

DELIBERA DL/114/16/CRL/CRL/UD
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
A. D'ATTILIO / OPTIMA ITALIA xxx
(LAZIO/D/1072/2015)

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 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 A. D'Attilio del 14.12.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'Istante.

L'utente ha introdotto la presente controversia lamentando la disattivazione del servizio CPS contrattualizzato sin dal 2012, con aggravio di costi sulla fatturazione Telecom, nonché la mancata risposta al reclamo.

In particolare deduceva quanto segue:

- i. In data 3.02.2012, l'utente ha aderito al contratto Optima denominato Optivoce in forza del quale la società si impegnava a raccogliere il traffico effettuato sulle linee attive sulla rete del gestore Telecom, tariffandolo opportunamente al fine di ottimizzare i costi per il cliente.
- ii. Nel mese di dicembre 2014, senza alcun giustificato motivo, attesa la regolarità dei pagamenti, si interrompeva la fornitura del servizio, fino al successivo marzo 2015.
- iii. In risposta alle segnalazioni dell'utente in data 24.2.2014 e 15.5.2014, Optima si limitava con comunicazione del 21 maggio ad affermare che non risultava traffico raccolto per quel periodo.
- iv. Infatti l'utente riceveva fatture da Telecom Italia relative al periodo di interruzione del servizio con costi addebitati per traffico telefonico molto ingenti, per un totale di circa Euro 2.500;

oltretutto sulle medesime fatture comparivano importi per “traffico non fatturato in precedenza” il che induce a pensare che il disservizio fosse anteriore al dicembre 2014.

All'udienza per l'esperimento del tentativo di conciliazione del 17.12.2015, Optima non si presentava, determinandone l'esito negativo.

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

- storno delle eventuali fatture insolute emesse nel periodo di interruzione del servizio.
- indennizzo per sospensione del servizio ai sensi dell'art.4.1 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS, da dicembre a marzo;
- inadeguata risposta al reclamo per Euro 300,00.

2. La posizione dell'operatore.

Optima ha dedotto quanto segue .

L'istante, titolare del contratto dall'anno 2012, faceva pervenire una segnalazione telefonica in merito al disservizio solo in data 24.2.2015.

Pertanto, in assenza di apposita segnalazione da parte del cliente, il gestore non può ritenersi responsabile del supposto disservizio in quanto non messo nella condizione di conoscerlo e provvedere alla sua risoluzione.

Infatti, se l'onere della prova sulla risoluzione della problematica ricade sul gestore, è inconfutabile che l'onere della segnalazione ricada sull'utente.

A seguito della segnalazione quindi, la problematica è stata gestita e risolta.

Nel merito, nessun malfunzionamento, né arbitraria disattivazione è imputabile ad Optima poiché la cps è stata cessata dall'operatore nazionale e, in seguito alla segnalazione del cliente, riattivata prontamente; pertanto il traffico del periodo dicembre 2014-marzo 2015, è stato raccolto e fatturato da Telecom, con perdita di guadagno da parte di Optima.

Il reclamo del 18.5.2015 è stato tempestivamente riscontrato con missiva del 21.5.2015.

Concludeva pertanto per il rigetto dell'istanza.

3. Motivazione della decisione.

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento.

L'utente deduce che a far data dal mese di dicembre 2014, era inspiegabilmente venuto meno il servizio di cps, avvedendosi, dal conto Telecom n. 2°/2015 (periodo dicembre-gennaio), che i costi erano notevolmente aumentati.

Optima ammette la circostanza, ma adduce che la stessa non sia stata tempestivamente segnalata e, nello specifico, addebita la disattivazione all'operatore di rete Telecom .

La domanda dell'utente è fondata e merita accoglimento.

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.

A fronte dell'inadempimento contrattuale dedotto, spettava dunque ad Optima fornire la prova dell'avvenuto adempimento o del fatto dipeso dal terzo esimente da responsabilità, considerato che oggetto della propria obbligazione contrattuale verso l'utente era esclusivamente la fornitura del servizio cps.

Infondata è l'eccezione del gestore sulla tardiva segnalazione dell'utente, perché è di tutta evidenza che la peculiarità tecnica del servizio di preselezione automatica, che si aggiunge ad un servizio fonia fornito da altro gestore cambiandone solo la tariffazione, non consente all'utente alcuna verifica fattuale sull'operatività o meno del servizio. Unico strumento di verifica è la fatturazione, dell'operatore di rete o dell'operatore preselezionato, al fine di monitorare i costi effettivamente addebitati.

Tempestiva è stata pertanto la segnalazione dell'utente a seguito della ricezione del conto Telecom n. 8W00093859, emesso il 5.2.2015, dal quale era possibile apprezzare una variazione sostanziale dei costi per consumi.

Quanto all'onere della prova da parte di Optima di essersi attivata per la risoluzione della problematica aprendo un ticket presso l'operatore proprietario dell'infrastruttura di rete, lo stesso non è stato assolto, essendosi limitato l'operatore a dichiarare di aver immediatamente gestito la segnalazione e attribuendo la responsabilità della cessazione della cps all'operatore nazionale, senza fornire alcuna prova di tale assunto.

Optima pertanto è responsabile del disservizio che pacificamente ha interessato i mesi di dicembre 2014, gennaio, febbraio e marzo 2015, per un totale di giorni 120.

Deve pertanto riconoscersi il diritto dell'utente all'indennizzo previsto dall'art.7 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS per Euro 300,00 per la disattivazione del servizio di cps sulle due linee (xxxxxxx176 e xxxxxxx496) oggetto di fatturazione Telecom a consumo (depositate dall'utente) per Euro 600,00.

Non è pertanto applicabile né l'art.4 invocato dall'utente né il raddoppio del parametro per utenza affari in quanto l'art.7 non è soggetto all'applicazione del comma 2 dell'art.12.

Spetta inoltre all'utente il rimborso da parte di Optima, dei costi per il traffico fatturato dall'altro operatore in assenza di cps, come espressamente previsto dall'art.7 citato, quantificato in : euro 201,29 (i.e.) a valere sulla fattura 8W00093859 (utenza xxxxxxx176) relativa al traffico di dicembre-gennaio; Euro 194,14 (i.e.) a valere sulla fattura XW00000997 (utenza xxxxxxx176) relativa al traffico di febbraio-marzo; euro 36,37 (i.e.) a valere sulla fattura 8W00090876 relativa al traffico di dicembre-gennaio (utenza xxxxxxx496), nonché euro 26,73 (i.e.) a valere sulla fattura 8W00245218 relativa al traffico febbraio-marzo (utenza xxxxxxx496) . Così per un totale di Euro 458,53 (i.e.).

Nulla può disporsi in relazione alle voci presenti nelle fatture Telecom a titolo di "Voce bimestri precedenti" in quanto di non certa imputazione al periodo di disservizio.

4. Sulla mancata risposta al reclamo.

L'utente ha dedotto l'inadeguata risposta al reclamo (come da segnalazione inoltrata tramite servizio clienti, già in data 25.2.2015) del 11.5.2015 e da ultimo, con fax del 15.5.2015, con i quali, relativamente alle due utenze fisse oggetto del contratto, si contestavano le fatture successive Optima, nonché l'aggravio di costi con Telecom, allegandole in copia.

Il gestore ha risposto con nota del 21.5.2015, con cui, riferendosi peraltro ad una sola linea, si limitava ad affermare laconicamente che il traffico non risultava raccolto per quel periodo, (circostanza questa già evidente all'utente) rimandando a Telecom per gli ulteriori chiarimenti; nulla dunque veniva spiegato in ordine alle cause del disservizio lamentato, né indicazioni sulla sussistenza (o assenza) di responsabilità.

Rileva, in proposito, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto (30 giorni ex art. 3.1.7 Carta Servizi) e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, 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.

Il reclamo del 25.2.2015 tramite piattaforma, è stato accolto positivamente, per comportamento concludente (e quindi non necessitava di risposta scritta) entro il termine utile alla risposta (45 giorni da Carta Servizi Optima) mediante riattivazione del servizio di cps..

Al reclamo dell'11 maggio e del 15 maggio, Optima non ha invece fornito adeguata risposta, soprattutto in relazione alle contestazioni mosse in ordine alla fatturazione, e pertanto deve riconoscersi il diritto dell'utente all'indennizzo ex art.11.2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, dal 25.6.2015 (già detratti i 45 giorni utili alla risposta come da Carta Servizi Optima) al 14.12.2015 (data di deposito dell'istanza di definizione, risultando il gestore assente all'udienza di conciliazione) per Euro 172,00.

5. Sulle spese di procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, considerato il comportamento complessivo delle parti, le difese svolte e l'esito della controversia, si ritiene equo riconoscere Euro 150,00 per spese di procedura, di cui quota parte dovuta in ragione dell'assenza del gestore al tentativo obbligatorio di conciliazione, come previsto dalle Linee Guida ex Delibera n.276/13/CONS.

Tutto ciò considerato

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza del Signor A. D'Attilio nei confronti della società Optima Italia xxx.
2. La società Optima Italia xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 150,00 (centocinquanta/00) per le spese di procedura, l'importo di:

- I. Euro 600,00 (seicento/00) a titolo di indennizzo ex art. 7 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 - II. Euro 458,53 (quattrocento cinquantotto/83) (i.e.) a titolo di rimborso per il traffico fatturato in assenza del servizio di preselezione automatica ai sensi dell'art.7 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data del pagamento;
 - III. Euro 172,00 (cento settantadue/00) a titolo di indennizzo ex art. 7 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
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, 27 ottobre 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto