

DELIBERA DL/166/15/CRL/UD del 9 ottobre 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx MASTROROSA/VODAFONE OMNITEL xxx

(LAZIO/D/67/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 9 ottobre 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 del 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 il 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 sig. xxx Mastrorosa presentata in data 28 gennaio 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore Vodafone la mancata attivazione dei servizi voce e adsl. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione, ha dichiarato quanto segue:

- Il 28 marzo 2014, ha chiesto l’attivazione di nuova linea telefonica e adsl;
- l’operatore non ha mai proceduto all’attivazione, neppure a seguito di provvedimento temporaneo adottato dal Corecom Lazio.

In base a tali premesse, l’utente ha richiesto:

- Immediata attivazione dei servizi

- Indennizzo per mancata attivazione
- Indennizzo per mancata risposta ai reclami

2. La posizione dell'operatore Vodafone

Vodafone ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità delle domande perché aventi natura risarcitoria e perché generiche. Nel merito, ha contestato la propria responsabilità, deducendo che la mancata attivazione è conseguenza di una morosità dell'istante relativa ad altro precedente contratto.

Motivazione della decisione

Preliminarmente, viene rigettata l'eccezione preliminare dell'operatore di inammissibilità delle domande e delle richieste di indennizzo.

Le domande dell'istante, espressamente qualificate come domande di indennizzo, non sono infatti generiche, essendo state ricondotte a precisi presunti inadempimenti dell'operatore.

Sempre in via preliminare, viene rigettata la domanda dell'utente di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, perché inammissibile, in quanto domanda nuova, formulata solo nella memoria difensiva depositata nel presente procedimento, e non oggetto del precedente tentativo di conciliazione.

Così inquadrata, l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è proponibile, salvo quanto disposto dall'art.19, comma 4 del Regolamento che limita l'ambito della decisione alla possibilità di riconoscere indennizzi, rimborsi e storni di somme non dovute, in conseguenza degli accertati inadempimenti degli operatori.

Alla luce di quanto sopra e di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato.

Sulla mancata attivazione

L'istante lamenta la mancata attivazione dei servizi voce e adsl, chiesta il 28 marzo 2014 e non effettuata neppure a seguito di adozione di provvedimento temporaneo U6129/14 del Corecom Lazio.

L'operatore deduce di non aver attivato i servizi a causa di una pregressa morosità per un altro contratto relativo ad una utenza mobile intestata all'istante.

E' in atti la e mail di Vodafone del 28 marzo 2014, con cui l'operatore comunica di aver preso in lavorazione la richiesta dell'utente di attivazione dei servizi.

La motivazione addotta dall'operatore a sostegno della riconosciuta mancata attivazione è infondata.

Se infatti, ai sensi dell'art. 2.4 delle CGC, "Vodafone si riserva il diritto di rifiutare la Proposta qualora il Clientesia stato in precedenza inadempiente a qualsiasi titolo nei confronti di Vodafone", tuttavia, nella fattispecie, non è stato provato il pregresso presunto inadempimento contrattuale ostativo alla conclusione del nuovo contratto.

Le fatture prodotte dall'operatore relative all'altro contratto dell'utente non sono infatti prova

sufficiente dell'inadempimento, considerato che, per costante orientamento giurisprudenziale, l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento idoneo 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. A ciò si aggiunga che, come si desume dalla lettera di reclamo dell'utente del 4 gennaio 2011 prodotta sempre da Vodafone, l'operatore aveva in precedenza sospeso l'utenza mobile.

Nè risulta che Vodafone abbia mai formalmente contestato tale presunto precedente inadempimento, o che abbia svolto azioni di recupero del preteso credito, risalente al 2011, o che abbia informato l'utente dell'esistenza dell'impedimento alla conclusione del nuovo contratto, neppure nel procedimento di adozione di provvedimento temporaneo; ed anzi, con la e mail del 28 marzo 2014 di presa in carico della sua richiesta, ha ingenerato nello stesso la legittima aspettativa dell'accettazione della sua proposta.

Si ritiene pertanto la esclusiva responsabilità di Vodafone per la mancata attivazione dei servizi con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo, dalla data della richiesta (28 marzo 2014) alla data di presentazione dell'istanza di definizione (28 gennaio 2015). Non è infatti accoglibile la domanda dell'utente di indennizzo fino alla data di effettiva attivazione essendo la scelta di sottoporre la controversia ad un terzo in sede di definizione amministrativa il momento in cui la risoluzione della questione transita dalla gestione delle parti a quella di un terzo. Pertanto il mancato adempimento spontaneo in pendenza di una procedura di definizione amministrativa non sarebbe ragionevolmente sanzionabile.

Ciò premesso, nella fattispecie occorre anche valutare la condotta tenuta dall'utente, rilevante in conformità del canone di diligenza di cui all'art. 1227, in forza del quale il creditore è gravato non solo da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno) ma anche da un obbligo positivo (tenere condotte utili e possibili rivolte ad evitare o ridurre il danno), come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011 n. 3, richiamata da Consiglio di Stato sentenza 31 ottobre 2012 n. 5556). Il tutto al fine di evitare un ingiustificato arricchimento da situazioni che hanno colpito in modo marginale gli interessi del creditore, tanto da non averlo indotto ad attivarsi a sua tutela in modo adeguato.

Sorge quindi la necessità - anche in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito dalla Delibera 179/03/CSP - di 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: circostanza che si verificherebbe ove si applicassero gli indennizzi previsti dalla Delibera n. 73/11/CONS in maniera acritica e svincolata dalle risultanze del caso concreto.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo si ritiene pertanto opportuno ricorrere al principio di equità richiamato dall'art.84 del D.Lg.vo n.259/03 (*"Codice delle Comunicazioni Elettroniche"*) cui deve ispirarsi la risoluzione delle controversie nella presente materia, nonché al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia "in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo

precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico " (Cass, n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09).

Ciò in considerazione di alcuni fatti salienti e caratterizzanti il rapporto contrattuale intercorso tra le parti in funzione del simmetrico obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni, per i quali si ritiene che il comportamento dell'utente non sia stato improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede.

In quest' ottica, assume particolare rilievo il fatto che l'utente non ha provato di aver reclamato per iscritto la mancata attivazione, né ha dedotto o circostanziato di aver svolto solleciti o reclami telefonici, ed ha avviato il procedimento di adozione di provvedimento temporaneo solo quattro mesi dopo la richiesta di attivazione.

In considerazione di tale condotta ed in applicazione dei principi di equità e di buona fede nell'esecuzione del contratto ed anche dell'art.1227 del c.c., si ritiene equo e proporzionale liquidare l'indennizzo dovuto ai sensi del combinato disposto degli articoli 2 e 3.1 della Delibera 73/11/CONS nella misura del 50%, e quindi pari ad Euro 2.295,00

Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, l'importo di Euro 100,00 (cento/00), da porsi a carico di Vodafone, 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 l'istanza del sig. xxx Mastroso nei confronti della società Vodafone Omnitel xxx.
2. La società Vodafone Omnitel xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, l'importo di Euro 2.295,00 (duemiladuecentonovantacinque/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 3.1 allegato A alla delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
3. La società Vodafone Omnitel xxx 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 decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.

5. E' 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, 9 ottobre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

f.to

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

f.to