

Co.Re.Com. Cal./BA

DELIBERAZIONE N. 213

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - PEZZANI xxxx c/ NOVERCA ITALIA xxxx.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 14/11/2013, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

la legge 14 novembre 1995, n. 481, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com." e ss.mm. e ii.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e ss.mm. e ii.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico" ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 19 giugno 2013, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 28749 con cui la signora Pezzani xxx ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con la Società Noverca, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons. e ss. mm. e ii.;

vista la nota del 12 agosto 2013 prot. n. 36987, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento;

visti gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria.

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

La ricorrente, avendo in corso una controversia con l'operatore Noverca, ha esperito davanti a questo Co.Re.Com., tentativo di conciliazione, che si è concluso con un verbale di mancata comparizione da parte dell'operatore.

Il 17 giugno 2013, ha depositato, istanza di definizione della controversia con cui ha lamentato di aver riscontrato il 9 maggio 2013, una improvvisa sospensione del servizio sulla propria linea telefonica.

Tale malfunzionamento è stato ripristinato dal gestore telefonico il giorno successivo per la componente voce, mentre si è protratto per diversi giorni per la connessione ad internet. L'istante, ha rappresentato di aver ricevuto un messaggio di testo sul proprio telefono dalla Noverca che segnalava che: *"il disservizio è stato causato dalla Tim e vi daremo nei prossimi mesi minuti gratuiti"*.

La signora Pezzani, ha fatto presente comunque che, usufruisce di una offerta commerciale con minuti illimitati per cui non ha potuto usufruire della promozione. La connessione è stata ripristinata solo il 27 maggio 2013, ma nonostante il disservizio subito ha pagato regolarmente il canone mensile di Euro 25,00. Ha chiesto pertanto: - *" l'indennizzo per l'interruzione della connessione internet dalla data del 9 maggio al 27 maggio 2013, oltre comunque all'indennizzo per blocco totale della sim verificatosi in data 9 maggio. Si chiede anche la restituzione della somma di Euro 25,00 versata a titolo di canone mensile"*.

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 12 agosto 2013, con cui sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari, l'operatore ha prodotto memorie difensive e documentazione a supporto della propria posizione. Ha contestato la ricostruzione della vicenda per come effettuata dall'istante e ha rilevato l'infondatezza dell'istanza di definizione di cui ha richiesto il rigetto con ogni conseguenza di legge in quanto palesemente infondata. Ha specificato che:

- 1) il disservizio occorso all'istante non è dipeso dalla Noverca ma dall'operatore di rete ospitante, a tal fine ha richiamato l'art. 5.4 delle Condizioni Generali di Contratto Noverca;
- 2) il guasto è perdurato complessivamente per due ore ed ha interessato il traffico voce ed sms e non quello dati. Di tale sospensione, l'istante è stato informato e successivamente, per mezzo di un secondo SMS, è stato avvertito del ripristino della linea. La società ha offerto per tale disservizio un bonus in traffico dati;
- 3) il 14 maggio il cliente ha dapprima lamentato il disservizio occorso il 9 maggio 2013 per il tramite del Call Center dell'operatore, e lo stesso giorno, ha inviato una mail con cui ha segnalato di avere disagi per il traffico dati;
- 4) la ricorrente è stata contattata dal Call Center della Noverca, che l'ha informato che: *"avrebbe attivato gratuitamente una opzione dati per il disagio subito. Inoltre dopo qualche giorno, è stata*

fornita assistenza per reimpostare l'APN (punto di accesso Noverca....., di cui è indispensabile la configurazione sul terminale per effettuare traffico dati);

- 5) tale offerta è stata accettata e fruita dalla signora Pezzani che ha omesso di indicarlo coll'istanza introduttiva del presente contenzioso che: *"il proprio cellulare non era correttamente configurato per utilizzare l'offerta dati sottoscritta: solo il 27 maggio aiutata dall'assistenza Noverca ha configurato il punto di accesso"*.

Alla luce di tale ricostruzione il gestore, ha ribadito l'infondatezza della richiesta di indennizzo per il guasto occorso.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

In via preliminare, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è, pertanto, proponibile ed ammissibile.

Appare, inoltre, utile dar conto del comportamento tenuto dalle parti nella fase del tentativo di conciliazione, e nello specifico evidenziare che l'udienza si è conclusa con verbale di mancata comparizione da parte dell'operatore.

Si rammenta, altresì, che 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, giacché è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

In data 11 novembre prot. n. 48032, è stata depositata da parte del legale rappresentante della ricorrente istanza richiedente informazioni relative allo stato della pratica, non avendo ricevuto memorie da parte dell'operatore. L'art. 16, comma 2, Regolamento 173/07/CONS, prevede che i documenti depositati devono essere contestualmente inviati alla controparte per via telematica o a mezzo fax, tuttavia nel caso de quo, le richieste di informazioni sono pervenute oltre i termini previsti dall'avvio del procedimento per il deposito di memorie e delle eventuali repliche e pertanto la relativa richiesta è inammissibile.

Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno.

2. Riguardo al merito.

2.1 Con riferimento alla richiesta di indennizzo per sospensione del servizio voce/internet.

La ricorrente, riferisce di aver subito numerosi disagi per una improvvisa interruzione della propria linea telefonica il giorno 9 maggio 2013. Inoltre da tale data e sino al 27 maggio 2013, la stessa ha sostenuto che il servizio internet è risultato non funzionante.

Per tali ragioni, ha eccepito una irregolarità contrattuale dell'operatore e ha chiesto i relativi indennizzi.

A questo punto, in via preliminare giova rammentare la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile: *"Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda"*, nonché l'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 13533 del 30 ottobre 2001 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, 3 luglio 2009 n. 15677 e, da ultimo, 20 gennaio 2010 n. 936), secondo cui il creditore che agisca 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, mentre può limitarsi ad allegare l'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. Sempre secondo la Suprema Corte (sentenza 1 aprile 2009 n. 7962; 9 giugno 2008 n. 15162), l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto fatti negativi, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo.

Spetta quindi all'operatore l'onere di provare di avere esattamente adempiuto, ovvero di aver provveduto alla sospensione della linea e di aver adeguatamente preavvisato l'istante eventualmente del malfunzionamento.

L'operatore nella propria memoria ha specificato, rispetto al lamentato disservizio della linea voce che:

- 1) Il 9 maggio dalle ore 12:10 alle ore 14:10, vi è stata un'interruzione della linea;
- 2) tale disservizio si è protratto solo per alcune ore;
- 3) la signora Pezzani è stata preavvisata tramite sms sia del malfunzionamento che della riattivazione;
- 4) ha fornito il dettaglio del traffico telefonico dell'utenza della ricorrente.

Per quanto riguarda invece il disservizio relativo al traffico dati, ha specificato che:

- 1) Il terminale non era correttamente configurato per l'offerta dati sottoscritta;
- 2) il disservizio segnalato e verificato dalla Noverca ha riguardato solo traffico voce e si è protratto solo il giorno 9 maggio 2013;
- 3) all'istante è stata offerta 1 GB di navigazione traffico dati gratuito, addizionale al plafond sottoscritto;
- 4) tale offerta è stata accettata ed usufruita dalla signora Pezzani.

Pertanto, pur condividendo la tesi che fa ricadere l'onere probatorio sull'operatore, la contestazione dell'istante deve essere quantomeno suffragata da elementi indiziari che possano avallare l'attendibilità della richiesta.

Considerato che, il disservizio è stato preavvisato dal gestore telefonico e che si è protratto per alcune ore, che l'operatore ha prodotto il dettaglio delle chiamate effettuato dimostrando la regolarità di utilizzo del telefono, che il terminale non era correttamente configurato per il traffico dati e che alla signora Pezzani è stata offerta una promozione in omaggio comprendente 1GB di navigazione traffico dati gratuito (dalla stessa accettata), le relative richieste di indennizzo per malfunzionamento della linea voce, del malfunzionamento linea internet, nonché di restituzione del canone mensile pagato, sono rigettate.

3. Mancata risposta reclami

A tal proposito, si deve ricordare, che in qualsiasi momento del rapporto contrattuale, se un utente decide di rivolgersi all'operatore tramite reclamo, per ottenere precisi ragguagli sul suo singolo caso, con contestazioni nel caso di specie puntuali e circoscritte, la pratica va gestita secondo la normale procedura. Soccorre, all'uopo, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/O3/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 in forma scritta per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esauritivo, 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 ritardata risposta al reclamo inviato, 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.

Nel caso in esame, l'istante ha indicato con istanza di definizione di aver inviato il 14 maggio 2013 reclamo per lamentare il malfunzionamento del traffico internet, tuttavia il gestore ha adeguatamente fornito una risposta a tale segnalazione il 14 giugno 2013, inoltre nel merito si ritiene l'istanza presentata infondata.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la richiesta di indennizzo, per mancata risposta ai reclami, è da ritenere infondata, per cui è rigettata.

4. Con riferimento alle 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'articolo 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" e che "quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi" vadano comunque "rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione".

La società Noverca a tal fine, anche se non ha partecipato all'udienza per il tentativo di conciliazione introdotto, tuttavia ha inviato delle memorie a supporto della propria posizione, mentre ha partecipato alla successiva fase di definizione della controversia. Considerato inoltre che l'istanza è infondata, non ricorrono le condizioni per il rimborso delle spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto ,

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

Il rigetto dell'istanza presentata dalla signora Pezzani xxxx nei confronti dell'operatore Noverca Italia xxx, per i motivi di cui in premessa.

- E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/CONS.;

- Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259";

- La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell' art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore del Co.Re.Com.

f.to Avv. Rosario Carnevale