

DELIBERA DL/005/16/CRL/UD del 08 febbraio 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

GABRIELLI xxx / OPTIMA ITALIA xxx

(LAZIO/D/932/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 08 febbraio 2016;

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 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 xxx Gabrielli presentata in data 19.11.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di Optima Italia xxx di seguito per brevità “Optima” – il malf funzionamento del servizio adsl sin dall’attivazione, la mancata lavorazione della disdetta con conseguente, indebita fatturazione successiva alla stessa.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti, l’istante ha dichiarato quanto segue:

a. di avere attivato i servizi voce ed ADSL tra l’ottobre ed il novembre del 2012 con l’operatore Optima;

- b. che sin dalla sua installazione il servizio ADSL presentava problemi di malfunzionamento e circa dopo due mesi, nel mese di gennaio 2013 circa, il servizio non funzionava totalmente;
- c. contattato più volte, con difficoltà, il servizio clienti senza risultato, chiedeva la disdetta telefonicamente;
- d. di aver cessato definitivamente l'attività commerciale presso cui era installato il servizio nell'agosto 2013, e che l'operatore non aveva mai inviato la fatturazione cartacea;
- e. successivamente l'istante si vedeva recapitare, nel marzo 2014, un sollecito di pagamento per fatture emesse sino al febbraio 2014, tanto da indurla ad inviare una racc.ta di recesso con validità retroattiva;
- f. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 11.09.2014, si concludeva con esito negativo, attesa l'assenza di Optima all'udienza fissata.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto ad Optima:

- i. Chiusura della posizione debitoria con contestuale storno delle fatture da novembre 2012 a febbraio 2014, e ritiro della posizione da società di recupero crediti;
- ii. l'indennizzo per la mancata attivazione del servizio ADSL;
- iii. l'indennizzo per la mancata presa visione del recesso;
- iv. Oltre alle spese del procedimento.

2. La posizione dell'operatore Optima.

Optima, sebbene attinta dalla comunicazione di avvio del procedimento a mezzo racc.ta del 15.01.2015 e ricevuta in data 10.02.2015 giusta cartolina di ritorno, ometteva di depositare opportuna memoria difensiva e documentazione a sostegno, sebbene espressamente richiesta.

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.

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

3.1 Sul malfunzionamento e cessazione del servizio ADSL .

L'istante lamenta che sin dall'attivazione, il servizio ADSL, presentava un malfunzionamento sino a cessare completamente ogni funzionalità a gennaio 2013; riteneva pertanto il contratto cessato, fino al marzo 2014, quando ha ricevuto un sollecito di pagamento per tutte le fatture arretrate. Solo allora inviava raccomandata di disdetta contrattuale con effetto "retroattivo". Richiedeva pertanto l'indennizzo per il malfunzionamento/mancata attivazione del servizio ADSL.

La domanda dell'utente è infondata e va respinta.

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.

Nonostante la lacunosa e contraddittoria esposizione dei fatti offerta dall'utente, emergono sufficienti elementi, anche in assenza di difese di controparte, per valutare la sua condotta contrattuale come non conforme agli oneri normativi necessari per l'esercizio di alcuni diritti nascenti dal contratto, nonché contraria agli stessi principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di cui all'art.1375 c.c.

Pacificamente ammessa dall'utente è la vigenza di un contratto Optima/Voce e Optima/ADSL, stipulato tra ottobre e novembre 2012; rispetto al lamentato malfunzionamento del servizio adsl e della sua cessazione definitiva non vi è traccia in atti di alcuna segnalazione al call center o reclamo scritto da parte dell'utente, da cui poter dedurre una valida messa in mora del gestore ad intervenire per la risoluzione del problema. E' di tutta evidenza che se l'operatore non viene messo a conoscenza di un problema, non può attivarsi per intervenire e risolvere limitando il disagio.

Sul punto è intervenuta più volte l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con diverse pronunce, ritenendo che *“non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore per malfunzionamento della linea qualora l'utente non provi di aver inoltrato, prima di rivolgersi all'autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di un reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi, provvedere alla sua risoluzione”* (cfr. conformi ex pluribus: nn. 100/12/CIR, 113/12/CIR, 127/12/CIR , 69/11/CIR)

Non sono sufficienti pertanto le laconiche affermazioni dell'utente circa la difficoltà di contattare il servizio clienti e l'assenza di intervento da parte di questo poiché, ancorchè non risolutive, le segnalazioni all'assistenza clienti sono tracciabili in base alla regolamentazione di settore e pertanto il minimo onere di allegazione gravante sull'utente è quello di circoscriverle temporalmente o mediante citazione del riferimento assegnato alla pratica.

L'unica interlocuzione provata dall'utente con l'operatore risulta essere la disdetta comunicata il 21 marzo 2014, alla quale peraltro il gestore ha eccepito, con nota prodotta dall'utente medesimo, di non aver ricevuto altre comunicazioni/segnalazioni precedenti.

Quanto poi alla dichiarazione dell'utente di aver interpretato la cessazione definitiva dell'utenza (con ogni probabilità una sospensione per morosità) come una risoluzione del contratto stesso, essa non fa che confermare una condotta quantomeno negligente da parte dell'utente nella gestione del rapporto contrattuale; negligenza che non l'ha indotta a dare formale disdetta con i requisiti previsti per legge per la sua efficacia, nemmeno in occasione della cessazione

dell'attività commerciale cui era asservita l'utenza (avvenuta a dicembre 2013 come da visura camerale, e non ad agosto 2013 come dichiarato).

Per questi motivi nessuna responsabilità può essere attribuita all'operatore nell'erogazione dei servizi.

3.2 Sulla mancata lavorazione della disdetta e sullo storno delle fatture.

Come accennato, l'utente, a fronte di una asserita disdetta telefonica e della sospensione del servizio, ha ritenuto risolto di diritto il contratto e pertanto ha richiesto lo storno dell'insoluto esistente dal novembre 2012 al febbraio 2014, come da lettera di sollecito ricevuta il 14 marzo 2014.

La domanda è infondata e non può essere accolta.

Premesso che non risultano agli atti le fatture dalle quali evincere i costi per la sola componente adsl, i soli suscettibili di eventuale storno, in quanto unica componente contestata e che la lettera di sollecito dell'operatore si riferisce genericamente al servizio voce, si rappresenta che, allo stato degli atti e delle sole dichiarazioni di parte istante, le fatture appaiono dovute.

Prima del 21.3.2014, con prova di ricezione del destinatario in data 27.3.2014, non risulta una valida ed efficace disdetta effettuata ai sensi di legge prima ancora che ai sensi delle condizioni contrattuali.

Pertanto a tale comunicazione il gestore ha anche risposto per iscritto prendendola in carico e specificando di non aver ricevuto precedentemente altre comunicazioni e perciò di aver mantenuto attivo il contratto con erogazione dei servizi e che pertanto la fatturazione era regolare. In pari data rendeva risposta ad altro reclamo riconoscendo un accredito all'utente per indennizzo automatico ma non è dato evincere dal contesto la fattispecie di inadempimento.

Deve pertanto concludersi che il contratto doveva essere chiuso al massimo entro i trenta giorni di preavviso dovuti dall'art.1 della legge n.40/2007, successivi al 27.3.2014. Nulla pertanto è dovuto dall'utente da allora in poi.

Quanto alle fatture insolute pregresse di cui alla lettera di sollecito, le stesse sono dovute in assenza di precedente risoluzione contrattuale.

Oltretutto, si deve precisare che sul servizio voce non è stata avanzata mai alcuna contestazione e pertanto gli importi addebitati sono dovuti, né l'utente ha provveduto almeno al pagamento parziale delle somme dovute per il servizio voce funzionante.

L'eccezione relativa al fatto di non aver mai ricevuto le fatture, anch'essa mai reclamata in corso di rapporto e evidenziata per la prima volta con la disdetta del 21.3.2014, più di due anni dopo l'incidenza dell'evento, non può comunque avere rilievo in quanto l'utente non ha prodotto il contratto (della cui prova è onerato), recante l'indirizzo indicato per il recapito delle fatture, eventualmente da confrontare con quello utilizzato dall'operatore per le comunicazioni su citate, dalle risposte ai reclami al sollecito di pagamento. Comunicazioni andate a buon fine evidentemente, per averle prodotte in atti l'utente.

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 50,00 (cinquanta/00) da porsi a carico di Optima, tenuto conto unicamente dell'assenza del gestore all'obbligatorio tentativo di conciliazione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza della sig.ra xxx Gabrielli nei confronti della società Optima Italia xxx.
2. La società Optima Italia xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, la somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione.
3. La società Optima Italia 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 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, 08 febbraio 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto

