

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 196

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA – xxx c/ LINKEM

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 17/07/2014, 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 succ. modif. ed int.;

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 succ. modif. ed int.;

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 18 marzo 2014, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria con n. 12614, con cui la ricorrente, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversie in essere con la società Linkem; 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 succ. modif. ed int.;

la nota del 27 marzo 2014 (prot. n. 14383), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

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 Linkem, ha esperito davanti a questo Co.Re.Com., tentativo di conciliazione che si è concluso con un verbale di mancata conciliazione.

Il 18 marzo 2014, ha depositato, istanza di definizione della controversia con cui ha fatto presente che nel mese di settembre 2013, ha sottoscritto con l'operatore un contratto tipologia residenziale, per la fornitura del servizio internet.

Il servizio attivato il 1° ottobre 2013, ha funzionato solo per alcuni giorni.

Ha reclamato numerose volte il malfunzionamento del servizio.

Quanto sopra rilevato, ha comportato per l'istante l'impossibilità di fruire del servizio di telefonia, e il 14 febbraio 2014 la sospensione dello stesso.

Con l'istanza ha richiesto al gestore in oggetto: *"l'indennizzo per il disservizio dall'11 ottobre 2013 al 2 marzo 2014; l'indennizzo per l'interruzione del servizio dal 12 febbraio al 2 marzo 2014; lo storno e la contestuale ripetizione delle somme pagate per le fatture emesse; la restituzione della somma pagata al tecnico Linkem pari ad € 48,00; indennizzi per mancati oneri informativi; indennizzo per la mancata risposta ai reclami dall'11 ottobre 2013; il rimborso delle spese"*.

Con nota del 27 marzo 2014, sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari; l'operatore e l'istante, hanno prodotto memoria difensiva e documentazione a supporto della rispettiva posizione.

L'operatore con propria memoria, ha contestato la ricostruzione della vicenda effettuata dall'istante, ed ha rilevato l'infondatezza delle pretese della controparte, e ha richiesto il rigetto dell'istanza con ogni conseguenza di legge.

A tal fine ha evidenziato che: *"dai report tecnici e dai reclami prodotti dalla ricorrente, si evince solo la lentezza del servizio adsl (originati da interventi tecnici per ottimizzare il servizio) e mai riferiti ad un'interruzione continua del servizio. La scheda di offerta nella sezione "utilizzo e prestazioni" precisa che i servizi in abbonamento possano*

essere utilizzati solo nelle aeree raggiunte dalla rete Linkem. L'effettiva velocità di connessione, al massimo pari a 7 mbps in download e 1 mbps in upload, dipende dalla capacità e dal grado di congestione della rete e del server, cui ci si collega, oltreché dalla copertura dell'aerea in cui si utilizza il servizio, e l'art. 7.3 delle condizioni generali di contratto prevede che il cliente accetta e riconosce che l'effettiva velocità del collegamento dipende dal grado di congestione della rete e dal server a cui ci si collega, oltreché dai fenomeni di attenuazione del segnale ricevuto. Linkem non è pertanto in grado di garantire l'effettivo raggiungimento della velocità nominale e delle prestazioni apicali indicate nell'offerta commerciale, né garantisce un minimo nelle prestazioni upload/download.

Circa la lamentata interruzione del servizio dal 12 febbraio al 2 marzo 2014, invece dai report risulta che il 14 febbraio (e non il 12 febbraio 2014) la sig.ra xxx, ha contattato il call center per segnalare un malfunzionamento, ed in quell'occasione sono state avviate le ordinarie verifiche tecniche praticabili da remoto, e al fine di verificarne i relativi esiti, in data 18 febbraio 2014, un operatore Linkem, ha richiamato la cliente consigliandola, un intervento tecnico per la sostituzione del cavo ethernet. Detto intervento, è stato effettuato il 24 febbraio 2014 nel pieno rispetto degli obblighi di qualità di Linkem. I livelli di servizio garantiscono un tempo massimo di riparazione del malfunzionamento in 120 ore. Linkem ha risposto a tutti i reclami tramite e mail o fax. Circa il costo dell'intervento tecnico è previsto nell'offerta commerciale scelta dalla ricorrente (in caso di malfunzionamenti del servizio non risolvibili in remoto ed imputabili al modem da esterno sarà previsto l'intervento di un tecnico qualificato presso l'abitazione del cliente, tale intervento da svolgersi in data concordata con il cliente prevede un costo fisso pari € 48,00 iva inclusa da saldare direttamente al tecnico)".

