DELIBERA DL/128/16/CRL/UD del 12 dicembre 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

G. PONTILLO/TELECOM ITALIA xxx

(LAZIO/D/333/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 12 dicembre 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 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*”;

VISTE l’istanza dell’utente sig. G. Pontillo presentata in data 4 maggio 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore Telecom Italia xxx, di seguito, per brevità, “Telecom”, la sospensione senza preavviso dei servizi voce e adsl dell’utenza mobile in pendenza di contestazione delle fatture e il mancato rimborso di importi pagati due volte. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione, ha dichiarato quanto segue:

- Dalla fine dell’anno 2008, l’utente fruiva di un numero aziendale con contratto offerta “CONSIP 5” riservato agli appartenenti alla Guardia di Finanza, pagando regolarmente le fatture;
- nel 2011, l’utente contestava a Telecom una fattura emessa il 14 aprile relativa al terzo bimestre 2011 contenente la voce “altri addebiti e accrediti” riferita a un non meglio precisato “recupero

traffico personale”, chiedendo l'invio del dettaglio del traffico e comunicando che ne avrebbe effettuato il pagamento solo a seguito del controllo del dettaglio del traffico addebitato;

- le stesse contestazioni venivano poi svolte relativamente alle fatture del 14 ottobre 2011 relativa al sesto bimestre 2011 e del 16 aprile 2012 relativa al terzo bimestre 2012;
- a causa di un disguido bancario, due fatture erano state pagate due volte, ma la richiesta di rimborso dell'importo non dovuto, tempestivamente inoltrata, non aveva avuto riscontro;
- il dettaglio del traffico relativo agli importi contestati non era mai stato fornito dall'operatore;
- il 25 maggio 2015, senza preavviso, l'operatore aveva sospeso il servizio voce e dati dell'utenza mobile;
- il tentativo obbligatorio di conciliazione, effettuato all'udienza del 17 febbraio 2016, si era concluso con esito negativo.

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

- Riattivazione dei servizi
- Indennizzo per illegittima sospensione dei servizi
- Annullamento delle fatture contestate
- Restituzione dei doppi addebiti pagati
- Ritiro della pratica di recupero crediti

2. La posizione dell'operatore Telecom

L'operatore ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità dell'istanza perché avente ad oggetto richieste di natura risarcitoria, generiche e non provate. Nel merito, ha precisato che il contratto rientrava in una Convenzione tra Telecom e i Ministeri e che l'istante era mero utilizzatore dell'utenza. Ha altresì dichiarato di aver risposto via e mail alle contestazioni dell'istante, specificando a quali bimestri si riferivano gli importi contestati e che si trattava di traffico erroneamente addebitato all'Ente, che ne aveva chiesto lo storno. Il dettaglio del traffico avrebbe dovuto essere richiesto all'Ente perché presente sulla fattura aziendale. Quanto alle somme pagate due volte, l'operatore ha dichiarato di averle imputate a parziale copertura delle fatture insolute, per cui vi sarebbe un "residuo ancora aperto di Euro 101,72". Infine, ha dichiarato che la corretta cessazione del contratto è avvenuta dopo preventiva comunicazione al Referente del contratto.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, viene rigettata l'eccezione di inammissibilità dell'istanza sollevata dall'operatore, in quanto infondata per la seguente ragione.

Quanto alla natura risarcitoria delle domande, perché, se 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, tuttavia, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione, le stesse possono essere interpretate e limitate come domanda di condanna dell'operatore al pagamento di un

indennizzo in conseguenza di un eventuale inadempimento, nella fattispecie riconducibile alla sospensione dei servizi.

Quanto alla genericità delle domande, perchè sono sufficientemente determinate, come dimostra anche la compiuta difesa svolta dall'operatore.

Viene rigettata la domanda dell'utente di riattivazione dei servizi in quanto estranea alla cognizione del presente procedimento, così come definita dall'art. 19, c. 4 del Regolamento e dalla del. AGCOM 529/09/CONS, non essendo l'Autorità adita competente a pronunciarsi con provvedimenti contenenti obblighi di *facere o non facere*.

Così inquadrata, l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è proponibile.

3.1. Sulla sospensione/cessazione dei servizi

L'istante lamenta la non preavvisata sospensione/cessazione dei servizi a far data dal 25 maggio 2015, chiedendo la liquidazione di un indennizzo per il disagio.

La domanda dell'utente è fondata per la seguente ragione.

Telecom dichiara di aver correttamente effettuato la cessazione dei servizi dopo preventiva comunicazione al Referente del contratto. Non produce tuttavia alcuna prova in ordine all'asserito preavviso di sospensione/risoluzione che sarebbe stato dato.

Non avendo dunque provato di aver fornito né al Referente del contratto, né all'istante, il preavviso previsto dalla normativa di settore, si ritiene che la sospensione/cessazione dei servizi sia stata illegittimamente effettuata sotto questo profilo, divenendo quindi irrilevante l'esame di altre questioni dedotte dalle parti.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo, si premette che, in conformità ai precedenti orientamenti dell'Autorità adita, l'indennizzo viene riconosciuto in misura unitaria per il servizio fonia/dati in mobilità, in ragione della peculiarità tecnico-commerciale che distingue la telefonia mobile da quella fissa, laddove alle utenze mobili sono comunemente associate una serie di funzionalità già originariamente pertinenti al pacchetto di connessione in mobilità, con modalità di erogazione e fruizione delle stesse unitarie ed inscindibili.

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.

E precisamente:

- 1) il mancato integrale pagamento delle fatture contestate, riconosciuto dall'istante, laddove invece l'utente avrebbe dovuto provvedere al parziale pagamento degli importi non contestati;
- 2) il fatto che l'utente avrebbe potuto avviare la procedura di conciliazione e d'urgenza appena avvedutosi del problema, e risolverlo tramite una procedura che avrebbe potuto portare alla adozione di un provvedimento temporaneo entro soli 10 giorni dall' istanza;
- 3) il fatto che l'utente ha reclamato per iscritto il disservizio solo con l'istanza di conciliazione (non sono documentati altri reclami), non mettendo quindi l'operatore in condizione di intervenire per eventualmente risolvere il problema;
- 4) il modesto valore economico del contratto e l'utilizzo non professionale dell'utenza.

Per tutti i motivi sopra esposti, da cui si evince ragionevolmente anche la non indispensabilità dei servizi e la mancanza di un grave pregiudizio, per quanto dedotto in merito all'adeguatezza e alla proporzionalità dell'indennizzo, 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 per l' illegittima sospensione/cessazione del servizio per il periodo dal 25

maggio 2015 al 15 ottobre 2015, data di deposito dell'istanza di conciliazione, e unico reclamo, nella misura del 50% .

Pertanto, ai sensi degli artt. 2 e 4.1 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, l'indennizzo, complessivamente pari ad Euro 1.072,50, si liquida in Euro 536,26.

3.2 Sulle domande di annullamento e di rimborso

L'istante chiede l'annullamento delle fatture contestate, e delle ulteriori nel frattempo pervenute relative al 3-4-5 bimestre 2015, oltre al ritiro della pratica di recupero crediti.

La domanda non può essere accolta con riferimento alle fatture del 3-4-5 bimestre 2015, non avendo l'utente assolto all'onere probatorio a suo carico di produzione delle fatture.

La domanda non viene accolta neppure con riferimento alla fattura del 2 bimestre 2015, prodotta dall'utente, essendo comunque dovuti gli importi in essa addebitati, anche per more, stante l'integrale mancato pagamento delle precedenti fatture a fronte di una sola parziale contestazione delle somme fatturate.

La domanda viene invece parzialmente accolta con riferimento alle voci "Altri addebiti e accrediti – Recupero traffico personale", di cui alle tre fatture contestate dall'istante, ferma restando la debenza degli ulteriori importi in esse addebitati, incluse le more per mancato/ritardato pagamento per la ragione su esposta.

Risulta infatti che l'istante ha tempestivamente reclamato all'operatore le voci a suo dire non dovute, facendo contestualmente richiesta del dettaglio del non precisato "traffico personale", richiesta cui l'operatore non ha mai dato seguito.

Nei casi di contestazione di traffico, è ormai pacifico che l'operatore debba fornire la prova della debenza degli importi fatturati, altrimenti l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al loro rimborso.

Per giurisprudenza consolidata, infatti, 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: la fattura resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali .

In caso di contestazione da parte dell'utente dell'ammontare della fattura telefonica, sussiste quindi in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura contestata, ovvero di fornire la dimostrazione del corretto funzionamento del contatore centrale e della corrispondenza tra i dati forniti da esso e quelli riportati nella fattura .

Come stabilito da numerose pronunce dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni "è compito del gestore della rete assicurare tutte le misure necessarie, compatibili con l'evoluzione tecnica, atte a tutelare gli utenti da possibili furti di traffico, nonchè assicurare un efficace controllo del collegamento in centrale dell'utenza" (delibera n. 10/03/CIR). E, ancora, l'operatore deve assicurare adeguati strumenti per il controllo del traffico da parte dell'utente. In caso contrario, il rischio di traffico anomalo e di furto di traffico rimangono a carico dell'operatore.

Nella fattispecie, l'operatore avrebbe dunque dovuto documentare all'istante il traffico personale contestato, inviandogli il dettaglio, o dando conto dei rilievi tecnici effettivamente svolti per accertarne la sussistenza e certificare gli esiti ottenuti.

Pertanto, stante la contestazione dell'istante e la mancata prova da parte dell'operatore dell'effettiva debenza delle somme, si ritiene che non siano dovuti gli importi addebitati per le voci "Altri addebiti e accrediti – Recupero traffico personale" nelle fatture n. 7X02253673 del 14 aprile 2011, n. 7X05560600 del 14 ottobre 2011, n. 7X01825084 del 16 aprile 2012.

L'operatore dovrà quindi provvedere a stornare i relativi importi.

L'istante chiede altresì il rimborso di un importo di Euro 72,65 per due fatture pagate due volte per un disguido bancario.

Telecom riconosce che l'importo è dovuto, e dichiara di non averlo rimborsato all'istante e di averlo utilizzato per coprire parzialmente le fatture insolute.

La domanda di rimborso viene accolta, considerato che le somme di cui alle fatture insolute erano oggetto di specifica contestazione dell'utente, e che non sussisteva quindi il requisito della liquidità dei debiti di cui all'art. 1243 cod. civ..

L'operatore dovrà quindi restituire all'istante la somma di Euro 72,65, oltre interessi legali dalla data del pagamento.

Infine, atteso il comportamento concorrente dell'operatore nella morosità dell'istante, per non aver, senza giustificato motivo, fornito la prova delle somme contestate, Telecom dovrà provvedere, a sua cura e spese, al ritiro della pratica di recupero crediti.

Sulle spese di procedura

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 150,00 (cento/00), da porsi a carico di Telecom, 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. G. Pontillo nei confronti della società Telecom Italia xxx.
2. La società Telecom Italia xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 150,00 (centocinquanta/00) per le spese di procedura:
 - a) l'importo di Euro 536,26 (cinquecentotrentasei/26) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 4.1 allegato A alla delibera 73/11/CONS come determinato in motivazione, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
3. La società Telecom Italia xxx è tenuta a stornare dalle fatture n. 7X02253673 del 14 aprile 2011, n. 7X05560600 del 14 ottobre 2011, n. 7X01825084 del 16 aprile 2012 gli importi addebitati per "Altri addebiti e accrediti – Recupero traffico personale";

4. La società Telecom Italia xxx è tenuta a restituire all'istante la somma di Euro 72,65, oltre interessi legali dalla data del pagamento.

5. La società Telecom 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.

6. 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.

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

8. 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, lì 12 dicembre 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto