

DELIBERA DL/114/17/CRL/UD del 23 ottobre 2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

P. AMBROSINI / TELECOM ITALIA XXX

(LAZIO/D/668/2016)

IL CO.RE.COM. LAZIO

NELLA Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 23.10.2017;

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 Lazio 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 P. Ambrosini del 13 settembre 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'Istante.

L'istante ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti di Telecom Italia il verificarsi di disservizio sulla linea 0639XXXXX a partire dal giugno 2013, a causa del quale non è stato possibile usufruire del servizio di "telefonia semipubblica" denominato "Best Way" e attestato sulla linea sopra citata.

Nell'istanza di definizione l'utente ha lamentato che, nonostante le continue segnalazioni e richieste di intervento non risolutive, ha continuato a pagare per un servizio non funzionante subendo un grave nocumento economico alla propria attività professionale.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva:

- a) Ripristino immediato dei servizi Telecom;
- b) Produzione del traffico dal mese di giugno 2013;
- c) Rimborso integrale delle fatture pagate in assenza di servizio;
- d) Indennizzo ex artt. 5.1 e 12.2 Del.73/11/CONS a decorrere dal mese di giugno dell'anno 2013 fino alla data di presentazione dell'istanza di conciliazione avvenuta il 13.11.2015 per un ammontare pari ad euro 13.200,00,

2. La posizione dell'operatore.

Telecom, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata nella quale ha richiesto il rigetto delle domande dell'utente perché infondate, precisando quanto segue:

- i. In riferimento al periodo decorrente dal 01.01.2013 al 08.06.2016, le risultanze del retro cartellino unificato evidenziano sette segnalazioni telefoniche regolarmente gestite entro i termini contrattuali (ad eccezione di due riportanti un lieve ritardo).
- ii. Sulle fatture emesse per la linea 0639XXXXX dal 2013 al 2016 non risulta alcun addebito riconducibile al servizio Best Way ma soltanto al canone della linea affari ed al traffico telefonico nazionale e verso cellulari;
- iii. Nessun reclamo risulta sia stato mai formulato in merito al suddetto servizio né tanto meno, attraverso la lettura dei sistemi Telecom, risulta il possesso di un apparato relativo al servizio;
- iv. Pertanto, Telecom Italia chiede di rigettare la domanda de qua in quanto infondata in fatto e in diritto per i motivi sopra esposti, e, di conseguenza, nessuna somma spetta all'istante che, anzi, sarà tenuta al pagamento delle somme insolute.

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.

Si osserva tuttavia, che le domande di ripristino del servizio e di produzione del traffico da giugno 2013, sub a) e b), non sono ammissibili ai sensi dell'art. 19, comma 4 del Regolamento, che prevede che il provvedimento di definizione possa disporre del rimborso/storno di somme non dovute e degli eventuali indennizzi, escludendo obblighi di "facere" a carico del gestore.

Oltretutto, la richiesta produzione dei tabulati di traffico è inibita dalle disposizioni del D. Lgs. n.196/2003 (in particolare l'art.123, commi 1 e 2) in tema di obbligo di conservazione e detenzione dei dati personali da parte del responsabile del trattamento (nella fattispecie, l'operatore), laddove il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari ai fini di fatturazione per l'abbonato, è consentito al fornitore a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria in funzione di una contestazione anche in sede giudiziale.

Ne consegue che gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione, devono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre dalla proposizione della stessa e, pertanto, dovendo consentire agli stessi il pieno diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato il reclamo o depositata istanza di controversia.

Nella presente controversia il periodo dedotto va ben oltre le delineate possibilità di difesa di Telecom.

Venendo al merito, l'istante lamenta l'interruzione del servizio di telefonia semipubblica denominato "Best Way" a partire dal giugno 2013, mentre il gestore eccepisce la presenza del servizio nel periodo dedotto e la fatturazione dello stesso.

Si osservi che l'istanza è alquanto generica e riguarda una durata di vigenza del contratto piuttosto ampia, compresa tra il 2013 e il 2016, peraltro limitandosi alla presentazione di istanza GU5, per il provvedimento urgente a circa due anni di distanza dal presunto verificarsi dei fatti. Non solo. L'utente per il dedotto periodo di disservizio, ha depositato unicamente due fatture con una sola ricevuta di pagamento di euro 78,50 riferita al 4° bimestre 2015. Né ha depositato copia integrale delle stesse fatture, ma solo il frontespizio, dal quale non è possibile estrapolare le singole voci di costo e, in particolare, quella relativa al servizio non erogato.

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. II 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.

Ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

In base al predetto onere di riparto probatorio, in presenza di contestazione sulla sussistenza dell'obbligazione, incombe sull'utente l'onere di provare la fonte negoziale della pretesa (i.e. il contratto).

E' stato tuttavia depositato solo il modulo di adesione al servizio, non sottoscritto (si suppone si tratti di copia per il cliente), ma comunque privo della prova di inoltro al gestore per espressa adesione. Anche a voler tutto concedere sul punto –avuto riguardo al periodo di stipula molto risalente (2006) -, difetta la prova della perdurante contrattualizzazione del suddetto servizio nel periodo contestato (giugno 2013 – novembre 2015), agevolmente assolvibile mediante produzione di fatture complete del dettaglio delle voci di costo inerenti il contratto, tra le quali quella relativa al servizio "Best Way" della quale, oltretutto, si chiede la restituzione per averla pagata nonostante

l'interruzione del servizio; altra circostanza questa, non ragionevole se prolungata per più di due anni e in assenza di contestazioni.

In difetto di tale prova, nonché in assenza di qualsiasi replica sul punto da parte dell'utente, la domanda di indennizzo per malfunzionamento totale del servizio e rimborso dei relativi costi sostenuti, appaiono destituite di fondamento e non possono essere accolte.

Ma vi è di più.

Non può omettersi di evidenziare che agli atti del procedimento non risulta l'allegazione di alcun reclamo circa l'assenza del servizio di "telefonia semipubblica" denominato Best Way come, peraltro, confermato dalle attestazioni presenti sul retrocartellino in cui si rilevano sette distinte segnalazioni di cui nessuna inequivocabilmente riconducibile al citato servizio, in quanto genericamente riferibili alla linea telefonica, gestite dall'operatore e non oggetto di alcuna replica da parte dell'utente.

Pesa viepiù, la circostanza che in un periodo di più di tre anni di presunta assenza del servizio, l'utente non abbia mai sporto un reclamo scritto, specifico sul disservizio, limitandosi a depositare al Corecom istanza per l'emissione di un ordine di riattivazione che, per la tempistica, certamente non rivestiva più il prescritto carattere di urgenza.

Agli atti infatti non risultano reclami e/o segnalazioni in ordine all'asserito disservizio, così come, invece, previsto dall'art.8 dell'Allegato A alla Del.179/03/CSP e richiesto alla luce dei principi di correttezza e buona fede contrattuale ex combinato disposto degli artt.1175 e 1375 c.c., ma esclusivamente una istanza di riattivazione urgente depositata presso questo Co.Re.Com. in data 13.11.2015, ben oltre i tempi di ragionevole attesa dal verificarsi del primo evento dedotto.

E' evidente, quindi, che, in assenza di segnalazione da parte del cliente, il gestore non può venire a conoscenza del supposto disservizio o di un qualunque altro inconveniente riscontrato dal cliente. Il principio suddetto è normalmente applicato e riaffermato dall' Autorità nelle sue precedenti pronunzie (si veda, ad esempio, la delibera di definizione n. 38/12/CIR). In effetti, in presenza di qualsivoglia inconveniente, l'intervento del gestore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato da parte del cliente.

In altri termini, l'onere della prova della risoluzione della problematica lamentata ricade sul gestore, ma è inconfutabile che sul cliente incomba l'onere della segnalazione del problema, come peraltro sancito dalla società nella sua Carta dei Servizi, che elenca i vari canali di comunicazione messi a disposizione dalla società medesima.

Per quanto sopra esposto, a fronte di quanto contestato dall'istante, non sussiste alcuna responsabilità ascrivibile alla società Telecom Italia e, pertanto, non può essere accolta nessuna delle richieste avanzate dall'istante di cui alle lettere c) e d) relative rispettivamente al rimborso integrale delle fatture pagate in assenza di servizio e all'indennizzo ex artt. 5.1 e 12.2 Del.73/11/CONS pari ad euro13.200,00, considerato anche che nel corso del procedimento l'istante non ha prodotto alcuna replica idonea a confutare le memorie di parte avversa.

4. Sulle spese di procedura.

Per quanto concerne le spese di procedura, ai sensi dell'art.19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n.173/07/CONS, del 19 aprile 2007, nel determinare rimborsi ed indennizzi,

si deve tener conto “del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”.

Nel caso di specie, in considerazione del totale rigetto della domanda, si dispone la compensazione delle spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza della sig.ra P. Ambrosini nei confronti di Telecom Italia perché infondata in fatto e in diritto, con compensazione delle spese di procedura.
2. 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.
3. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
4. 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, 23/10/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto