

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Delibera n. 10/2018

Estratto del processo verbale della seduta del 4 maggio 2018

Oggetto: Definizione della controversia USHUAIA SNC /Telecom Italia S.p.A..

Presiede il Presidente

Giovanni Marzini

Sono presenti:

il Vice Presidente

Alessandro Tesini

il componente

Paolo Santin

Verbalizza

Gianni Cortiula

In ordine all'oggetto, il Comitato ha discusso e deliberato quanto segue:

IL COMITATO

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" (di seguito per brevità denominata "Autorità"), ed in particolare l'articolo 1, comma 13 della medesima legge che prevede la possibilità di istituire con legge regionale i Comitati regionali per le comunicazioni (di seguito per brevità denominati "Co.Re.Com"), funzionalmente organi dell'Autorità per le esigenze di decentramento sul territorio;

VISTO l'art. 117, terzo comma, della Costituzione, che individua "l'ordinamento delle comunicazioni" tra le materie di legislazione concorrente tra Stato e Regione;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche" (di seguito denominato "Codice");

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante il "Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229";

VISTA la Legge Regionale del Friuli Venezia Giulia del 10 aprile 2001, n. 11 "Norme in materia di comunicazione, di emittenza radiotelevisiva locale ed istituzione del Comitato Regionale per le Comunicazioni (Co.Re.Com.)";

VISTO l'Accordo Quadro 2018 tra l'Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome del 28 novembre 2017, conforme al testo approvato dall'Autorità con delibera n.395/17/CONS del 19 ottobre 2017;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, tra l'Autorità e il Co.Re.Com del Friuli Venezia Giulia sottoscritta nel dicembre 2017 ed in particolare l'art. 5, c. 1, lett. e) sulla "definizione delle controversie";

VISTA la delibera Agcom n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, All. A) recante "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti", (di seguito per brevità "Regolamento");

VISTA la Delibera dell'Agcom n. 276/13/CONS "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Co.Re.Com. in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche" (di seguito per brevità "Linee guida");

VISTA la delibera Agcom n. 73/11/CONS, "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 (di seguito per brevità "Delibera indennizzi");

VISTA l'istanza GU14, acquisita al protocollo generale al n.1744/A d.d.15 febbraio 2017, presentata dalla società *Telecom Italia*, con la quale si chiede l'intervento del Co.Re.Com per la definizione della controversia in essere con la società Telecom

Italia S.p.a. (di seguito per brevità "Telecom" od "Operatore") per l'utenza telefonica di rete fissa n. 2225/P d.d. 23 febbraio 2017, ai sensi dell'art. 14 del Regolamento;

VISTI i documenti allegati alla succitata istanza di definizione - tra cui una copia del verbale di mancata conciliazione, copia per estratto di alcune fatture che evidenziano taluni dei pagamenti effettuati per ADSL nonchè, in particolare, una copia della schermata tratta dall'area del sito di Telecom per la verifica delle coperture di rete fissa della TIM – che riporta testualmente la dicitura: "L'indirizzo inserito non è raggiunto dall'ADSL di Tim";

VISTA la nota prot. n. 2225/P d.d. 23 febbraio 2017 con la quale è stato comunicato alle parti l'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, dopo aver verificato che la succitata istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del medesimo Regolamento;

VISTA la memoria di costituzione e difesa -prot. n.3175-A dd 16/03/2017- presentata nell'interesse di Telecom, e le tre fatture allegate:- n.2/2008 del 6/02/2018 con i costi di attivazione dell'abbonamento "Alice Business Flat 7 Mega" nel mese di gennaio dello stesso anno relativamente al numero telefonico di utenza fissa di cui in contestazione;- n.5/2008 con i costi di attivazione dell'abbonamento "Alice Business Tutto incluso" nel mese di luglio dello stesso anno relativamente al numero telefonico di utenza fissa di cui in contestazione; n.4/2013 del 6/06/2013 con i costi dell'abbonamento "Alice Business Tutto incluso" fino al 23/04/2018;

VISTA la memoria di replica alle difese dell'operatore - prot. n.3378-A dd 20/03/2017- con cui l'istante conferma la durata e la tipologia delle offerte di fornitura del servizio telefonico applicate al n. telefonico di cui in contestazione, *come pacifica in causa e specificamente ammessa da controparte*; replicando tuttavia le relative considerazioni avversarie ritenute "apodittiche", prive di fondamento e di alcuna prova ;

VISTO il verbale dell'udienza di audizione svolta il 10 aprile 2018 (inviato alle parti con e-mail di trasmissione prot. n.4949/P del 10/04/2018), nel corso della quale entrambe le parti hanno manifestato una disponibilità a conciliare, senza peraltro addivenire ad una soluzione bonaria della controversia per mancanza di un accordo sulla determinazione della somma da corrispondere all'istante in misura congrua e proporzionata al pregiudizio arrecato (euro 500,00 secondo il gestore; euro 700,00 secondo l'istante) - giusto verbale ai cui contenuti è fatto rinvio per relazione-;

DATO ATTO della sostanziale identità dei fatti contestati in definizione e nella istanza di conciliazione (cfr. UG 826/16);

DATO ATTO che in sede conciliativa non era stata fatta alcuna proposta da parte dell'operatore per tentare una soluzione bonaria della controversia ritenendo che un accordo su quanto contestato non fosse possibile alla luce dei "riscontri tecnici forniti" (cfr. verbale prot. n.12495/A dd 15/11/2016); ovvero, secondo quanto riportato nella rispettiva istanza di GU14, nel tentativo di conciliazione : " Telecom sosteneva semplicemente che al momento della fatturazione la copertura ADSL nella zona c'era e che adesso non c'è più....omissis....";

VISTI tutti gli atti del procedimento ai cui contenuti è fatto rinvio per relazione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione di Parte Istante

L'istante, titolare dell'utenza telefonica fissa n. 020200000 del tipo "affari"- con contratto di fornitura del servizio denominata "Alice Business Flat 7 Mega" dal 23 gennaio 2008, poi trasformata dal 2 luglio 2013 in "Alice Business Tutto incluso" fino al 23/04/2018 (fatti ammessi e riconosciuti da entrambe le parti)- **lamenta** nei confronti di Telecom Italia S.p.a. il pagamento ingiustificato delle somme corrisposte per il servizio dati veloce denominato "ADSL", costantemente fatturate in tutto il periodo indicato e che entrambe le succitate offerte prevedevano.

L'istante sostiene che solo all'esito di una verifica successiva del 2013 ha scoperto che la zona di interesse non è raggiunta dalla tecnologia ADSL (come emerso anche dalla specifica interrogazione del sito allegato all'istanza) e che il servizio non è stato " *mai effettivamente fornito*", **chiede** pertanto :

la ripetizione della somme indebitamente corrisposte a Telecom per il servizio ADSL mai goduto -dal 2008 allo scioglimento legittimo del rapporto per passaggio ad altro operatore, con l'ultima fattura di aprile 2013-, **per un ammontare complessivo che quantifica in euro 1.204, 91** (milleduecentoquattro, novantuno), oltre interessi e rivalutazione monetaria (documentando peraltro solo una parte degli importi versati per il servizio di che trattasi).

In via subordinata indennizzo per arricchimento senza causa oltre interessi e rivalutazione monetaria.

La posizione dell'Operatore

L'Operatore, si è costituito con rispettiva memoria difensiva (già richiamata in premessa) con cui ha eccepito che:

-dal 23 aprile 2013 la linea ADSL risulta cessata/migrata dopodichè non è più stata attivata né fatturata, in quanto in fase di richiesta di rientro non erano più disponibili risorse, né ci sono tuttora;

-dal 2008 al 2013 alcuna segnalazione di malfunzionamento è mai stata avanzata dall'istante; ed appare inverosimile agli occhi di chiunque che un utente, per 5 anni, paghi regolarmente un servizio di cui non può usufruire;

- che qualsivoglia pretesa riferita agli anni 2008-2011 deve intendersi prescritta.

in punto di diritto

Prima di entrare nel merito della *res controversa*, va chiarito che la liquidazione del risarcimento dei danni esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie di cui al Regolamento, è chiamata a verificare solo la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento (limiti di competenza dell'Autorità) .

L'oggetto del provvedimento dell'Autorità che definisce la controversia, infatti, non può non tener conto della delimitazione operata dal comma 4 dell'articolo 19 del citato regolamento alla sola possibilità – ove sia riscontrata la fondatezza dell'istanza – di condannare l'operatore ad effettuare rimborsi (o storni) di somme risultate non dovute o alla liquidazione di indennizzi chiesti e accertati; nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché dai casi individuati dalle disposizioni normative o dalle delibere dell'autorità (pronunce a contenuto vincolato).

dal punto di vista procedurale e in tema di responsabilità nell'adempimento delle obbligazioni nei rapporti contrattuali, si richiamano le disposizioni del codice civile che rilevano per la valutazione delle procedure di definizione (cfr "Linee guida") ed in particolare:

- in tema di onere della prova l'articolo 2697 c.c. che afferma quanto segue: "*Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*";

- l'art. 1218 c.c. sulla responsabilità del debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta e non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile; ponendo quindi, in tema di adempimenti contrattuali, una presunzione di responsabilità in capo al debitore con inversione dell'onere della prova" (cfr. Cass. S.U. n. 13533/2001; delibera AGCOM n. 1/11/CIR);

- l'art 1175 c.c. quale espressione generale, nel campo delle obbligazioni, del più generale principio etico giuridico di correttezza (o buona fede in senso oggettivo) nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri e, in particolare, l'art 1176 c.c. sulla diligenza nell'adempimento (cd "*diligenza del buon padre di famiglia*"); paradigma di riferimento in connessione alla responsabilità del debitore ex art.1218 c.c. citato, misura di mezzi ed accorgimenti che il debitore deve porre in essere per conseguire il risultato o le attività necessarie atte a soddisfare parte creditrice;

Dal combinato disposto delle disposizioni richiamate, ne deriva che per escludere la propria responsabilità incombe all'operatore l'onere di dimostrare che l'inadempimento è stato determinato da circostanze a lui non imputabili o da problematiche tecniche o di causa di forza maggiore non causate da sua colpa; circostanze e problematiche di cui peraltro l'utente deve essere adeguatamente informato.

In punto di fatto

A) mancata fornitura del servizio ADSL e ripetizione dell'indebito

l'istante ha fornito una prova oggettiva che le prestazioni di Servizio ADSL, già oggetto degli adempimenti contrattuali del gestore Telecom, non possono essere state fornite in quanto l'area interessata dall'utenza in discussione non è coperta/raggiunta da tale tecnologia (come certificato e pubblicato dal medesimo Operatore sul rispettivo sito deputato proprio alle verifiche di copertura *on line*); correlativamente le somme versate come corrispettivo per questo tipo di prestazione risultano ingiustificate (sine causa) e la pretesa di una restituzione delle somme indebitamente pagate è pertanto da ritenere fondata.

L'operatore, salvo invocare un'improbabile cessazione delle disponibilità di risorse, non ha peraltro fornito alcuna dimostrazione contraria della effettiva erogazione del servizio contestato, ovvero per riscontrare una precedente copertura o provare la eventuale erroneità dei dati pubblicati sul sito Telecom e prodotti dall'istante.

A carico del gestore inoltre è rilevabile una mancata osservanza degli oneri di cui la delibera n. 179/03/CSP di: "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249", ed in particolare l'art. 4 (commi 1 e 3, dell'allegato A alla medesima delibera) sul diritto degli utenti ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi.

Quanto al termine di prescrizione vale rilevare che la ripetizione dell'indebito è soggetta alla prescrizione ordinaria decennale ed il termine prescrizione breve- quale exceptio dall'operatore- ha un valore solo presuntivo (*iuris tantum*).

Tuttavia, la ricostruzione dei fatti rivela che anche l'istante ha concorso, con la propria inerzia al perpetrarsi della situazione di fatto che oggi lamenta ed infatti, come exceptio dall'operatore, per ben 5 anni :-"dal 2008 al 2013 alcuna segnalazione di malfunzionamento è mai stata avanzata dall'istante".

Inoltre - come ammesso dal medesimo utente - anche dopo essere venuto a conoscenza del fatto che l'area di pertinenza della rispettiva utenza telefonica non era mai stata coperta dal servizio ADSL (nel 2013), solo nel maggio 2016 si è concretamente attivato presso il Co.re.com per far valere le rispettive pretese (cfr. istanza UG prot. n.6236 dd 24 maggio 2016).

Per il calcolo del *quantum debeatur* le linee guida dell'Autorità invocano esplicitamente l'applicazione di alcuni principi generali dell'ordinamento come quello di cui all'art.1227 c.c., sul concorso del fatto colposo del creditore, nonché il principio di proporzionalità nella commisurazione di rimborsi ed indennizzi.

Si ritiene pertanto da ultimo (anche considerato che l'ammontare complessivo delle somme contestate non è pienamente documentato) **di accogliere solo parzialmente le richieste di parte attrice e condannare l'Operatore al rimborso della somma ritenuta congrua di euro 700,00 (settecento, 00), oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza fino al pagamento effettivo.**

Quanto all'azione di arricchimento -oltre ai limiti di competenza dell'Autorità già enunciati- vale rilevare il mero carattere sussidiario.

B) spese di procedura

Si ha riguardo alla disposizione dell'art.19, co 6 del "Regolamento" che, come parametro di riferimento per la valutazione di eventuali rimborsi delle spese di procedura -secondo equità e proporzionalità- richiama altresì il ".....(omissis)..... grado di partecipazione e ... comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Entrambe le parti nella procedura all'esame sono state presenti ed hanno partecipato attivamente anche al tentativo di conciliazione. **Si ritiene pertanto congruo che le spese di lite vadano compensate**

Il CO.RE.COM, per le ragioni di cui sopra,

DELIBERA

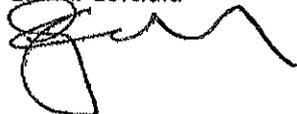
In accoglimento parziale dell'istanza presentata da USHUAIA [nome e cognome] [cognome]

Telecom Italia S.p.A. è tenuta a:

1. Corrispondere all'istante la somma di euro 700,00 (settecento,00), a titolo di rimborso per le somme corrisposte per il Servizio ADSL di cui in premessa, con maggiorazione degli interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza fino al saldo effettivo.
2. Comunicare al Co.Re.Com. FVG l'avvenuto adempimento del presente provvedimento entro il termine di 60 giorni dalla notifica.
3. Le spese di lite si intendono compensate, ai sensi di quanto disposto dal Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007.
4. E' fatta salva la possibilità per l'Utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
5. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11 del d.lgs.1 agosto 2013, 259
6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Co.Re.Com. FVG e dell'Autorità (www.agcom.it).

Il Direttore del Servizio Organi di Garanzia
Gianni Cortiula



Il Presidente
Giovanni Marzini

