

**Co.Re.Com. Cal/Ri**

**DELIBERAZIONE N.23**

**Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**

**Heradent xxx c/ Teletu Xxx**

**IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI**

nella seduta del giorno 05/03/2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente
Dott. Paolo Posteraro	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali – Affari generali e legali del Comitato;

Visti:

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

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";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Corecom" 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.;

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

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";

gli artt. 17 e 17 bis della Delibera n. 274/07/Cons, "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

la Delibera 664/06/Cons, allegato A;

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 Corecom 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";

Vista l'istanza del 25 maggio 2011, acquisita al prot. Corecom Calabria n. 26698, con cui la ditta Heradent xxx, in persona del legale rappresentante p.t. xxx, ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società Teletu 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.;

Vista la nota del 26 maggio 2011 (prot. n. 27178/11 del 27 maggio 2011), 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;

Visto, altresì, l'avviso di convocazione (prot. n. 31496 del 22 giugno 2011) con cui il Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 15, comma 2 dell'anzidetto Regolamento, ha invitato le parti a comparire, per il giorno 07 luglio 2011, alla relativa udienza di discussione;

Preso atto del verbale di discussione, redatto in data 06 luglio 2011, con riserva di svolgere le opportune valutazioni al fine di definire la controversia;

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

considerato quanto segue:

### **Oggetto della controversia e risultanze istruttorie**

La ditta Heradent xxx, in persona del legale rappresentante p.t. xxx, promuoveva, dinanzi al Corecom Calabria, un procedimento di conciliazione nei confronti della società Teletu Xxx. La conciliazione si concludeva con esito negativo.

Il 25 maggio 2011, l'istante demandava all'adito Corecom la definizione della controversia.

Esponeva il ricorrente di avere stipulato *illo tempore* un contratto di abbonamento per telefonia fissa e adsl, categoria *business* con Teletu. Successivamente, in data 05 febbraio 2010, il sig. xxx richiedeva il rientro della propria utenza (voce e adsl) in Telecom Italia. Il 16 marzo 2010, pertanto, rientrava in Telecom il solo servizio voce. Vista la mancata migrazione della linea adsl, il cliente sollecitava telefonicamente Teletu a voler consentire la migrazione del servizio. L'utente affermava, poi, che con raccomandata del 4 ottobre 2010, nonché del 19 ottobre 2010, comunicava per iscritto l'intenzione di recedere dal contratto. In particolare, con la nota del 4 ottobre, il cliente deduceva di avere trasferito la sede dell'azienda, lamentandosi del perdurare del mancato godimento del servizio adsl presso la nuova ubicazione.

In particolare, le doglianze dell'utente riguardavano:

- 1) la mancata cessazione del servizio adsl;

- 2) il ritardo nella migrazione del predetto servizio e il contestuale impedimento dell'attivazione con altro operatore;
- 3) l'emissione di fatture indebite, in quanto contenenti corrispettivi richiesti per periodi successivi al recesso;
- 4) l'illegittimità di due addebiti, di € 50,00 ciascuno, richiesti a titolo di contributo di disattivazione;
- 5) la mancata risposta scritta a due reclami.

L'utente, pertanto, domandava:

- a) l'annullamento e lo storno delle fatture n. xxx, xxx e xxx (con addebiti relativi al solo servizio adsl), tutte emesse dopo l'invio della richiesta di migrazione del 5 febbraio 2010;
- b) il rimborso della somma di € 29,17, inerente la fattura n. xxx, saldata dall'utente, ma riferita ad un arco temporale successivo al recesso;
- c) il rimborso della somma di € 50,00, versata per la fattura n. xxx, richiesta a titolo di contributo di disattivazione non specificato, né documentato;
- d) il riconoscimento dell'indennizzo di € 2,50 al giorno per mancata disattivazione del servizio adsl, a decorrere dal 30 aprile 2010 (data di pagamento del contributo di disattivazione), sino alla data di deposito dell'istanza di definizione;
- e) il riconoscimento di analogo indennizzo, per mancata, pertinente ed esauritiva risposta scritta ai reclami presentati; dal 30 aprile 2010, sino alla data di deposito dell'istanza di definizione;
- f) il riconoscimento dell'indennizzo di € 2,50 al giorno, per l'emissione di fatture non dovute; dal 04 ottobre 2010 sino al soddisfo;
- g) il riconoscimento dell'indennizzo di € 2,50 *pro-die*, per il comportamento di Teletu, diretto ad ostacolare la migrazione del servizio adsl verso Telecom.

Allegava all'istanza di definizione, tra l'altro, la copia della richiesta di rientro in Telecom Italia, di un reclamo per il ritardo nella disattivazione del servizio adsl, nonché un'istanza per la disattivazione del medesimo servizio.

Teletu S.p.a., tempestivamente costituita, chiedeva il rigetto delle avverse domande affermando all'uopo che:

- a) la richiesta di migrazione, pervenuta a Teletu nel mese di Febbraio 2010, concerneva esclusivamente il servizio voce e, dunque, le fatture per la fornitura del servizio adsl erano state regolarmente inviate;
- b) con missiva del 2 luglio 2010, veniva dato riscontro alla segnalazione dell'utente in merito all'erronea fatturazione, informandolo, altresì, della necessità di richiedere la disattivazione dell'adsl per iscritto;
- c) il cliente, sentito poi telefonicamente, era stato invitato a comunicare con racc. a/r il recesso dal servizio adsl, ovvero ad inoltrare domanda di migrazione all'operatore *recipient* (Telecom);
- d) il 10 novembre 2010 veniva gestita la lettera di disdetta dell'adsl, inviata dall'utente nel mese di ottobre 2010.
- e) il contributo di disattivazione era dovuto, giacché previsto sia dal contratto che dalla legge Bersani.

Nessun documento veniva inizialmente prodotto a sostegno delle affermazioni del gestore.

Con apposite richieste istruttorie - **ex art 18 delibera 173/07/CONS** - venivano acquisiti ulteriori informazioni e chiarimenti. In particolare, la società ricorrente precisava che il trasloco, richiesto a T.I., era stato completato il 12 aprile 2010. Il gestore allegava una copia di varie fatture degli anni 2009 e 2010, delle condizioni generali di contratto, nonché della schermata "ART" in cui venivano illustrate le fasi della migrazione del servizio voce e di cessazione del servizio adsl.

## Motivi della decisione

### 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.

È 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 parzialmente fondate e meritano, dunque, accoglimento come da dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia fissa, categoria *business*. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

In particolare, nel contratto di somministrazione "*una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose*"(art. 1559 c.c.).

Nell'ambito del contratto le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione. Il gestore, infatti, propone all'utente offerte contrattuali diverse, con tariffe predeterminate, limitandosi la trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

### 2.1 Con riferimento alla mancata/ritardata migrazione del servizio adsl.

L'utente, come visto, lamenta il ritardo nella migrazione del servizio adsl, domandando la corresponsione di un indennizzo per l'impedimento frapposto all'attivazione con il nuovo Gestore. Produce a tal fine copia della domanda, inviata a Telecom Italia, con cui richiedeva il rientro della numerazione xxx e la contestuale attivazione del servizio adsl.

I fatti incontrovertibili sono tre: la presentazione a Telecom di un'istanza di rientro della numerazione, con richiesta di attivazione del servizio adsl, l'avvio di un processo di migrazione e la data di conclusione della procedura con riferimento al servizio voce. Essi, infatti, seppur dedotti dalla società ricorrente sono ammessi o comunque non contestati dal gestore resistente.

Il servizio voce, pertanto, può ritenersi migrato in Telecom il 16 marzo 2010.

L'insufficienza della documentazione probatoria acquisita agli atti del procedimento, come già visto, ha imposto ulteriori approfondimenti, puntualmente evasi dalle parti. L'utente comunicava, infatti, la data di trasloco dell'utenza voce (espletato da T.I. il 12 aprile 2010). Il gestore, dal canto suo, produceva una copia di diverse fatture emesse nel corso del 2009 e del 2010, delle condizioni generali di contratto, nonché una copia della schermata "ART".

