

DELIBERA DL/071/15/CRL/UD del 10 aprile 2015
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
GASBARRO A./ VODAFONE OMNITEL xxx - TELETU
(LAZIO/D/599/2013)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 10 aprile 2015;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “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, recante “Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

VISTO 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;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e del Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente A. Gasbarro presentata in data 2 ottobre 2013;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di Vodafone Ominitel xxx – Teletu, di seguito per brevità “Teletu” – la sospensione e successiva disattivazione del servizio di telefonia fissa, la perdita della numerazione, il ritardo nella riattivazione della linea, nonché la mancata risposta a reclamo.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione l’istante ha dichiarato quanto segue:

a. Di avere sottoscritto in data 16.09.2011 un contratto con Teletu relativamente alla fornitura di servizio di telefonia voce, scegliendo la modalità di pagamento tramite bollettino postale con contestuale spedizione della fattura in formato cartaceo presso l’indirizzo sito in Ciampino (RM), Via XXXX XXX XXXX 195/e, ed evidenziando che il servizio richiesto risultava attivato dal 10.10.2011;

b. In data 19.5.2012, giunto nella seconda casa ove era attiva l'utenza de qua, si accorgeva dell'assenza di servizio e reclamava al call center, venendo a conoscenza in tale occasione che il 22.2.2012 era stata disposta la disattivazione per il mancato pagamento di n. 4 fatture relative al periodo di utilizzo del servizio e che il numero non era recuperabile; lamentava che sin dalla sottoscrizione del contratto l'operatore aveva ommesso di inviargli le fatture in formato cartaceo, all'indirizzo di posta espressamente indicato nel contratto;

c. Dopo diversi contatti telefonici con il servizio clienti, l'istante in data 5.06.2012 inviava reclamo a mezzo a/r (ricevuta il 11.6.2012), intimando al gestore, tra l'altro, la riattivazione dell'utenza; perdurando la sospensione, in data 8.04.2013, l'istante formulava nuovo reclamo, al quale l'operatore rispondeva in data 6.05.2013, recapitando all'istante tutti i bollettini e le relative fatturazioni, le quali recavano un indirizzo diverso da quello contrattualmente stabilito, ma nonostante l'istante abbia pagato il dovuto, ad esclusione della fattura recante costi per la disattivazione della linea telefonica, il servizio non veniva riattivato.

d. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 4.09.2013, si concludeva con esito negativo, attesa la perdurante interruzione del servizio e le proposte conciliative del gestore ritenute insufficienti dall'utente;

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto nei confronti di Teletu :

- i. l'indennizzo per illegittima sospensione ex art. 4 allegato A alla Del. 73/11/CONS dal 16.11.2011 (primo giorno successivo al termine di scadenza per il pagamento della prima fattura emessa il 30.10.2011) al 22.02.2012 (data di disattivazione della linea);
- ii l'indennizzo per illegittima disattivazione ex art. 4 allegato A alla Del. 73/11/CONS dal 22.2.2012 al 22.5.2012;
- iii. l'indennizzo per la perdita del numero ex art. 9 allegato A alla Del. 73/11/CONS ;
- iv. l'indennizzo per mancata risposta al reclamo ex artt. 2 comma 2 ed 11 allegato A alla Del. 73/11/CONS dal 19.06.2012 al 12.07.2012;
- v. l'indennizzo per ritardata (ri)attivazione della linea ex artt. 3 comma 1 - 2 e 12 comma 3 allegato A alla Del. 73/11/CONS dal 12.7.2012 fino alla riattivazione del servizio;
- vi. annullamento della fattura n. 23715082800 del 30.4.2013 recante costi di disattivazione non giustificati;
- vii. Oltre alle spese del procedimento.

Precisava con le memorie che la sospensione dovesse intendersi disposta dal 22.11.2012 e chiedeva un indennizzo ulteriore per ritardato invio delle fatture all'indirizzo prescelto contrattualmente, ai sensi dell'art.12, comma 3 Allegato A delibera 73/11/CONS.

2. La posizione dell'operatore Vodafone Omnitel xxx - Teletu.

Teletu eccepiva in via preliminare l'inammissibilità delle domande così come formulate, non avendo l'istante imputato i fatti e le circostanze alle specifiche norme del contratto, della Carta dei Servizi nonché alle delibere Agcom.

Chiedeva il rigetto dell'istanza contestando la circostanza addotta, secondo la quale gli omessi pagamenti dovessero imputarsi "esclusivamente" al mancato invio delle fatture all'indirizzo prescelto, segnalando la tardività del reclamo del 19.5.2012, intervenuto dopo sette mesi dall'attivazione, periodo durante il quale l'utente non ha contattato il servizio clienti, pur non ricevendo fatture per un servizio attivo e fruito; sicchè, il gestore non è stato messo in grado di avvedersi dell'errore e di porvi rimedio; invocava pertanto l'applicazione, sul punto, dell'art.1227 comma 2 c.c. relativo al concorso del fatto colposo del creditore, nonché dell'art 1176 relativamente all'ordinaria diligenza da osservarsi nell'adempimento delle obbligazioni.

Quanto alle richieste di indennizzo avanzate, contestava l'interpretazione offerta dell'art. 4 all. A delibera 73/11/CONS evidenziando come l'indennizzo ivi previsto sia alternativo tra le due fattispecie della sospensione e della cessazione e pertanto non cumulabile; evidenziava altresì che nessuna sospensione era stata effettuata da Teletu, prima della disattivazione del 22.2.2012.

Quanto alla richiesta di indennizzo per la perdita della numerazione, ne chiedeva il rigetto in conseguenza della disattivazione legittimamente disposta e dell'altrettanto legittima procedura di restituzione della risorsa al Donor Telecom, al quale l'utente ben avrebbe potuto rivolgersi al fine di rientrarne in possesso.

Contestava infine la asserita mancanza di risposta ai reclami, sostenendo di aver risposto al reclamo del 5.6.2012 telefonicamente, proponendo delle nuove soluzioni all'istante da questi rigettate ed al secondo, del 8.4.2013, mediante invio di tutte le fatturazioni richieste.

Eccepiva, infine, una carenza di legittimazione passiva in ordine alla richiesta di riattivazione dell'utenza avanzata dall'utente, evidenziando che essendo il numero rientrato in possesso dell'operatore Donator Telecom il quale solo ne aveva la disponibilità, la domanda stessa non era ricevibile da Teletu, perché nell'impossibilità materiale di adempiere. Segnalava inoltre la contraddittorietà della domanda di indennizzo "fino a riattivazione del servizio voce con assegnazione di nuova numerazione" sia perché tale possibilità era stata già rifiutata, sia perché accoglibile solo ed esclusivamente mediante la volontà dell'utente tramite sottoscrizione di nuovo contratto.

3. Motivazione della decisione

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

E' inammissibile ai sensi dell'art. 14, comma 1 del Regolamento Agcom di cui alla Delibera n. 173/07/CONS, la domanda di indennizzo per ritardato invio delle fatture perché non sottoposta all'obbligatorio tentativo di conciliazione e proposta solo in sede di memoria difensiva. E comunque, nel merito, detto inadempimento non è indennizzabile in quanto non ascrivibile ad alcuna delle fattispecie tipiche individuate dalla Delibera Indennizzi, né riconducibile ad alcuna di esse per analogia, bensì indennizzabile per le conseguenze in termini di disservizio da esso inadempimento provocato, come nel caso in esame.

E' da rigettare e disattendere la eccezione preliminare dell'utente sulla tardività del deposito della memoria dell'operatore, avendo l'operatore provveduto, così come risulta dalla documentazione in atti, al deposito al fascicolo Corecom in data 4.11.2013 alle ore 12.12 tramite posta certificata,

termine che in realtà scadeva in data 3.11.2013 ma essendo giornata festiva (domenica) ex art. 155 cpc tale scadenza viene prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo che, nel caso di specie, era il giorno 4.11.2013.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato:

3.1 Sulla sospensione e cessazione del servizio

E' pacifica e documentalmente provata l'esistenza del contratto di utenza telefonica tra il sig. Gasbarro e la Teletu con numerazione xxxxxx670, come è altresì pacifica l'attivazione su tale utenza del profilo tariffario "Mini Internazionale" dal giorno 10 ottobre 2011 e la cessazione della linea in data 22.02.2012.

Oggetto della controversia è la legittimità della sospensione della linea, operata da Teletu per omessi pagamenti, nonché la data in cui la stessa è stata disposta, a fronte della disattivazione del 22.2.2012.

L'utente deduce l'illegittimità di tale anticipata e non preavvisata sospensione/cessazione della linea voce, dal momento che non è stato messo in condizione di adempiere al pagamento delle fatture, poi avvenuto in concreto, perché l'operatore ha omesso di inviare le bollette all'indirizzo prescelto. L'operatore, d'altro canto, sostiene che la disattivazione è avvenuta in presenza dei presupposti previsti a fronte della regolare erogazione e fruizione del servizio, degli omessi pagamenti e dell'impossibilità di ovviare all'errore dell'indirizzo di fatturazione, per mancata segnalazione dell'utente, invocando al riguardo l'applicazione degli artt. 1227 e 1176 c.c. in ragione di tale comportamento non diligente.

La domanda dell'utente è fondata per le seguenti motivazioni.

In via preliminare giova rammentare la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ("Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda"), nonché l'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 13533 del 30 ottobre 2001 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva 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) secondo la quale il creditore che agisca 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, mentre può limitarsi ad allegare l'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.

L'istante ha dedotto l'inadempimento della controparte per aver sospeso e successivamente cessato anticipatamente e senza preavviso l'utenza; l'operatore ha eccepito l'estinzione del diritto vantato dall'utente, motivando la correttezza della cessazione effettuata automaticamente dai sistemi per il mancato pagamento delle fatture emesse, la mancata riattivazione e la perdita del numero per aver restituito la risorsa al Donor come previsto dalla regolamentazione.

La difesa di Teletu non coglie nel segno.

In base ai principi esposti, incombeva all'operatore l'onere di fornire la prova del fatto estintivo del diritto dell'utente alla prestazione del servizio telefonico, ovvero, in primis il regolare invio della fatturazione a norma dell'art. 10.2 delle Condizioni Generali di Contratto presso il domicilio eletto contrattualmente, da cui discenderebbe l'ingiustificata omissione dei pagamenti.

L'operatore ha invece ammesso l'errore, limitandosi a rivendicare il concorso di colpa dell'utente per aver segnalato il disagio solo dopo sette mesi dall'attivazione.

In secondo luogo, non è stata fornita la prova, peraltro richiesta, di produzione dell'obbligatorio preavviso di sospensione del servizio ex art.5 del Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS, nonché degli artt. 10.5 e 10.7 delle cgc .

In conseguenza di quanto sopra, il comportamento dell'operatore è da ritenersi illegittimo e spetta all'utente un indennizzo per l'inadempimento contrattuale.

L'eccezione svolta dall'operatore in ordine alla natura risarcitoria delle domande dell'utente, con conseguente inammissibilità delle stesse, è palesemente infondata, risultando chiaramente ed espressamente richiesti dall'utente, in tutti i corposi scritti difensivi, i soli indennizzi previsti dalla normativa vigente, in ordine ai quali competente a pronunciarsi è l'Autorità adita.

Quanto all'applicazione dell'art.1227 al caso di specie, invocata dall'operatore per comportamento non diligente dell'utente, riconducibile essenzialmente al mancato monitoraggio del regolare recapito delle fatture, nonché alla tardiva contestazione dell'assenza di servizio (reclamo telefonico del 19.5.2013, a tre mesi dalla disattivazione e a sette dall'attivazione iniziale), ostano al suo accoglimento diverse circostanze di fatto, pure dedotte dall'utente, quali: l'attivazione dell'utenza *de qua* presso la seconda abitazione, non dimora abituale dell'utente che rende ragionevole la non tempestiva constatazione della cessazione del servizio; l'esiguità del numero di fatture emesse nel periodo di tempo dedotto; viepiù l'omissione, da parte del gestore, proprio del preavviso di sospensione, nonché di quello di disattivazione e risoluzione contrattuale per inadempimento, contravvenendo dunque alla funzione tipica di tali strumenti, ovvero quella di rendere edotto il cliente di eventuali situazioni anomale sui pagamenti, in casi evidentemente non riconducibili a una sua volontà e metterlo dunque nella condizione di porvi agevolmente e preventivamente rimedio, senza incorrere in una privazione del servizio.

Tuttavia, non può neanche sottacersi l'altrettanto evidente conseguenza oggettiva delle richiamate circostanze, ovvero lo scarso disagio per l'utente, correlato alla privazione del servizio, proprio perché di utilizzo non prevalente, circostanza tradottasi in una segnalazione tardiva che ha comportato l'impossibilità di riattivazione del servizio su quell'utenza e la perdita del numero.

La pronuncia in tale caso, in osservanza dei principi stabiliti dall'art.84 del Decreto legislativo 01.08.2003 n° 259 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche) e dalla Delibera n. 179/03/CSP (Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni) non può dunque prescindere dall'applicazione del criterio equitativo per la determinazione dell'indennizzo, che lo renda proporzionato al disagio effettivo quale emerge dai presupposti fattuali del caso di specie, onde evitare che dall'applicazione acritica del sistema indennizzatorio possano discendere conseguenze eccessivamente penalizzanti per una parte. Si ritiene pertanto equa una decurtazione dell'indennizzo pari al 50% dell'importo risultante.

Quanto al periodo indennizzabile, considerato che l'utente, come da dichiarazioni in atti, non è a conoscenza del giorno di sospensione del servizio, ma non potendosi nemmeno condividere l'assunto del gestore di aver proceduto direttamente alla disattivazione in data 22.2.2012 senza previa sospensione, perché non provato *per tabulas*, e perché in contrasto con le cgc, può considerarsi convenzionalmente quale *dies a quo* la data del 22.11.2012, giorno successivo all'ultimo evento di traffico registrato, fino alla data del 2.10.2013 (data dell'istanza di definizione) considerando la sospensione e la mancata riattivazione quale unico disservizio perdurante per l'intero periodo, non risultando provata dal gestore alcuna comunicazione all'utente, prima di detto termine, circa l'impossibilità di riattivazione, le ragioni ostative alla stessa e le possibili alternative per porvi rimedio.

Valutati pertanto tutti gli elementi sopra esposti, l'utente ha diritto, in ragione del disagio effettivamente patito, all'indennizzo previsto ai sensi dell'art. 4 comma 1 allegato A delibera 73/11/CONS da calcolarsi in €7,50 per ogni giorno di sospensione dal 22.11.2012 al 2.10.2013, decurtato l'importo del 50% in applicazione del richiamato principio equitativo, per un importo complessivo di Euro 1.219,00.

Dall'illegittimità riconosciuta della sospensione e disattivazione del servizio discende altresì il diritto dell'utente allo storno della fattura 23552920847 del 30.4.2012 addebitante i costi di disattivazione.

3.2 Sulla perdita della numerazione

Ferme restando le considerazioni di cui al punto precedente circa le conseguenze inevitabili della segnalazione tardiva dell'utente, ovvero impossibilità di riattivazione e perdita del numero ed a causa della quale la sanzione per l'inadempimento dell'operatore è stata attenuata in via equitativa, deve altresì riconoscersi all'utente l'indennizzo previsto dall'art. 9 dell'Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS, che prevede che "L'utente, nel caso in cui perda la titolarità del numero telefonico precedentemente assegnato per fatto imputabile all'operatore, avrà diritto ad un indennizzo pari ad euro 100,00 per ogni anno di precedente utilizzo, fino ad un massimo di euro 1.000,00".

Nel caso di specie il ricorrente ha affermato di aver acquisito l'utenza in questione nell'anno 1989 (cfr. GU14), fornendo prova dell'effettiva disponibilità della numerazione tramite il deposito della prima fattura utile della numerazione in contestazione, su espressa richiesta scritta all'operatore Telecom Italia S.p.a., dimostrando la disponibilità dell'utenza da oltre 22 anni.

Ciò premesso si liquida a favore dell'utente la somma massima riconoscibile di Euro 1000,00 per la perdita della numerazione telefonica per causa imputabile all'operatore ai sensi dell'art. 9 allegato A delibera 73/11/CONS.

3.3 Sul reclamo

L'utente ha reclamato telefonicamente la cessazione del servizio in data 19.5.2012, ricevendo sommarie informazioni, in base a quanto dallo stesso dichiarato, sull'esistenza di fatture insolute e sull'utilizzo di un indirizzo errato.

Risulta poi in atti un reclamo scritto ricevuto il 11.6.2012 (oltre a quello ricevuto il 10.4.2013 cui è stato risposto per fatto concludente mediante invio delle fatture) che richiedeva risposta scritta, trattandosi di un rigetto sulla richiesta di riattivazione dell'utenza.

Rileva infatti il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Dalle difese dell'operatore in atti, non emerge alcun riscontro al reclamo inviato dall'istante in data 5.06.2012.

Ciò premesso va riconosciuto a favore dell'istante, ai sensi dell'art.2 e 11 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS, l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 11.06.2012 fino al 4.9.2013, data dell'udienza di conciliazione in occasione della quale le parti hanno interloquito sulla specifica problematica, detratto il tempo utile alla risposta (45 giorni), per il massimo di €300,00 previsto dalla disposizione in parola .

3.4 Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 150,00 (centocinquanta/00) da porsi a carico di Teletu, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente le domande proposte dal sig. A. Gasbarro nei confronti di Vodafone Omnitel xxx – Teletu;
2. La società Vodafone Omnitel xxx – Teletu è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 150,00 (centocinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - i. euro 1219,00 (milleduecento diciannove/00) a titolo di indennizzo ex art. 4 comma 1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
 - ii. euro 1000,00 (mille/00) a titolo di indennizzo ex art. 9 allegato A Delibera 73/11/CONS;
 - i. euro 300,00 (trecento/00) a titolo di indennizzo ex art. 11 allegato A della Delibera 73/11/CONS.

L'operatore è tenuto altresì allo storno della fattura 23552920847 del 30.4.2012 addebitante i costi di disattivazione.

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

4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, il 10 aprile 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto