

DELIBERAZIONE n. 17/2011

(estratto dal verbale del 9 maggio 2011)

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA XXX E B.T. ITALIA

Presenti:

Gardini Gianluca
Giuseppe Bettini
Alberici Arianna

Presidente
Vicepresidente
Componente

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

VISTA la l. 249/1997, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

VISTA la l. 481/1995, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTO l'art. 84 d. lgs 259/ 2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTE la l.r. Emilia-Romagna 1/2001, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

VISTA la del. AGCOM 173/07/CONS " Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO lo "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;

VISTA la "Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e il Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e;

VISTA l'istanza depositata in data 25 febbraio 2010 (titolo n. 1.10.21/117, ovvero 1.10.21/126 VIII leg.), con la quale il dott. XXX, domiciliato nel comune di XXX, in XXX, ha chiesto, ai sensi dell'art. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS, al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna di definire la controversia in essere con la società B.T. Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata prima nel comune di Palermo, via Ugo La Malfa 75/77 e attualmente nel comune di Milano, via Tucidide 56/b;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento, inviata e regolarmente ricevuta in data 30 settembre 2010 (prot. 248308/2010);

VISTA la memoria autorizzata depositata da B.T. Italia in data 1 ottobre 2010 (prot. 28606/2010);

UDITO l'istante nell'udienza di discussione svolta in data 27 ottobre 2010, alla quale B.T. Italia non ha partecipato (prot. 31499/2010, inviato a B.T. Italia. in data 8 novembre 2010);

VISTA la richiesta di integrazione istruttoria formulata in sede di udienza di discussione (prot. 31499/2010);

VISTE la memoria autorizzata depositata dall'istante e la documentazione depositata dall'istante e B.T. Italia, a seguito della predetta integrazione istruttoria (prott. 33657/2010; 33660/2010);

VISTI gli atti del procedimento;

VISTE la relazione del Responsabile del procedimento, avv. Marco Ciancaglini (prot. 15057/2011) e la proposta di decisione del Responsabile del Servizio CORECOM, dott.ssa Primarosa Fini (prot. 15138/2011);

UDITA l'illustrazione del componente, avv. Giuseppe Bettini, svolta nella seduta del 9 maggio 2011;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con istanza di definizione della controversia il dott. XXX lamenta che B.T. Italia (di seguito, B.T.) ha dato esecuzione a un contratto di somministrazione del servizio telefonico, relativamente all'utenza n. 000 (previa portabilità dal precedente operatore), nonostante una comunicazione di recesso orale, effettuata nell'aprile 2009 a seguito della sottoscrizione del contratto, e una successiva scritta, inviata con lettera raccomanda a/r in data 8 maggio 2009; lamenta altresì che le condizioni contrattuali comunque pattuite sono difformi da quelle cui B.T. ha dato esecuzione, domandando il pagamento di somme maggiori rispetto al corrispettivo concordato per la fornitura del servizio telefonico e internet adsl (in modalità flat) e per la consegna di due SIM mobili e di due telefoni cellulari; tale corrispettivo viene dapprima indicato in € 34,80 al mese e successivamente in € 45,00 al mese; che il servizio telefonico è stato disattivato senza alcun preavviso in data 30 novembre 2010, riattivato in data 1 dicembre 2010 a seguito dell'installazione di un apparato da parte di B.T., accettata dall'istante solo a causa del rischio di perdita del numero di telefono paventato dalla stessa B.T.; deduce inoltre che nei mesi successivi, e fino alla successiva portabilità in Telecom (datata 18 maggio 2010), il servizio erogato da B.T. ha presentato un malfunzionamento tale da impedire un'ordinaria fruizione del servizio e che comunque B.T. ha erroneamente attivato quattro utenze di rete fissa, non ha mai erogato il servizio telefonico in modalità flat e mai ha consegnato le due SIM e i due telefoni cellulari. L'istante afferma infine di aver inviato più reclami a B.T. e di aver pagato parzialmente le fatture emesse da B.T., nei limiti della somma di €34,80 mensili, come da attestazioni di pagamento allegate. L'istante chiede infine l'annullamento delle fatture emesse da B.T. Italia per la quota eccedente €34,80 al mese e di non pagare "alcuna penale" in conseguenza della portabilità dell'utenza a Telecom.

B.T. non ha contestato alcunché, essendosi limitata a comunicare di aver preso contatti con l'istante per addivenire a un accordo transattivo e che tale accordo non si è poi realizzato.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La controversia in oggetto presenta tre capi di contestazione: a) esistenza ed esecuzione del contratto sottoscritto tra l'istante e B.T.; b) disservizi nella somministrazione del servizio telefonico; c) mancata risposta ai reclami.

Relativamente ai primi due capi (a, b), appare pacifico che l'istante abbia sottoscritto un contratto con B.T. nel mese di aprile 2009, contratto la cui copia non è stata tuttavia prodotta da alcuna delle parti. Altrettanto acclarato, stavolta in via documentale, è che l'istante abbia manifestato il recesso con lettera raccomandata a/r inviata a B.T. il successivo 8 maggio e che, successivamente, in data 1 dicembre 2010, l'istante abbia revocato il recesso, accettando l'installazione di un apparato telefonico da parte di B.T. Risulta infine, sempre documentalmente, che in data 18 maggio 2010 il contratto è giunto a scioglimento, per portabilità dell'utenza telefonica verso Telecom Italia. La residua circostanza dedotta dall'utente, circa l'esercizio del diritto di recesso in forma orale in una data imprecisata ma immediatamente prossima alla sottoscrizione del contratto, non assume alcun rilievo considerando che tale modalità non è prevista dall'art. 15, c. 1, Condizioni generali di contratto.

Da quanto esposto può pertanto affermarsi che B.T. avrebbe dovuto somministrare il servizio telefonico nel periodo compreso tra la sottoscrizione del contratto e il recesso e, successivamente, dal 1 dicembre sino al 17 maggio. L'istruttoria ha tuttavia accertato che il servizio telefonico è stato attivato solo in data 1 dicembre 2009 e che esso non ha mai funzionato regolarmente e appieno, ma solo in misura molto parziale, assumendo come parametro quello di un'ordinaria fruizione dell'intero servizio. La circostanza è infatti da ritenersi provata sia a seguito della deduzione dell'istante e della mancata contestazione di B.T. pur regolarmente costituita, in applicazione del principio generale previsto dall'art. 115 c.p.c. (sul punto, cfr. del. CORECOM Emilia-Romagna n. 15/2010), sia documentalmente, in forza del fax di lamentela inviato dall'utente a B.T. in data 16 dicembre 2009 e alla segnalazione del disservizio con il procedimento BT – WebCare inserita nel sito di B.T. Ne consegue un inadempimento contrattuale di B.T. che, nella prima parte (tra la sottoscrizione del contratto e il recesso) è da considerarsi come accettato dall'istante, in forza del recesso comunicato oralmente: tale comunicazione infatti, pur non avendo rilievo ai fini dello scioglimento del vincolo contrattuale, attesta il venir meno dell'interesse all'esecuzione della prestazione da parte dell'operatore. L'inadempimento è invece da considerarsi patologico in rapporto al secondo periodo (dal 1 dicembre 2009 al 17 maggio 2010), anche valutando la contestuale cessazione dell'erogazione del servizio telefonico da parte del precedente operatore. L'irregolare somministrazione del servizio pattuito, al di sotto di una soglia di ordinaria fruizione, assorbe per l'effetto ogni considerazione in ordine all'oggetto del contratto sottoscritto, relativamente al corrispettivo pattuito, considerando infatti che l'inadempimento, da considerarsi grave per le reiterate doglianze dell'utente, rende ingiustificata la richiesta di pagamento, venendo meno, almeno parzialmente, il rapporto sinallagmatico. Solo in relazione alla somma di € 34,80

mensili il pagamento effettuato è da considerarsi legittimo per acquiescenza dell'istante, che ha richiesto infatti soltanto l'annullamento delle richieste di pagamento ulteriori. La somma derivante da quanto appena espresso, pari a € 208,80 (canone dei mesi intercorrenti da maggio 2009 a maggio 2010), risulta essere stata pagata dall'istante, come provato dalle attestazioni bancarie depositate, e pare ristorare in via equitativa B.T. per quel servizio, pur irregolare, parziale e al di sotto di una soglia di ordinaria fruizione, che è stato comunque fornito.

In ordine invece alle residue contestazioni circa l'oggetto della prestazione pattuita da B.T., non risulta provato dall'istante che il contratto includesse anche l'obbligo per l'operatore di consegnare due telefoni cellulari e di attivare due SIM, né peraltro dalle fatture emerge che B.T. abbia richiesto il pagamento di questi servizi ammettendo l'esistenza di una connessa obbligazione. Per altro verso, il documento prodotto dall'istante recante le condizioni contrattuali del piano tariffario prescelto ("Vip Go!") non include la fornitura dei servizi sopra menzionati. Considerando pertanto che secondo l'ordinario principio di ripartizione dell'onere probatorio, ex art. 2697 c.c., grava sul creditore provare i fatti costitutivi del diritto evocato, la deduzione dell'istante non può che ritenersi indimostrata.

Ai fini della determinazione dell'indennizzo derivante dall'inadempimento di B.T., occorre precisare anzitutto che la mancata richiesta della sua corresponsione da parte dell'istante non costituisce un elemento ostativo alla sua liquidazione, atteso quanto previsto dal punto III.1.2. del. AGCOM 529/09/CONS. Relativamente alla quantificazione, questa deve essere effettuata secondo quanto disposto dall'art. 6, c. 2, della Carta dei servizi di B.T., che prevede una somma di € 5,00 al giorno. Tale indennizzo è specificamente applicabile, ai sensi del medesimo art. 6, ai casi di "irregolare funzionamento" che, ai sensi dell'art. 5.2 della Carta di servizi, si protraggano oltre settantadue ore dalla segnalazione. Assumendo come *dies a quo* il 20 dicembre 2009, quarto giorno successivo a quello di invio a mezzo fax della segnalazione di funzionamento irregolare, e come *dies ad quem* il 17 maggio 2010, giorno di completamento della portabilità dell'utenza verso Telecom, il periodo di disservizio rilevante è pari a giorni centoquarantanove e l'indennizzo conseguente ammonta a € 745,00. Il limite massimo di indennizzo liquidabile - indicato dallo stesso art. 6 Carta di servizi nella misura pari al corrispettivo derivante da quindici giorni di disservizio e nei limiti del danno cagionato da colpa grave imputabile alla stessa B.T. - non può infatti essere applicato, come da costante prassi dell'AGCOM e di questo CORECOM (cfr. *ex multis* dell. 3/2010 e 12/2010), in quanto la somma altrimenti liquidata non sarebbe proporzionale al pregiudizio arrecato (art. 11, c. 2, del. AGCOM 179/03/CSP). Nel caso di specie appare infatti evidente il rilievo del disservizio che ha subito l'utente, libero professionista, privato della piena disponibilità del servizio telefonico per un periodo particolarmente lungo, nel quale molteplici sono stati i reclami inoltrati all'operatore, evidenziandosi in tal modo il costante interesse dello stesso utente al regolare funzionamento del servizio.

Quanto al terzo capo di contestazione (c), la mancata risposta ai reclami, circostanza dedotta in sede di udienza di discussione, si rileva la sua inammissibilità perché il fatto non risulta dedotto nel corso del tentativo di conciliazione, configurandosi pertanto come fatto nuovo rispetto al preventivo esperimento del tentativo di conciliazione, secondo quanto disposto dall'art. 14, del. AGCOM 173/07/CONS, come interpretato dal punto III.1.2. del. AGCOM 529/09/CONS.

In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in € 100,00, sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, atteso che l'istante ha partecipato tanto all'udienza di conciliazione quanto a quella di definizione, svolte in luogo differente da quello di domicilio.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa formulato dal Segretario del Comitato regionale per le Comunicazioni, il CORECOM, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

In parziale accoglimento dell'istanza presentata dal dott. XXX, domiciliato nel comune di XXX, in XXX (titolo 1.10.21/117), B.T. Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata nel comune di Milano, via Tucidide 56/b è tenuta a corrispondere all'istante, per le motivazioni sopra indicate, le somme così liquidate:

- a) € 745,00 (settecentoquarantacinque\00), a titolo di indennizzo per l'inadempimento;
- b) € 100,00 (cento/00), quale di rimborso generale delle spese di procedura.

B.T. Italia è tenuta altresì ad annullare tutte le fatture emesse a carico dell'istante, in relazione al contratto oggetto della presente controversia, tenendo indenne l'istante anche dal pagamento di ogni prestazione tributaria o di ogni costo inerente all'eventuale recupero del credito illegittimamente vantato da B.T.

Si rigettano le ulteriori richieste dell'istante.

Le somme corrisposte e/o rimborsate dovranno essere maggiorate nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, c. 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d. lgs 259/2003.

La presente delibera è notificata alle parti nonché pubblicata sul sito internet istituzionale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna – CORECOM, assolvendo in tal modo ogni obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. 69/2009.

B.T. Italia è inoltre tenuta a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di giorni sessanta giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. b), d. lgs 104/2010, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119, c. 1, lett. b) il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di giorni sessanta dalla sua comunicazione.

Il Presidente

Prof. avv. Gianluca Gardini



Il Segretario

Dott.ssa Primarosa Fini