Ciò posto, il campo d'indagine è innanzitutto circoscritto alla verifica dell'assolvimento degli oneri imposti dalla normativa regolamentare al *donating* (operatore/OLO cedente – nella specie Teletu), nonché all'utente.

Com'è noto, la procedura di migrazione consente il passaggio di una linea di accesso da un operatore/OLO ad altro Operatore *recipient* (nella specie Telecom). Affinchè la linea di accesso possa, dunque, transitare verso altro gestore è necessario che il *recipient* riceva il codice di trasferimento (o nella specie il codice di migrazione). Tale codice consente l'identificazione dell'operatore *donating*, del servizio intermedio e della risorsa da migrare. A tale proposito, si rammenta che L'Autorità con le delibere n. **01/09/CIR** e n. **23/09/CIR**, ha reso obbligatoria l'implementazione della modalità di fornitura del codice di migrazione su web e fattura, al fine di semplificare l'accesso del cliente al proprio Codice di trasferimento. Il cliente invia, infatti, tale codice – nell'ambito della procedura di trasferimento dell'utenza – all'operatore *recipient*, il quale a sua volta lo trasmette al *donating* (nella specie Teletu). L'invio consente all'operatore cedente di verificare, verosimilmente, che il cliente abbia effettivamente richiesto il trasferimento di utenza. Qualora il codice di migrazione non sia inviato dal cliente al *recipient*, l'operatore *donating* **non può**, infatti, dar seguito alla procedura di migrazione. Ciò in quanto il procedimento di migrazione è strutturato in modo che l'operatore *recipient* (T.I.) possa conoscere il codice di migrazione solo a seguito di comunicazione dell'utente, restando altrimenti ontologicamente preclusa la possibilità di individuare la risorsa associata al servizio.

È fatta salva la possibilità del cliente di richiedere la migrazione direttamente al *donating*. Sotto tale angolo di visuale, non emerge dagli atti, né tantomeno risulta dedotta, la proposizione di una richiesta scritta dell'utente a Teletu per la migrazione del servizio.

Nella specie il cliente al fine di assolvere all'onere probatorio posto a proprio carico, ha prodotto, invece, l'istanza di rientro comunicata a Telecom. Il modulo conteneva, tuttavia, solo il codice di migrazione del servizio voce, senza contenere quello inerente il servizio adsl. La ditta ricorrente era però in possesso di siffatto codice, in quanto esso era presente sulle fatture come accertato in atti. Il ritardo nella migrazione del servizio non può, pertanto, essere imputato a Teletu.

## 2.2. Sulla mancata fornitura del servizio adsl sino alla sua disattivazione e sul ritardo nella cessazione della linea.

La ricorrente lamenta, altresì, la mancata fornitura del servizio adsl, nonché il ritardo nella sua cessazione, chiedendo la corresponsione di un indennizzo. Domanda, altresì, lo storno di tutte le fatture emesse da marzo 2010 in avanti.

Con riferimento alla cessazione, la ricorrente **afferma, infatti, di aver domandato la disattivazione del servizio prima verbalmente e solo in seguito per iscritto.** L'indagine impone allora di verificare il rispetto delle condizioni previste per l'esercizio del recesso. Tale diritto è disciplinato dall'**art.1, comma 3, del D.L. 31 gennaio 2007 n.07** convertito da **L. 02 aprile 2007 n.40**: *"i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà' del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni"*. Le modalità concrete di esercizio del recesso sono state poi, regolamentate dalle previsioni contenute – all'interno degli ambiti cristallizzati dal Legislatore – **nelle condizioni generali di contratto Teletu**, stante il combinato disposto degli **artt. 12, co1, e 16, co 1.**: *"qualora il Cliente eserciti il diritto di recesso dalle presenti Condizioni Generali di Contratto (nonché dall'eventuale contratto di noleggio del modem) nei termini e secondo le modalità di cui al precedente articolo 12, la relativa comunicazione di recesso dovrà essere inviata dal Cliente all'indirizzo Opitel Xxx, Casella Postale 1022, 88046 San Pietro Lametino (CZ) a mezzo raccomandata a/r. Tale comunicazione potrà altresì essere (i) effettuata dal Cliente telefonicamente contattando il numero 848991022 ovvero (ii) inviata dal Cliente come indicato alla pagina <http://support.tele2.it> a condizione che sia confermata mediante lettera raccomandata a/r all'indirizzo Opitel Xxx, Casella Postale 1022, 88046 San Pietro Lametino (CZ), entro le 48 (quarantotto) ore successive. Il termine di preavviso di cui al precedente articolo 12 decorrerà in ogni caso dalla data di ricezione della raccomandata a/r da parte di TELE2 Con raccomandata ar. del 04 ottobre 2010, invece, il cliente chiedeva a Teletu la disattivazione del servizio sino ad allora richiesta solo verbalmente per procedere all'attivazione con il nuovo gestore"*.

Il diritto di recesso andava, dunque, esercitato o attraverso l'invio di una raccomandata a/r, ovvero attraverso ulteriori modalità di comunicazione, seguite sempre da una raccomandata. Soltanto nel mese di ottobre 2010, invece, l'utente ha **inviato per la prima volta ( con raccomandata a/r) al gestore la nota scritta contenente il recesso dal contratto con richiesta di dismissione del servizio adsl.** Sino ad allora, potrebbe essere imputato al Gestore solo un difetto di comunicazione nei confronti dell'utente (indennizzato *sub 3*). **Con l'invio della raccomandata di recesso il Gestore viene messo in mora ed è tenuto ad adempiere,** facendo sempre salvo il periodo di franchigia riconosciuto dalla **L. 02 aprile 2007 n.40 (30 giorni).**

Il contratto si scioglie, infatti, automaticamente per effetto dell'esercizio del diritto di recesso, ma le attività di disattivazione dei servizi telefonici, di deconfigurazione del cliente e di rilascio della risorsa numerica, richiedono il compimento delle attività espressamente sancite dall'**art. 19 della delibera Agcom n.274/07/CONS.** Tali attività vanno però compiute entro i termini previsti dalla legge, altrimenti l'utente avrà diritto alla corresponsione di un indennizzo.

Nella fattispecie odierna risulta provato il superamento dei tempi sanciti dalla legge (30 gg.) per la cessazione del servizio.

L'utente deduce, altresì, anche l'assenza di fornitura del servizio adsl.

Riguardo al periodo antecedente alla richiesta di cessazione della linea, *nulla quaestio.* L'utente, infatti, non ha tenuto un comportamento diligente allorquando, da un lato, non ha comunicato al *recipient* il codice di migrazione e, dall'altro, non ha scritto al *donating* anche per informarlo del trasferimento della sede della ditta. Il disservizio diventa imputabile a Teletu, solo allorquando l'utente scrive al gestore per richiedere la cessazione della linea. L'utente, infatti, non ha mai sollevato direttamente e per iscritto la problematica relativa al mancato godimento del servizio. Soltanto in un *obiter dictum* della lettera di reclamo, diretta a sollecitare la cessazione del servizio, è presente un richiamo riconducibile all'assenza del servizio. L'utente, infatti, nella sua missiva, chiede la

cessazione del servizio, si lamenta della ricezione di fatture adsl non dovute ed afferma espressamente che: *"dopo svariate telefonate alla vostra compagnia arrivano le fatture da pagare relative al canone adsl (nonostante ci siamo trasferiti, nonostante non abbiamo adsl con alcun gestore)".* A partire da tale momento, l'operatore ha l'obbligo di attivarsi per compiere le attività di rito entro i termini previsti dalla legge.

Al fine di riconoscere il giusto indennizzo da corrispondere all'utente l'indagine deve, poi, necessariamente considerare gli antecedenti della vicenda. Il servizio voce dell'utenza è migrato il 16 marzo 2010. Ad esso ha fatto seguito il trasferimento della sede dell'azienda - in altra via limitrofa - con trasloco del servizio voce (quest'ultimo avvenuto il 12 aprile 2010). Al momento della domanda di cessazione, quindi, l'utenza voce era stata traslocata e la ditta aveva spostato in altra via la propria ubicazione. Ciò posto, resta da verificare se Teletu avesse l'obbligo di fornire il servizio adsl nonostante il trasferimento. Orbene, sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti si giunge, infatti, 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 oltretutto 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 risultanti istruttorie. A fronte, pertanto, della puntuale deduzione dell'utente di una mancata erogazione del servizio, era onere del gestore contestare l'affermazione dimostrandone la fornitura, ovvero provare - sempre ex art. 1218 c.c. - che l'inadempimento o il ritardo fosse stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile allo stesso operatore. Nulla di questo è stato fatto e, pertanto, stante l'onere della prova a suo carico e vista la vigenza di un contratto di somministrazione tra le parti, il gestore-debitore era gravato dall'onere della prova del fatto estintivo. Ciò perché se da un lato l'utente non ha tenuto un comportamento diligente trasferendo la sede senza comunicarlo a Teletu, con cui aveva un contratto in essere, dall'altro, con la raccomandata di ottobre informa il gestore del trasferimento. Con l'anzidetta missiva, infatti, la cliente fornisce il nuovo recapito all'operatore e lamenta il ritardo nella disattivazione della linea, sollecitandolo al fine di poter rientrare in Telecom. Con la successiva nota, pervenuta a Teletu il 21 ottobre 2010, l'utente domanda il recesso contrattuale. Dinanzi a ciò l'operatore aveva solo due strade da percorrere: 1) cessare il servizio nei termini di legge, senza incorrere in alcun pregiudizio; 2) in caso di ritardo nella disattivazione, agire in maniera tale da garantire comunque l'erogazione del servizio.

Tutto ciò consente di imputare a Teletu la mancata erogazione dell'adsl, a partire dal trentesimo giorno successivo alla ricezione della richiesta di recesso. A partire, infatti, dalla domanda di disattivazione del servizio il gestore previamente informato della problematica, era obbligato a cessare il servizio entro i termini di legge, ovvero, in caso di ritardo, a garantirne la fruizione sino alla sua cessazione.

La domanda di indennizzo può trovare dunque accoglimento, **giacché l'Operatore non ha dimostrato di aver fornito il servizio all'utente, né tantomeno di averlo cessato entro i termini previsti dalla legge.**

**Riguardo, infine, alla domanda di storno e di rimborso delle fatture.** Nonostante il comportamento poco diligente della ricorrente, esigenze di equità inducono ad accogliere la domanda, in ragione della comprovata mancata fruizione del servizio, considerata anche alla luce della mancanza di ascolto, dialogo e contraddittorio emersa nella gestione del reclamo.

### 2.3. Sul contributo di disattivazione e sulla domanda di indennizzo per addebiti ingiustificati.

L'utente richiede lo storno ed il rimborso di due importi fatturati a titolo di contributo di disattivazione. A tale proposito, il **decreto Bersani bis** (convertito con **L. n. 40/2007**) al citato **art. 1, co. 3**, prevede, come appena visto che "i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia ...omissis ..... devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e **senza spese non giustificate da costi dell'operatore** e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. **Le clausole difformi sono nulle...omissis**".

Come chiarito dalla Direzione Tutela dei Consumatori, lo spirito della norma è quello di garantire la massima concorrenza fra le offerte disponibili sul mercato, per rafforzare il diritto di scelta dei consumatori. La norma resterebbe lettera morta ove, invece, l'operatore imponesse all'utente di corrispondere delle somme svincolate da costi effettivamente sostenuti e documentati. In altri termini, l'**art. 1, co. 3, della legge 40/2007** ha inteso offrire all'utente la possibilità di recedere liberamente e tale possibilità sarebbe compresa ove il gestore onerasse l'utente del pagamento di importi diversi da quelli correlati alle spese vive sopportate. Nella fattispecie odierna il gestore non ha provato di aver sostenuto dei costi per il recesso.

D'altronde, le attività tecniche di disattivazione della configurazione preesistente coincidono con quelle da eseguire in fase di attivazione dall'operatore *recipient* e vengono, quindi, remunerate da quest'ultimo.

Eventuali costi di disattivazione posti a carico dell'utente non sono, quindi, in linea di massima giustificati.

Va dunque accolta la richiesta dell'utente di rimborso/storno delle somme richieste a tale titolo.

Conformemente agli indirizzi univocamente espressi dall'Agcom, non può trovare invece accoglimento la domanda di indennizzo per l'illegittimo addebito del contributo di disattivazione e per l'emissione di fatture non dovute. L'utente, infatti, non ha patito alcun disservizio, né d'altronde ha subito alcun pregiudizio giuridicamente ed economicamente rilevante. D'altronde, le condizioni generali di contratto Teletu, disciplinano solo la diversa ipotesi del ritardo nel rimborso di somme - riconosciute dal gestore per l'accoglimento di un reclamo di rettifica della fatturazione - disponendo, in siffatta ipotesi la corresponsione di un indennizzo.

### 3. Sulla mancata risposta al reclamo.

L'utente deduce la proposizione di alcuni reclami telefonici a partire dal 30 aprile 2010. Produce altresì le copie di due missive trasmesse - durante il mese di ottobre 2010 - alla società resistente, con raccomandata a/r, attraverso cui lamentava l'emissione di fatture non dovute in conseguenza della mancata disattivazione del servizio adsl.

Il gestore onerato - **ex art. 1218 c.c.** - dal dimostrare di aver esaurientemente risposto al reclamo, non ha raggiunto la prova, né ha prodotto alcun documento. Si è solo limitato alla mera trascrizione del testo di una presunta missiva asseritamente inviata all'utente il 2 luglio 2010. Quest'ultimo, *ex adverso*, eccepisce l'inesistenza di siffatta comunicazione. La risposta del gestore è, in ogni caso, tutt'altro che esauritiva. L'operatore riferisce di aver ricevuto la notifica della migrazione del servizio voce, ma non di quello adsl, affermando l'obbligatorietà del pagamento delle fatture. Tuttavia non fornisce come avrebbe dovuto, in ossequio ai canoni di correttezza e buona fede, gli opportuni chiarimenti atti ad informare l'utente della necessità di inviare il secondo codice di migrazione al recipient.

L'eccezione di adempimento proposta dal gestore, dunque, non può trovare accoglimento.

Diversamente, al fine di non incorrere in responsabilità, Teletu avrebbe dovuto allegare una risposta chiara ed esauritiva al reclamo, allegato dall'utente, dimostrando di aver adempiuto a quanto disposto dall'**art. 4, comma 1, delibera 179/03/CSP**.

In particolare, l'**art. 8, comma 4**, della predetta delibera, recita: "gli organismi di telecomunicazioni indicano nelle carte dei servizi il termine per la definizione dei reclami, termine che non può essere superiore a quarantacinque giorni dal ricevimento del reclamo stesso ...omissis ..... In caso di rigetto, la risposta in esito al reclamo è in forma scritta, è adeguatamente motivata ed indica gli accertamenti compiuti".

Orbene, l'istruttoria ha accertato, inequivocabilmente, il mancato rispetto delle anzidette disposizioni.

La mancata risposta al reclamo determina una mancanza di ascolto, dialogo e contraddittorio tra utente e gestore; laddove una sua corretta gestione rappresenta il primo strumento deflattivo dei contenziosi telefonici, giacché spesso è proprio l'assenza di un confronto a rappresentare la scaturigine della litigiosità dell'utente.

Nella fattispecie la mancata risposta al reclamo ha rivestito carattere di particolare gravità, giacché è stata proprio l'assenza di un dialogo a prolungare il disagio patito dall'utente. Quest'ultimo, non ha evidentemente percepito l'importanza dell'invio del secondo codice di migrazione (per il servizio adsl) nell'ambito della procedura per il

rientro in Telecom ed il comportamento reticente del donating ha contribuito ad aggravare le incertezze e le difficoltà affrontate dalla cliente.

A tale proposito, non appare pleonastico rammentare che la risposta al reclamo deve essere anzitutto adeguatamente motivata, fornendo all'utente un riscontro chiaro ed esauritivo, per riequilibrare le posizioni delle parti nell'ambito di un dialogo geneticamente non paritario.

Si riconosce all'utente, dunque, un indennizzo a titolo di ristoro per la mancata risposta al reclamo.

#### 4. Indennizzi, rimborsi e storni.

Andranno stornate tutte le fatture o solleciti contenenti addebiti riferibili a periodi successivi al 16 marzo 2010. Qualora esse dovessero contenere anche richieste relative a periodi precedenti, lo storno dovrà avvenire pro-quota. Ove le fatture siano state saldate, andrà corrisposto il rimborso in favore dell'utente.

Dovranno essere altresì essere rimborsate all'utente le seguenti somme: a) € 50,00 (oltre iva), versata per la fattura n. xxx del 26 aprile 2010; b) € 29,17, versata a saldo della fattura n. xxx del 26 giugno 2010.

Va altresì disposto, ove avvenuto, il ritiro della pratica dell'utente dalla società di recupero crediti.

All'utente dovrà, poi, essere corrisposto un indennizzo per la mancata fornitura del servizio adsl e per la mancata risposta al reclamo.

A tal fine occorre però delimitare il periodo da indennizzare.

Orbene, solo con le raccomandate a/r del 04 ottobre 2010 e del 19 ottobre 2010 è stata inviata al gestore una richiesta scritta di disattivazione del servizio. L'utente, tuttavia, non allega la copia dell'avviso di ricevimento della prima missiva. La seconda nota, invece, è prodotta unitamente alla rituale prova della ricezione, avvenuta il 21 ottobre 2010. Da tale giorno decorrerà il *dies a quo* per il calcolo dell'indennizzo. Circa il *dies ad quem*, le stampe di procedura consegnate dall'operatore attestano che il servizio adsl veniva cessato il 09 marzo 2011. Non sussiste una valida ragione per dubitare della bontà e fondatezza di quest'ultima prova, le cui risultanze sono - sotto il profilo logico-temporale - in perfetta linea con i riscontri dell'istruttoria.

Circa la misura dell'indennizzo, poiché siamo dinanzi ad una fattispecie non regolamentata direttamente dalla delibera 73/11/CONS, occorre avvalersi all'uopo della clausola di salvaguardia dettata dall'art. 12, co. 3, della medesima delibera: "per le fattispecie d'inadempimento o disservizio non contemplate dal presente regolamento trovano applicazione, ai fini della definizione delle controversie ai sensi degli articoli 14 e ss. del Regolamento, le misure di indennizzo giornaliero previste per i casi similari dal presente provvedimento, avuto riguardo alla gravità dell'inadempimento e secondo i criteri di cui al comma 1". Alla luce di ciò, il caso presenta profili di analogia con la previsione contenuta nell'art. 4, co. 1, della delibera indennizzi, che così espressamente recita: "nel caso di sospensione o cessazione amministrativa di uno o più servizi avvenuta senza che ve ne fossero i presupposti, ovvero in assenza del preavviso, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio pari ad € 7,50 per ogni giorno di sospensione". Anche nella fattispecie che ci occupa, infatti, siamo in presenza di una sospensione del servizio priva di presupposti. Diversamente però dalla previsione regolamentare, non viene qui in esame un comportamento attivo dell'operatore, bensì passivo. Tuttavia l'evidente similitudine rende congrua l'estensione della norma all'odierna fattispecie. La misura dell'indennizzo sancita dall'articolo, andrebbe poi raddoppiata, in forza dell'art. 12 co. 2 dell'anzidetto regolamento, allorquando, come nel caso di specie, la problematica sia inerente un'utenza *business*. Tuttavia esigenze di equità e proporzionalità, legate alla lettura della vicenda siccome emersa nel corso del procedimento, fanno apparire ragionevole la corresponsione di un indennizzo più esiguo, per la minore gravità dell'inadempimento dettata da una partecipazione causale del comportamento dell'utente alla generazione del pregiudizio.

Sarà, quindi, riconosciuto alla ricorrente l'indennizzo, per la mancata fruizione del servizio adsl, dalla data di pervenimento al Gestore, della richiesta di cessazione del servizio, sino alla data di disattivazione. Durante il periodo concesso dalla legge per la disattivazione della linea, come visto, nessuna responsabilità può essere imputata a Teletu, giacché la ragione della mancata fornitura era da addebitare al trasferimento dell'utenza, al tempo verosimilmente fuori della sfera di conoscenza del donating, giacché richiesto a Telecom.

L'indennizzo per il ritardo nella disattivazione del servizio resta, d'altro canto, assorbito da quello appena riconosciuto, in quanto è stato proprio il ritardo nella cessazione a cagionare il disservizio, ed il riconoscimento di un ulteriore indennizzo, determinerebbe un'illegittima duplicazione del ristoro per la stessa tipologia di disagio.

Circa il reclamo, in assenza di contestazione tra le parti, il *dies a quo* è il 30 aprile 2010, così come allegato dall'utente.

Da tale periodo vanno decurtati i 45 gg., per il riscontro al reclamo, giusta previsione della carta dei servizi di Teletu che recita: "TeleTu garantisce ai Clienti una risposta al reclamo entro un termine massimo di 45 giorni dalla presentazione dello stesso, risposta che, in caso di esito negativo, sarà formulata per iscritto ed adeguatamente motivata".

All'utente dovrà, dunque, essere corrisposto un indennizzo, così determinato:

€ 825,00 (ottocentoventicinque/00), per il mancato godimento del servizio adsl per 110 giorni, dal 21 ottobre 2010 sino al 09 marzo 2011 (calcolati a partire dal 20 novembre 2010 per la franchigia di giorni 30);

€ 253,00 (duecentocinquantaquattro/00), a titolo di mancata risposta al reclamo dal 30 aprile 2010 – previa decurtazione dei 45 giorni previsti per il riscontro al reclamo dalla carta dei servizi Teletu – sino al 22 febbraio 2011 (data di espletamento del tentativo di conciliazione), per un totale complessivo di 253 giorni di ritardo, giusta previsione dell'art. 11, co. 1 e 2, delibera 73/11/CONS.

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.

## 5. Sulle spese di procedura.

L'art. 6 del Regolamento dispone 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, è d'uopo sottolineare da un lato, la partecipazione di un delegato dell'utente all'udienza di conciliazione e di definizione, nonché, dall'altro, la fondatezza solo parziale dell'istanza. Tali considerazioni giustificano il riconoscimento in favore dell'utente, dell'importo di € 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso spese.

In conformità, dunque, a quanto previsto dall'articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS – a mente del quale, "Nel provvedimento decisivo l'Autorità può riconoscere il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura" – la domanda dell'utente di rimborso delle spese di procedura, merita accoglimento nella sola misura ivi determinata.

Vista la proposta di decisione del Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali – Affari generali e legali di questo Comitato, 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 della ditta Heradent xxx, con rigetto delle ulteriori domande.

La società Teletu Xxx, pertanto, è tenuta a

- A) stornare e/o rimborsare tutte le fatture o solleciti contenenti addebiti riferibili a periodi successivi al 16 marzo 2010, con ritiro delle eventuali pratiche inviate al recupero crediti. Qualora esse dovessero contenere anche richieste relative a periodi precedenti, lo storno dovrà avvenire pro-quota. Ove le fatture siano state saldate, andrà corrisposto il rimborso in favore dell'utente.
- B) Rimborsare all'utente le seguenti somme: a) € 50,00 (oltre iva), versate per la fattura n. xxx del 26 aprile 2010; b) € 29,17, versate a saldo della fattura n. xxx del 26 giugno 2010, attraverso assegno bancario e/o bonifico.

C) La società Teletu Xxx è tenuta, altresì, a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico:

- 1) € 825,00 (ottocentoventicinque/00), a titolo di mancato godimento del servizio adsl.
- 2) € 253,00 (duecentocinquantatre/00), a titolo di mancata risposta al reclamo;
- 3) € 100,00 (cento/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.

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

Dott. Gregorio Corigliano

Dott. Paolo Posteraro

IL PRESIDENTE

Prof. Alessandro Manganaro

V.

IL DIRIGENTE

Avv. Rosario Carnevale