

DELIBERA DL/105/16/CRL/CRL/UD
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
F. M. PAGNI BENEDETTI/VODAFONE ITALIA xxx - TELETU
(LAZIO/D/664/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 27 ottobre 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 sig.ra F. M. Pagni Benedetti presentata in data 27.07.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore Vodafone Italia xxx - TeleTu, di seguito, per brevità, “TeleTu” l’interruzione del servizio telefonico e la mancata risposta ai reclami.

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

- a. dalla sottoscrizione del nuovo contratto e dalla ricezione del nuovo apparecchio che doveva sostituire quello in uso, il servizio telefonico non aveva funzionato;
- b. nonostante i numerosi reclami scritti e telefonici, il servizio non era stato ripristinato;
- c. nel frattempo, erano pervenute le fatture, che l’utente aveva regolarmente continuato a pagare;

- d. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 21 luglio 2015, si era concluso con esito negativo.

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

- i. il rimborso delle fatture pagate
- ii. l'annullamento di eventuale insoluto con ritiro della pratica di recupero crediti
- iii. un indennizzo per mancata risposta ai reclami
- iv. un indennizzo per mancata fruizione del servizio.

2. La posizione dell'operatore Vodafone - TeleTu.

Nel merito, l'operatore ha dedotto la mancanza di prove a sostegno del disservizio lamentato dall'utente dal 1 luglio 2013 al 31 luglio 2014 e ha dichiarato di aver correttamente erogato il servizio, come provato dalle fatture che produce. Ha concluso escludendo quindi la propria responsabilità.

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 possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

3.1 Sulla interruzione dei servizi.

L'istante lamenta la totale interruzione del servizio voce dalla sottoscrizione del nuovo contratto e dalla ricezione di un telefono che avrebbe dovuto sostituire quello in uso, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

TeleTu contesta il disservizio, producendo, a sostegno dell'erogazione del servizio, quattro fatture da cui risulterebbe la regolarità del traffico telefonico.

La difesa dell'operatore è infondata, in quanto le fatture prodotte, ad eccezione di quella avente il n. 23724949772, sono relative ad altre numerazioni telefoniche, facenti capo all'utente, o ad un soggetto diverso, stante il differente codice fiscale in esse riportato. Né dall'unica fattura riconducibile alla numerazione dell'istante può evincersi la presenza di regolare traffico, non essendo stato prodotto il dettaglio delle telefonate ed essendo relativa a consumi registrati fino al 4 luglio 2013, ovvero antecedenti la data indicata come inizio del disservizio.

La domanda dell'utente viene quindi accolta per la seguente ragione.

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.

Ai sensi dell'art. 3 comma 4 della Delibera 179/03/CSP , inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Nella fattispecie, TeleTu non ha provato di aver fornito il servizio con regolarità, non ha provato di aver provveduto alla risoluzione del problema, o di aver svolto tutte le attività tecniche necessarie alla risoluzione, né ha provato che la mancata riparazione fosse riconducibile a cause specifiche di esclusione di responsabilità, o che l'inadempimento fosse dipeso da cause a lui non imputabili ex art. 1218 codice civile. Si è infatti limitato a dichiarare di aver regolarmente erogato il servizio, fornendo inidonei e non pertinenti documenti.

Pertanto, in forza del richiamato principio sull'onere probatorio e considerata l'assoluta mancanza di prova circa l'attività svolta dall'operatore per la risoluzione del problema, si ritiene che sussista in capo a TeleTu una responsabilità contrattuale per l'inadempimento, da inquadrarsi quale interruzione del servizio e non quale cessazione o sospensione amministrativa stante la non contestata regolarità dei pagamenti, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione del relativo indennizzo.

Per quanto riguarda il periodo di disservizio indennizzabile, stante la non univocità delle dichiarazioni dell'istante in ordine alla decorrenza del malfunzionamento, si prende a riferimento quale dies a quo la data del 1 agosto 2013 (dichiarata come periodo di inizio dei problemi nel reclamo del 21 luglio 2014) e quale dies ad quem la data del 1 maggio 2014 (considerando che, nel reclamo del 21 luglio 2014, l'istante ha chiesto il rimborso delle fatture emesse fino a maggio 2014, avendo dato disdetta del contratto).

Ciò premesso, nella fattispecie occorre però 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 fatto che l'utente aveva comunque a disposizione gli strumenti idonei a limitare il pregiudizio conseguente al disservizio. Avrebbe infatti potuto recedere dal contratto e rivolgersi ad altro operatore, o avrebbe potuto avviare la procedura di conciliazione e d'urgenza appena avvedutasi dell'inerzia nella risoluzione del problema, tramite una procedura che avrebbe potuto portare alla adozione di un provvedimento temporaneo entro soli 10 giorni dalla istanza;
- 2) il fatto che l'utente non ha provato di aver reclamato per iscritto il disservizio, essendosi limitata a reclamare per iscritto il rimborso delle fatture pagate;
- 3) il modesto valore economico e la natura non professionale del contratto.

Per tutti i motivi sopra esposti, da cui si evince ragionevolmente anche la non indispensabilità del servizio 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, ai sensi degli artt. 2 e 5 comma 1 Allegato A della Delibera 73/11/CONS pari ad Euro 1.365,00, nella misura del 50%, e quindi in Euro 682,50.

3.2 Sulla mancata risposta ai reclami.

L'utente chiede l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami scritti e telefonici.

Sono in atti tre reclami scritti dell'utente, da considerarsi unitariamente in quanto afferenti il medesimo problema, il primo dei quali del 21 luglio 2014.

Non risulta che TeleTu abbia dato riscontro agli stessi, né ha dedotto alcunché sul punto.

Rileva allora il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo il quale la risposta al reclamo

deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *in forma scritta*, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta al reclamo inviato, come è da considerarsi la fattispecie, da cui è derivata per l'utente una *manca di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo".

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi degli artt. 2, 11.1 e 11.2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni) e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (21 luglio 2015), viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 300,00 (trecento/00).

3.3 Sul rimborso e sull'annullamento delle fatture

L'istante chiede il rimborso delle fatture pagate in assenza del servizio e l'annullamento delle fatture insolute.

La domanda di rimborso non può essere accolta per la seguente ragione.

I sei bollettini postali di pagamento prodotti dall'istante sono privi di qualsivoglia riferimento all'utenza. Non avendo prodotto le fatture indicate nei bollettini, i pagamenti non possono quindi ricondursi all'utenza oggetto del disservizio.

Ad abundantiam, si rileva peraltro che cinque dei sei bollettini risultano essere in pagamento delle fatture relative alle altre utenze dell'istante.

Viene invece accolta la domanda di annullamento delle fatture insolute, con la seguente precisazione.

TeleTu ha dichiarato la presenza di fatture insolute per un importo di Euro 29,25, senza però precisare a quale delle varie utenze in capo all'istante si riferiscano.

Pertanto, stante la responsabilità di TeleTu per il disservizio oggetto dell'odierna definizione, l'operatore dovrà provvedere a stornare l'insoluto dell'istante ove riferito all'utenza oggetto del disservizio, ed a ritirare a propria cura e spese l'eventuale pratica di recupero crediti.

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 100,00 (cento/00) da porsi a carico dell'operatore, 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 della sig.ra F. M. Pagni Benedetti nei confronti della società Vodafone Italia xxx - TeleTu.
2. La società Vodafone Italia xxx - TeleTu 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 682,50 (seicentoottantadue/50) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 5 comma 1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 - Euro 300,00 (trecento/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2, 11.1 e 11.2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
3. La società Vodafone Italia xxx - TeleTu è tenuta a stornare l'insoluto dell'istante ove riferito all'utenza oggetto del disservizio, ed a ritirare a propria cura e spese l'eventuale pratica di recupero crediti.
4. La società Vodafone Italia xxx - TeleTu è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. 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, 27 ottobre 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto