

DELIBERA N. 67/11/CRL

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

■■■■ SALLEMI/EUTELIA ■■■■ in ■■■■

IL CORECOM LAZIO

NELLA riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 28/11/2011;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni" e successive modificazioni e integrazioni;

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

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1° gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA l'istanza pervenuta in data 17/09/2010, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/708/2010, con cui la sig.ra ■■■■ Sallemi ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società con la società Eutelia ■■■■ (di seguito, per brevità, "Eutelia");

VISTA la nota del 4/10/2010 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della controversia, invitando le parti a produrre memorie e documentazione, nonché un ulteriore termine per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie;

VISTA la nota del 20 ottobre 2010, con cui l'istante ha presentato la memoria difensiva;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

1.a. L'istante, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- il 22 luglio 2005, l'utente concludeva con Eutelia un contratto per la fornitura del servizio ADSL e del servizio telefonico in tecnologia VOIP con un piano tariffario denominato EUTELIAVOL@;
- l'attivazione dei servizi veniva effettuata definitivamente alla fine del mese di novembre;
- fin dall'inizio, periodicamente si verificavano interruzioni del servizio ADSL ed il servizio di telefonia VOIP era inutilizzabile, per la pessima qualità della ricezione;
- rimasti inevasi i numerosi reclami per i disservizi e per gli addebiti relativi ai servizi non fruiti, con raccomandata del 5 aprile 2007, l'utente dava disdetta del contratto, provvedendo al pagamento delle somme ritenute dovute a conguaglio;
- dopo due anni e mezzo, il 28 luglio 2009, Eutelia richiedeva il pagamento di fatture insolute, proponendo, per fini conciliativi, uno storno di Euro 100,00 sul totale dovuto;
- con istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente chiedeva pertanto un risarcimento per le spese sostenute e per i danni materiali e morali subiti;
- l'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione si concludeva con esito negativo per la mancata comparizione dell'operatore;
- con l'istanza di definizione, l'utente lamentava il ritardo nell'attivazione dei servizi, la parziale fornitura del servizio richiesto, le interruzioni periodiche del servizio, le fatturazioni non giustificate e reiterava la domanda di un congruo risarcimento per le spese sostenute e per i danni morali e materiali subiti;
- con memoria del 20 ottobre 2010, l'istante riepilogava i disservizi lamentati ed i pagamenti effettuati relativamente alle fatture emesse dall'operatore.

2. Motivi della decisione.

A. Sul rito

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

Questo premesso, si rileva anzitutto 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 ed è viceversa limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

La domanda di condanna al risarcimento dei danni morali e materiali svolta dall'istante esula dunque dalle competenze dell'Autorità, la quale in sede di definizione delle controversie di cui alla delibera 173/07/CONS è chiamata solo a verificare la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento, cui si correla il riconoscimento di un indennizzo.

In applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione e sulla base della documentazione prodotta dall'istante, la domanda di risarcimento svolta può tuttavia essere

interpretata e limitata come domanda di condanna della Eutelia al pagamento di un indennizzo in conseguenza di un eventuale inadempimento contrattuale da parte dell'operatore, nella fattispecie rappresentato dalla ritardata attivazione dei servizi, dal malfunzionamento del servizio ADSL e dalla inutilizzabilità del servizio VOIP, dagli addebiti per servizi non fruiti.

B. Nel merito

Oggetto della presente definizione sono i dedotti inadempimenti dell'operatore in relazione ad un contratto avente ad oggetto la fornitura del servizio ADSL e del servizio di telefonia in tecnologia VOIP, e precisamente: 1) la ritardata attivazione dei servizi; 2) il malfunzionamento del servizio ADSL e l'impossibilità di utilizzare il servizio VOIP; 3) gli addebiti relativi ai servizi non fruiti.

Si premette che l'operatore Eutelia non ha svolto alcuna attività difensiva, nè ha depositato memorie e documenti, pure richiesti con la lettera di avvio del procedimento.

B.1. Sull'attivazione dei servizi

L'utente ha dedotto - ed ha provato - di aver stipulato in data 22 luglio 2005 con l'operatore Eutelia un contratto EUTELIAVOL@ per l'attivazione del servizio ADSL e del servizio di telefonia in tecnologia VOIP.

Dalle lettere raccomandate del 2 novembre 2005 e 17 gennaio 2006, si evince che l'utenza telefonica è stata attivata in maniera definitiva, nel senso di perfetta funzionalità, alla fine del mese di novembre 2005.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Nella fattispecie, incombeva dunque all'operatore provare di aver attivato i servizi nei termini contrattualmente previsti. Ma, come già detto, Eutelia non ha svolto alcuna attività difensiva, nè ha fornito la prova di aver correttamente adempiuto agli obblighi assunti o l'esistenza di cause esimenti della sua responsabilità.

Peraltro, dalle note di credito n. ■■■■ e ■■■■ del 24 aprile 2006 prodotte dall'istante, risulta stornato da Eutelia l'importo dei canoni dei mesi di ottobre e novembre 2005 per errata fatturazione, con ciò dovendosi ritenere ulteriormente provata la lamentata mancata attivazione dei servizi fino alla fine del mese di novembre.

Ne consegue che l'utente ha diritto ad un indennizzo per il ritardo di circa quattro mesi nell'attivazione richiesta.

Ciò premesso, pertanto, per la determinazione della misura dell'indennizzo, in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito

dalla Delibera 179/03/CSP, ed al principio di equità stabilito nell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, si ritiene di dover prendere in considerazione la fattispecie nel suo complesso e le ripercussioni che in concreto possono essere derivate dall'inadempimento, dovendosi impedire che da tale inadempimento possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate, per entrambe le parti. Si deve inoltre necessariamente prescindere dal limite massimo previsto dalla Carta Servizi, in quanto la relativa applicazione viola, in termini di adeguatezza, il principio di proporzionalità, quale corrispondenza dell'indennizzo erogato al pregiudizio subito, valutata sulla base di una serie di elementi di natura soggettiva, oggettiva e temporale, come la qualità e quantità del servizio, il valore del canone corrisposto, la durata del disservizio, la natura del soggetto (persona fisica – giuridica) che ha subito il pregiudizio.

In conclusione, considerato il periodo di ritardo e la tipologia del contratto, si ritiene equo e proporzionale liquidare un indennizzo di Euro 800,00 (ottocento/00).

B.2. Sul malfunzionamento dei servizi

L'istante deduce che, sin dall'inizio dell'attivazione, il servizio di telefonia VOIP è stato inutilizzabile per la pessima qualità della trasmissione della voce. Pur avendo richiesto l'intervento di un tecnico per la risoluzione del problema, l'operatore non è mai intervenuto, nè ha mai fornito riscontro ai reclami.

Deduce altresì che periodicamente si verificavano interruzioni del servizio ADSL, malfunzionamento anch'esso non risolto.

In base al già richiamato principio sull'onere probatorio ed alla assoluta mancanza di prova contraria da parte dell'operatore in ordine ai disservizi lamentati, deve ritenersi che la condotta dell'operatore non sia stata conforme al principio sancito dall' art. 3 comma 4 della Delibera n. 179/03/CSP, secondo il quale i servizi sono offerti dagli organismi di telecomunicazioni in modo regolare, continuo e senza interruzione ed al principio fondamentale di continuità previsto dalla Carta Servizi di Eutelia stessa, con conseguente diritto dell'utente ad un indennizzo equo e proporzionato.

Ciò premesso, in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante, ed al principio di equità, considerato che nella fattispecie gli inadempimenti si sono concretizzati, da una parte, in una assoluta impossibilità di utilizzo di un servizio (il servizio VOIP), dall'altra, in un parziale utilizzo del servizio principale (ADSL), considerata la durata dei malfunzionamenti protrattisi sino alla risoluzione del contratto, si ritiene equo e proporzionale liquidare un indennizzo di Euro 800,00 (ottocento/00).

B.3. Sugli addebiti contestati

L'utente ha immediatamente contestato all'operatore gli importi addebitati con le fatture n. ■■■ del 15 ottobre 2005 e n. ■■■ del 20 novembre 2005 perchè relative a periodi in cui i servizi non erano ancora stati attivati, e non ha provveduto al relativo pagamento. L'operatore ha successivamente emesso due note di credito n. ■■■ e ■■■ del 24 aprile 2006, parzialmente stornando gli importi.

Risulta poi che l'utente ha provveduto al pagamento integrale di successive cinque fatture, pur non usufruendo del servizio VOIP, e che ha sospeso il pagamento delle successive cinque fatture, compensando l'importo per il servizio VOIP corrisposto in precedenza. Ha poi provveduto al pagamento integrale della fattura di ottobre 2006, sospendendo il pagamento delle cinque fatture successive ed effettuando il 2 aprile 2007 un pagamento a conguaglio degli importi ritenuti dovuti.

Dopo oltre due anni, Eutelia ha richiesto all'utente il pagamento di somme risultanti insolute.

L'istante ha provato di aver puntualmente contestato, attraverso numerosi reclami scritti, rimasti senza riscontro, gli importi addebitati dall'operatore perchè relativi a periodi in cui il servizio non era ancora stato attivato e perchè relativi ad un servizio non fruito, chiedendo sia la risoluzione del problema, sia chiarimenti in ordine alla fatturazione.

Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato (Cass. Civ. sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947), l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idonea a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali.

Tanto premesso, sussiste in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass. Civ., sez. III, 28 maggio 2004 n. 10313). Le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi (Cass. Civ. 8 luglio 1994 n. 6437).

In conformità al predetto orientamento giurisprudenziale, pertanto, la fattura telefonica, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria e la società telefonica è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra i dati registrati e quelli trascritti nella fattura.

Nella fattispecie, nessuna prova è stata fornita da Eutelia in ordine all'esattezza dei dati posti alla base delle fatture più volte contestate dall'utente: anzi, con l'emissione delle note di credito su richiamate Eutelia ha implicitamente riconosciuto la non debenza degli importi addebitati per servizi non ancora attivati.

A ciò si aggiunga il fatto che l'utente dal mese di gennaio del 2006 ha lamentato il problema relativo al servizio VOIP, segnalando all'operatore che avrebbe sospeso il pagamento delle fatture, procedendo alla compensazione delle somme già corrisposte per il servizio non fruito con le somme richieste. Compensazione che di fatto è stata poi operata dall'istante con comunicazione di volta in volta resa all'operatore.

A tali contestazioni ed alle comunicazioni di compensazione del credito, Eutelia non ha dato nessun riscontro.

In siffatta situazione, il mancato pagamento dell'obbligazione pecuniaria da parte del cliente si può intendere in un'ottica di salvaguardia dei propri diritti e di autotutela, come legittimo rifiuto di adempiere la propria obbligazione in presenza dell'inadempimento della controparte.

Per tutto quanto sopra esposto, considerato che non è stata fornita la prova dell'esattezza degli addebiti fatturati, considerato che non è stata fornita nessuna prova contraria in ordine alla mancata fruizione del servizio VOIP da parte dell'utente, considerato che l'utente ha provveduto al pagamento degli importi non contestati, si ritiene che le somme ulteriori richieste da Eutelia all'utente non siano dovute.

L'operatore è pertanto tenuto a provvedere allo storno totale dell'insoluto, regolarizzando la situazione contabile dell'istante.

C. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "*del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*".

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 200,00 (duecento/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO che per quanto precede la domanda della sig.ra ■■■ Sallemi sia da accogliere;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 200,00 (duecento), quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dalla sig.ra ■■■ Sallemi in data 17 settembre 2010.

La società Eutelia ■■■ in ■■■ è pertanto tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

- a) Euro 800,00 (ottocento/00) a titolo di indennizzo per il ritardo nell'attivazione dei servizi;
- b) Euro 800,00 (ottocento/00) a titolo di indennizzo per il malfunzionamento del servizio ADSL e per la mancata fruizione del servizio VOIP;
- c) Euro 200,00 (duecento/00) a titolo di spese di procedura,

oltre interessi legali in merito ai capi a) e b) a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

La società Eutelia ■■■ in ■■■ è altresì tenuta a procedere alla regolarizzazione della posizione amministrativa-contabile dell'utente, mediante lo storno delle fatture insolute ed il ritiro, a sua cura e spese, della eventuale pratica di recupero crediti.

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

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale

Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* del Corecom Lazio.

Roma, 28 novembre 2011

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Ines Dominici

Fto