in cui l'operatore non abbia già corrisposto gli indennizzi, ai sensi delle norme contrattuali, prima dell'instaurazione della controversia, o non si sia impegnato a farlo in sede conciliativa, fornendo prova di tale adempimento.

In specie Tiscali, si è attivata attraverso lo storno e il rimborso dell'unica fattura emessa, a fronte di cui ha emesso nota di credito n. 178403XXX e, in fase conciliativa, ha riconosciuto l'indennizzo previsto per tale fattispecie nella misura massima indicata dalla propria Carta dei Servizi, disponendone la liquidazione il 4 agosto 2018, come riconosciuto dall'utente. Considerato, quindi, il rispetto dell'impegno preso dall'operatore in fase conciliativa, trova applicazione, la preclusione di cui all'articolo **2, comma 1, del Regolamento sugli indennizzi**, secondo cui *" 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 "*.

TUTTO CIO' PREMESSO,

RITENUTO di dover rigettare la domanda del ricorrente.

RITENUTO, altresì, che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Co.Re.Com. all'esito della procedura di definizione, devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e, pertanto, tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

RITENUTO che, ai sensi dell'art. 19, comma 6 del Regolamento di procedura, nella quantificazione di rimborsi ed indennizzi, deve tenersi conto *" del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche*

in pendenza del tentativo di conciliazione" ed, altresì, che "quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi" vadano comunque "rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia...", le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione";

CONSIDERATO che, a fronte dell'integrale rigetto della domanda, non si ritiene di poter riconoscere il rimborso delle spese procedurali;

Per tutto quanto sopra esposto

DETERMINA

Il rigetto dell'istanza di definizione promossa da De Angelis F. nei confronti della società Tiscali Italia XXX.

E' in facoltà del ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Regolamento "il provvedimento di definizione della controversia, costituisce un ordine dell'Autorità", come disposto dall'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259";

La presente determinazione è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web sia dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sia del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.
Reggio Calabria,

Il Responsabile del Procedimento
F.to Avv. Michele Ripepi

IL DIRETTORE DEL CO.RE.COM.
F.to Avv. Rosario Carnevale