

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 160

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx c/ Bt Italia xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 24/09/2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

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;

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";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

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

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.re.com." e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

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" e succ. modif. ed int.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "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;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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;

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 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 2 marzo 2012, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 11251, con cui l'utente/ditta xxx ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la società Bt Italia xxx, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons e succ. modif. ed int.;

la nota del 9 marzo 2012 (prot. n. 12706 del 12 marzo 2012), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

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

Dato atto che nessuna delle parti ha richiesto l'udienza di discussione;

considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

La ditta xxx ha promosso, dinanzi a questo Co.Re.Com., un procedimento di conciliazione nei confronti della società Bt Italia xxx. La conciliazione si è conclusa ai sensi dell'**art. 8, co. 3, del Regolamento**, in quanto il gestore non ha comunicato la propria volontà di partecipare alla procedura conciliativa.

Il 2 marzo 2012, l'istante ha domandato la definizione della controversia.

Il ricorrente si è lamentato dell'arbitraria attivazione dei servizi telefonici voce e internet da parte del Gestore resistente. Nell'espone i fatti, l'utente ha affermato:

- 1) di essere stato contattato telefonicamente da operatori di Bt Italia xxx per una proposta commerciale;
- 2) prima di aderire all'offerta, l'utente domandava l'invio per e-mail di una copia del contratto e del modulo di adesione allo scopo di valutare la convenienza dell'affare;
- 3) l'anzidetta documentazione non è stata mai restituita ed il contratto non è stato mai sottoscritto;
- 4) ciò nonostante, il 10 gennaio 2012 inaspettatamente l'utenza è migrata in Bt, con contestuale arbitraria interruzione dei servizi voce e adsl;
- 5) la privazione dei servizi ha allertato l'utente che, di guisa, ha richiesto prontamente a BT il rientro in Telecom;
- 6) il 17 febbraio 2012, è stato completato il rientro per il servizio voce;
- 7) l'interruzione del servizio internet è invece proseguita, perdurando alla data di presentazione della presente istanza.

L'istante, pertanto, ha domandato all'uopo:

- a) la corresponsione degli indennizzi previsti per legge;
- b) il risarcimento dei danni;
- c) la corresponsione delle spese legali.

Bt italia xxx è rimasta contumace.

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'**art. 14 del Regolamento** ed è pertanto procedibile.

Si rammenta, altresì, 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, giacché è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

E' fatto salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria per il maggior danno.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono fondate e meritano accoglimento nei limiti del dispositivo.

2.1 Sull'attivazione di un servizio non richiesto.

L'utente, come visto, lamenta l'attivazione di servizi telefonici non richiesti.

L'operatore, invece, nonostante la rituale comunicazione dell'avvio del procedimento è rimasto contumace.

Orbene, l'indagine diretta ad accertare eventuali responsabilità non può prescindere dall'analisi della normativa di riferimento. A tale proposito, come espresso in più occasioni dall'Agcom: *"per l'attivazione di un servizio di comunicazione elettronica vale il principio generale per il quale l'operatore, prima di erogare il servizio, deve acquisire il consenso inequivoco del titolare della linea telefonica"*. Sulla medesima scia, l'**art. 3, allegato A, delibera n. 664/06/CONS**, espressamente recita: *"ai sensi dell'art. 57 del Codice del consumo, è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente"*.

Nella fattispecie *de qua*, le affermazioni dell'utente sono rimaste inconfutate, sicché – seguendo un orientamento ampiamente consolidato – l'attivazione arbitraria dei servizi voce e adsl, può ritenersi provata, con riconoscimento di un indennizzo secondo la misura individuata al successivo capo 3.

2.2. Con riferimento all'interruzione dei servizi voce e adsl.

L'utente, come esaminato in precedenza, si duole altresì per l'interruzione dei servizi voce e adsl.

Il comportamento del gestore, viste le circostanze, è particolarmente grave e merita di essere sanzionato anche in quanto sussiste un nesso eziologico tra l'arbitraria attivazione del servizio e il malfunzionamento. Il gestore, rimanendo contumace, non ha provato gli elementi interruttivi del legame, meritando la soccombenza. L'utente ha allegato, infatti, sia l'ingiustificata attivazione che l'interruzione dei servizi, focalizzando l'aspetto della coincidenza tra il momento del rientro della linea in Telecom e la cessazione del malfunzionamento della fonia.

Com'è noto, l'intera disciplina delle telecomunicazioni riflette l'inderogabilità dell'obbligo di garantire la regolarità dell'erogazione dei servizi telefonici. Allorquando poi la problematica investe – come nel caso di specie – il servizio universale, l'inadempimento va valutato con maggior rigore. Tra le varie norme disattese, merita di essere rammentato l'**art. 3 comma 4 della Delibera 179/03/CSP**, secondo cui gli organismi di telecomunicazione devono offrire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, ad eccezione di quelle dovute ad interventi di manutenzione e riparazione.

Pertanto, sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti, si giunge a comporre gli interessi in conflitto avvalendosi dei principi di ripartizione del carico probatorio concretamente applicati nel processo civile. In particolare, secondo giurisprudenza pacifica, l'onere della prova, nell'ambito delle controversie inerenti il settore delle telecomunicazioni è ripartito tra utente (creditore) e gestore (debitore) in tal senso: *"in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento"* (Cass. Civ. n.2387/04). Parimenti consolidato è il principio di vicinanza della prova, anch'esso fatto proprio da questo Co.re.com., secondo cui: *"l'onere della prova, poi, dev'essere ripartito oltreché secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo; principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge tendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio"* (Cass. Sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533 e 10 gennaio 2006 n. 141). Il nodo va sciolto, quindi, alla luce degli anzidetti criteri di ripartizione del carico probatorio e tenuto conto delle risultanze istruttorie. A fronte, pertanto, della puntuale deduzione dell'utente di una mancata erogazione dei servizi, è onere del gestore contestare l'affermazione, dimostrandone la fornitura, ovvero provare – sempre ex art. 1218 c.c. – che l'inadempimento o il ritardo sia determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile allo stesso operatore. Nulla di questo è stato fatto. Pertanto, l'utente, andrà adeguatamente indennizzato.

2 Indennizzi, rimborsi e storni.

All'utente dovrà essere corrisposto un indennizzo per l'attivazione non richiesta dei due servizi. A tale proposito, l'art. 8, co.1, della delibera 73/11/CONS espressamente recita: *"Nelle ipotesi di attivazione di servizi non richiesti, fatto salvo il diritto degli utenti ad ottenere lo storno o il ricalcolo degli addebiti fatturati, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo pari ad euro 5,00 per ogni giorno di attivazione"*. Il *dies a quo* è il 10 gennaio 2012, ovvero il giorno di attivazione del servizio da parte di BT. Il *dies ad quem* del ristoro è, invece, il 17 febbraio 2012, ovvero la data del rientro in Telecom, in conformità alla rappresentazione dei fatti prospettata dall'utente.

Va, altresì, riconosciuto alla ricorrente un indennizzo per l'interruzione totale dei due servizi, voce e adsl.

Il *dies a quo* è sempre il 10 gennaio 2012, così come lamentato dall'utente. Cambia però il *dies ad quem* dell'interruzione del servizio internet che coincide con la data di presentazione dell'istanza di definizione (2 marzo 2012), laddove per il servizio voce rimane ferma la data del 17 febbraio 2012.

Con riferimento al *quantum*, invece, l'articolo 5, delibera 73/11/CONS (Indennizzo per malfunzionamento del servizio), testualmente recita: *"In caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici, imputabili all'operatore, sarà dovuto un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 5,00 per ogni giorno d'interruzione....omissis..."*.

La misura degli indennizzi come sopra individuati va poi raddoppiata, giusto disposto dell'art. 12, co. 2, dell'anzidetta delibera ed in conformità alla natura *business* dell'utenza.

All'utente dovranno, dunque, essere riconosciute le seguenti somme:

- € 380,00 (trecentottanta/00), per 38 giorni di arbitraria attivazione del servizio voce;
- € 380,00 (trecentottanta/00), per 38 giorni di arbitraria attivazione del servizio internet;
- € 380,00 (trecentottanta/00), per 38 giorni d'interruzione completa del servizio voce;
- € 520,00 (cinquecentoventi/00), per 52 giorni d'interruzione completa del servizio adsl.

Come da orientamento consolidato, il calcolo dell'indennizzo, si conforma altresì ai principi di proporzionalità ed adeguatezza, che presuppongono una corrispondenza tra l'indennizzo erogato ed il pregiudizio subito.

3 Sulle spese di procedura.

L'art. 6 del Regolamento sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione" e 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 di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione".

A tale proposito, l'accoglimento dell'istanza, il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, conducono a riconoscere all'istante - in conformità a quanto previsto dall'**articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS** - l'importo di **€ 50,00 (cinquanta/00)**, a titolo di rimborso spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria, Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti; Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. Alessandro Manganaro, nell'odierna seduta; All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, della domanda proposta dalla ditta xxx.

La società Bt Italia xxx, è tenuta a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico:

- 1) **€ 380,00 (trecentottanta/00)**, per l'arbitraria attivazione del servizio voce;
- 2) **€ 380,00 (trecentottanta/00)**, per l'arbitraria attivazione del servizio internet;
- 3) **€ 380,00 (trecentottanta/00)**, per l'interruzione completa del servizio voce;
- 4) **€ 520,00 (cinquecentoventi/00)**, per l'interruzione completa del servizio adsl;
- 5) **€ 50,00 (cinquanta/00)** a titolo di rimborso spese di procedura.

Con la precisazione, che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, sino al soddisfo.

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 presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale, sul sito *web* dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sul sito *web* del Corecom Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della Legge 69/2009.

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

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 giorni dalla notifica del medesimo.

I COMPONENTI

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

IL PRESIDENTE

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore del Co.Re.Com. Calabria

f.to Avv. Rosario Carnevale