L'istante con note ha replicato alla memoria del gestore ed ha specificato che: *"con le memorie il gestore non ha allegato la documentazione a supporto di quanto asserito, ma solo un contratto non sottoscritto e non deposita i report tecnici che proverebbero la lentezza del servizio e non il malfunzionamento. Il disservizio è iniziato l'11 ottobre 2013 puntualmente segnalato al gestore, che ha risposto in maniera generica comunicando che i tecnici stavano provvedendo ad ottimizzare la rete. I reclami sono stati numerosi.*

Linkem ha rimborsato la somma di € 12,00 su € 48,00 relativo all'intervento tecnico".

Il gestore ha replicato con note riportandosi già alla memoria depositata ed ha sottolineato: *"di aver operato nel rispetto delle proprie condizioni generali di contratto e dei propri obiettivi di qualità. Il malfunzionamento segnalato tramite call center il 14 febbraio 2014 è stato preso in carico dall'help desk tecnico che, compiute le verifiche praticabili da remoto, il 18 febbraio 2014 ha consigliato un intervento tecnico in loco che è stato realizzato il 24 febbraio 2014 negli obiettivi di qualità di Linkem che fissano in 120 ore il tempo massimo di riparazione del malfunzionamento".*

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

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

Si ritengono invece inammissibili le richieste formulate dall'utente nel formulario Gu14, circa *"la richiesta di indennizzo per malfunzionamento linea adsl solo relativamente al periodo 13 febbraio - 2 marzo 2014; l'indennizzo per la sospensione della linea adsl; lo storno e la ripetizione delle somme pagate; indennizzo per emissione fatture; la restituzione delle somme pagate al tecnico Linkem"*, in quanto non sono coincidenti con l'oggetto e le richieste formulate nell'istanza di conciliazione (formulario UG).

Per il comportamento delle parti nella fase procedimentale, anche ai fini della liquidazione delle spese di procedura, si rinvia al verbale di mancata conciliazione allegato, in atti.

L'udienza per il presente ricorso non si è tenuta, in quanto non è stata ritenuta necessaria ai fini dell'odierna decisione e il ricorrente ha dapprima richiesto udienza di discussione, per poi rinunciarvi il 28 maggio 2014.

Riguardo al merito.

La presente controversia che intercorre con il gestore Linkem, verte sull'inadempimento contrattuale sottoscritto dall'istante e sulle domande – indennizzi conseguenti agli inadempimenti dedotti.

Risulta provato che tra il gestore telefonico e l'istante è stato stipulato un contratto di somministrazione relativo al servizio internet.

Ciò emerge, in modo incontrovertibile, dall'esame degli atti depositati dalle parti.

2.1 Sul malfunzionamento della linea adsl ed il relativo indennizzo.

L'istante ha lamentato il malfunzionamento della linea adsl.

Per meglio inquadrare la fattispecie, occorre premettere che il contratto stipulato tra le parti è indubbiamente un contratto di somministrazione, per cui "una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose" (art. 1559 c.c.).

Nell'ambito del contratto le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione.

E' noto l'orientamento costantemente espresso dalla Suprema Corte (Cass. Civ. n. 2387/04), secondo il quale "in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento".

All'occorrenza, l'operatore può dimostrare l'adempimento anche tramite il deposito delle prove tecniche effettuate, dando prova di aver rispettato gli standard di qualità previsti dal contratto e dalla normativa".

Inoltre la delibera 22/10 CIR stabilisce: "Gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Ne consegue che in tutti i casi di malfunzionamento di un servizio di comunicazione elettronica, allorché l'utente non può pienamente godere, con le modalità prescelte, del servizio promesso o acquistato, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per tutti i giorni di disservizio, a meno che l'operatore non dimostri che l'inesatto adempimento ovvero l'inadempimento totale non sia dipeso da causa a lui non imputabile, secondo il disposto dell'art. 1218 c.c."

Nel caso in cui l'istante lamenti la lentezza del collegamento Internet rispetto a quanto contrattualmente previsto dall'operatore, spetta a quest'ultimo fornire la prova di avere invece puntualmente adempiuto, anche tramite il deposito delle prove tecniche effettuate; così come, a fronte dei lamentati disservizi e problemi di connessione, spetta all'operatore provare di aver fornito i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni e di essere tempestivamente intervenuto per risolvere le problematiche.

Così propedeuticamente delineati i confini giuridici, della controversia, è possibile passare all'esame del merito.

Stando alla dichiarazioni del ricorrente, la lentezza di collegamento è stata segnalata più volte; circostanza che trova infatti riscontro nella documentazione depositata in atti dal ricorrente, reclami inviati via e mail e via fax, l'11, il 13 ottobre, il 27 novembre, il 23 dicembre 2013, il 12 e il 23 gennaio 2014.

Il gestore nella propria difesa, invece, ha ammesso il disservizio della lentezza della connessione ovvero il malfunzionamento (parziale), ed ha sostenuto di aver provveduto alla risoluzione del problema, e di aver già corrisposto un rimborso parziale (di € 12,00 su € 48,00) circa le spese sostenute per l'intervento tecnico.

Il gestore però non ha allegato la documentazione comprovante quanto dichiarato, ma solo una copia dell'offerta commerciale non compilata, "Linkem no limits", gli obiettivi di qualità anni 2013/2014, e le condizioni generali di contratto.

A tal fine, si richiama la Delibera n.73/11/CONS, art. 5, comma 2, rubricato: "indennizzo per malfunzionamento del servizio", comma 2, che stabilisce un indennizzo giornaliero pari a € 2,50 "nel caso di irregolare o discontinua erogazione del servizio che non comporti la completa interruzione del servizio, o di mancato rispetto degli standard qualitativi stabiliti nella carta servizi di ciascun operatore...".

Alla luce di tale ricostruzione, valutati tutti gli elementi, per le motivazioni su esposte e considerando la carenza di documentazione prodotta dal gestore, si accoglie la richiesta di indennizzo del malfunzionamento formulata dall'istante, limitatamente però al periodo 11 ottobre 2013 - 12 febbraio 2014, per il numero di 124 per complessivi € 310,00 (trecentodieci/00).

2.2 Sui mancati oneri informativi e relativo indennizzo.

La questione qui esaminata ha per oggetto l'asserito inadempimento contrattuale da parte dell'operatore, ovvero una condotta non completamente improntata ai canoni di trasparenza e di chiarezza informativa.

In base alle dichiarazioni delle parti, ed alla documentazione allegata agli atti, non si riscontra che l'istante non sia stato debitamente informato in modo esatto, chiaro e completo (anche ai sensi dell'art. 4 della Delibera 179/03/CSP) sulle effettive problematiche e sul disservizio lamentato.

La richiesta di indennizzo quindi, per mancanza degli oneri informativi è rigettata.

3 Sulla mancata risposta ai reclami.

Il ricorrente chiede al gestore l'indennizzo per mancata risposta ai reclami.

Quanto alla richiesta dell'utente di indennizzo da mancata risposta ai reclami, si rileva che l'art. 8 della delibera Agcom 179/03 stabilisce che occorre garantire agli utenti la possibilità di presentare reclami e segnalazioni, senza oneri aggiuntivi, per malfunzionamenti o inefficienze dei servizi, e che è fatto obbligo agli operatori di assicurare la tracciabilità degli stessi reclami, per dimostrare l'esistenza delle segnalazioni da parte degli utenti e dare riscontro ai reclami medesimi entro i termini stabiliti dalle rispettive Carte dei servizi degli operatori.

La risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *in forma scritta*, entro il termine di 45 giorni, 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.

Nel caso di specie, l'istante ha prodotto/dimostrato numerosi reclami e segnalazioni inviate tramite fax e tramite e-mail, all'operatore, ma ha anche allegato le varie risposte di Linkem.

Il gestore invece non ha prodotto alcuna documentazione al riguardo.

Occorre esaminare i vari reclami inviati dall'istante e la varie risposte inoltrate dal gestore.

Ai reclami dell'11 - 13 ottobre e del 27 novembre 2013 Linkem risponde il 28 ed il 30 novembre 2013.

Ai reclami del 23 dicembre 2013, del 12 - 13 e 23 gennaio 2014 Linkem risponde il 27 gennaio 2014.

Per il che non si accoglie la richiesta di indennizzo formulata dall'istante, per la mancata risposta ai reclami.

Sulle spese di procedura.

L'art. 19, al comma 6, del Regolamento allegato alla delibera Agcom n. 173/07/CONS, sancisce che nel determinare rimborsi e gli 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, l'operatore ha aderito all'udienza di conciliazione ed ha prodotto memoria e documentazione.

Non ricorrono, quindi, le condizioni per il rimborso delle spese.

Per tutto quanto sopra esposto.

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria 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

1) L'accoglimento parziale per le motivazioni di cui in premessa, dell'istanza presentata dal ricorrente, nei confronti della società Linkem.

Per il che la Società è tenuta a riconoscere in favore dell'istante, mediante assegno o bonifico bancario la seguente somma così calcolata:

-Indennizzo di € 310,00 (trecentodieci/00) per malfunzionamento linea adsl.

2)E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'articolo 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;

3) Si precisa che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia sino al soddisfo;

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

5) 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;

6) Il gestore è tenuto a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima;

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del Processo Amministrativo, approvato con d. l.vo 2 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'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

f.to Avv. Rosario Carnevale