



**CONSIGLIO REGIONALE DELLA
BASILICATA
UFFICIO PER LE POLITICHE DELLA
RAPPRESENTANZA E DELLA PARTECIPAZIONE**

**COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI
(CO.RE.COM.)**

Deliberazione n. 47/2017

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA FRACCARI [REDACTED] C/
WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A.

L'anno duemiladiciassette, il giorno 17 del mese di luglio presso la sede del Co.re.com. si è riunito il Comitato regionale per le comunicazioni.

Sono presenti i Signori

- | | |
|-----------------------------|------------|
| 1. LAMORTE Giuditta | Presidente |
| 2. CORRARO Armando Nicola | Componente |
| 3. LAGUARDIA Gianluigi | Componente |
| 4. RAPOLLA Morena | Componente |
| 5. STIGLIANO Carmine Sergio | Componente |

Pres.	Ass.
x	
x	
x	
x	
x	

DELIBERA N. 47/2017

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
FRACCARI [REDACTED] C/ WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A.**

(Prot. 245/C/2016 C del 12.01.2016)

IL CO.RE.COM. DELLA REGIONE BASILICATA

NELLA riunione del 17/7/2017;

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”*;

VISTA la L.R. n.20/2000 *“Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni – Co.Re.Com.”*

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, il Consiglio regionale della Basilicata e il Comitato regionale per le comunicazioni della Basilicata in data 17/11/2011, 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 Fraccari [REDACTED] presentata in data 12 gennaio 2016, prot. N. 245/C , contro Wind Telecomunicazioni S.p.A.;

VISTI gli atti del procedimento;

Con riferimento alla procedura di definizione della controversia in oggetto, si rileva quanto segue:

1. La posizione della parte istante

All'esito del fallito tentativo di conciliazione, l'utente presentava istanza di definizione, tramite modello GU14, ove, nella parte dedicata alla descrizione dei fatti, si PRECISAVA: "Per tutta la durata del contratto, la società non ha fornito il segnale 3G e tante delle volte il servizio dati risultava parziale o assente del tutto; dopo più tentativi ho deciso di cambiare operatore nonostante loro mi avevano fatto un'offerta di rimborso non quantificabile in quanto non mi è mai pervenuta né una mail ufficiale né una chiamata", concludendo con il formulare le seguenti richieste: "l'annullamento di tutte le fatture sia quelle del servizio non offerto che del servizio offerto che del telefonino. Inoltre si chiede un indennizzo di 500,00 Euro per il mancato o parziale servizio della linea dati".

L'istante non presentava memorie o repliche nel corso del procedimento di definizione.

2. La posizione dell'Operatore

L'operatore telefonico, pur presenziando alla udienza di conciliazione, non intendeva aderire alle richieste formulate dall'istante nel corpo del ridetto formulario UG, non accogliendole. L'operatore presentava memoria difensiva del 19.12.2016 con cui concludeva chiedendo al Co.Re.Com. di "rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto" sollevando una serie di eccezioni.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato.

Invero, dalla lettura congiunta degli atti del procedimento (istanza di conciliazione tramite formulario UG ed istanza di definizione tramite formulario GU14), risulta che l'istante abbia avanzato una serie composita di lamentele: 1) mancata o parziale fornitura del servizio internet da riferirsi genericamente "all'arco della durata del contratto" ovvero "Per tutta la durata del contratto", senza che l'utente abbia in alcun modo delimitato, in maniera precisa e puntuale, né il tipo di disservizio lamentato (malfunzionamento? Interruzione del servizio?) né i contorni temporali precisi dei

presunti disservizi; 2) nel formulario UG si legge: “dal 07.05 ad oggi la linea internet sulla mia utenza nella zona mia di residenza è inesistente per problemi tecnici, come da loro confermato, arrecandomi grossi disagi”: in tal caso l’utente ha definito sia il tipo di disservizio lamentato (assenza di linea internet) sia il contorno temporale del disservizio lamentato (dal 07.05.2015 al 24.06.2015 data di sottoscrizione del modello UG): si precisa, infatti, che dalle parole dell’utente nel corpo del formulario GU14, si ritiene che alla data di compilazione e di presentazione della istanza di definizione il disservizio fosse superato, essendo l’istante passato ad altro operatore, come da sua stessa ammissione.

Con riferimento alla ripartizione dell’onere della prova in caso di lamentato inadempimento contrattuale, di seguito si riporta quanto indicato nelle c.d. “Linee Guida” (Approvate con delibera n. 276/13/CONS dell’11 aprile 2013) dell’AGCOM:

“III.4.2. Onere della prova:

A prescindere dai poteri d’ufficio riconosciuti al responsabile del procedimento, nella procedura di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell’onere della prova fra le parti previste dal Codice civile ed applicabili al rito ordinario.

Ne consegue che – trattandosi della maggior parte dei casi di fattispecie inerenti a rapporti contrattuali – la norma di riferimento sarà sempre quella di cui all’art. 1218 Cod. civ., secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il creditore della prestazione, tipicamente l’utente, dovrà limitarsi a dedurre l’esistenza del contratto fra le parti ed il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l’operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l’inadempimento o l’inesatto adempimento denunciati saranno confermati.

Varrà anche la regola sulla responsabilità per fatto degli ausiliari, art. 1228 Cod. civ., secondo cui, salva la diversa volontà delle parti, il debitore che nell’adempimento dell’obbligazione si vale dell’opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro. Questo impedirà all’operatore con cui l’utente ha il rapporto contrattuale di sottrarsi alle proprie responsabilità, per esempio addebitando il ritardo nella riparazione di un guasto al comportamento dei tecnici incaricati.

A ciò si aggiunga, infine, che l’utente non sarà neanche tenuto a fornire la prova dei danni derivanti dall’inadempimento, dato che – come si vedrà *sub* art. 19 – gli indennizzi da inadempimento contrattuale, oggetto della pronuncia, sono già predeterminati.”

In maniera conforme si cita delibera del **Corecom Trento Delibera n. 6/12**

“In tema di ripartizione dell’onere della prova, in base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale dell’articolo 1218 c.c., nonché a quanto affermato dall’Agcom al punto III.3.2 della delibera n. 529/09/CONS, si deve affermare che il creditore della prestazione, tipicamente l’utente, dovrà limitarsi a dedurre l’esistenza del contratto fra le parti e il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l’operatore, dovrà fornire la prova del

proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati".

Pertanto, è in dubbio che fosse onere della WIND S.p.A. dimostrare la infondatezza di quanto lamentato e, quindi, il corretto adempimento della propria obbligazione e, quindi, la corretta erogazione del servizio, ovvero provare le motivazioni – non imputabili all'operatore- che abbiano determinato i disservizi lamentati dall'utente.

Tanto premesso, tuttavia, si ritiene che la lamentela dell'utente suindicata al numero **1**) (ossia quella genericamente riferita alla intera durata del contratto) non sia accertabile poiché l'istante ha peccato di indeterminatezza, non avendo definito, con la precisione necessaria, alcun elemento oggettivo (tipo di disservizio e durata dello stesso) peccando di genericità ed indeterminatezza. Il Co.Re.Com., attesa la indeterminatezza dell'istanza, per le motivazioni suindicate, non è, pertanto, in grado di determinare e quantificare- con la precisione e la determinatezza richieste e necessarie- i giorni riferibili ai presunti disservizi lamentati (quanti giorni di interruzione? Quanti giorni di malfunzionamento?) né è in grado di calcolare i relativi indennizzi.

Sul punto si richiama la Delibera AGcom n 2/11/CIR che, se pur con riferimento ad una ipotesi di malfunzionamento, recita: *"Qualora dalla documentazione prodotta agli atti non emergano elementi probanti e circostanziati tali da rendere condivisibili le asserzioni mosse dalla parte istante(....), non è possibile accogliere la domanda formulata dall'istante. Invero, in assenza di riferimenti dettagliati, l'impossibilità di accertare l' "an", il "quomodo" ed il "quantum" del verificarsi del malfunzionamento non consente in questa sede una valutazione adeguata in ordine alla liquidazione di un congruo indennizzo"*.

Viceversa, quanto alla lamentela dell'utente suindicata al numero **2**), nel premettere che la stessa appare circostanziata nel tempo (dal 07.05.2015 ad oggi -> 24.06.2015) e nell'oggetto (la linea internet assente), si precisa quanto segue.

Appare provato, per espressa ammissione della WIND S.p.A. che l'utente abbia segnalato il problema dell'assenza di linea nel mese di maggio 2015.

In particolare, la WIND, nel corpo della sua memoria del 19.12.2016, ha ammesso chiaramente: "accertato un guasto temporaneo nella zona relativamente alla componente dati dal 07.05.2015 al 13.05.2015, in data 22 maggio 2015 e dal 26 maggio 2015 al 27 maggio 2015".

Dalla documentazione prodotta dalla stessa società convenuta (vedasi le schermate allegate alla memoria Wind) si evince: 1) che in data 08.05.2015 veniva segnalata la assenza copertura e aperta una pratica tecnica; che in data 13.05.2015 il problema di assenza copertura persisteva e che l'istante ha inoltrato mail alla Wind con cui ribadiva il persistere dell'assenza di copertura richiedendo il ripristino del servizio; 3) in data 26.06.2015 risulta nella parte relativa alla "descrizione del problema" la seguente dicitura "nota ITG lato acces; risolto da operatore, Ripristino PROBLEMA TRASMISSIVO (...)".

Si evidenzia che l'utente ha lamentato espressamente la assenza del servizio internet dal 07.05.2015 sino alla data di stesura e sigla del modello UG, vale a dire il 24.06.2015,

mentre la Wind – su cui pure gravava l'onere di dimostrare, in forza di quanto suindicato, la corretta erogazione del servizio ovvero la sussistenza di cause impeditive non imputabili all'operatore, si è limitata a riconoscere la sussistenza del problema nel periodo tra il 07.05.2015 e il 13.05.2015 e in data 22.05.2015 e, poi, dal 26 al 27 maggio 2015, affermando di aver provveduto alla erogazione degli indennizzi previsti a favore del cliente mediante lo storno della somma di Euro 19,00 +IVA e , così, chiedendo il non accoglimento della richiesta di indennizzo per mancata fruizione del servizio internet in ragione dell'articolo 14 del Regolamento allegato alla delibera 73/11 CONS. che recita: "Le disposizioni del presente regolamento non si applicano nei casi in cui l'operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia, o quando, all'esito della fase conciliativa, dal relativo verbale risultino l'impegno dell'operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi".

Tuttavia, si evidenzia che Wind non ha specificamente contestato quanto lamentato dall'utente in merito al protrarsi del disservizio dal 07.05.2015 alla data di sottoscrizione del formulario UG (24.06.2017) non assolvendo al proprio onere probatorio sul punto, non provando la corretta erogazione del servizio in tutto il periodo lamentato.

Si evidenzia, tra l'altro che la non specifica contestazione dei fatti dedotti dall'istanza ad opera dell'operatore assume, a parere di chi scrive, un grande valore nel corso del presente procedimento.

Sul punto si richiamano alcune pronunce di Co.Re.Com. regionali.

Co.Re.Com Emilia-Romagna Delibera n. 15/10

In caso di mancata contestazione da parte dell'operatore, i fatti dedotti dall'utente devono essere considerati integralmente provati. Soccorre in tal senso quanto disposto dall'articolo 115, comma 1, c.p.c., recentemente modificato ad opera della legge n. 69/2009, da considerarsi in questa sede come disposizione espressiva di un principio ordinamentale che consente di fondare la decisione, raggiungendo, per quanto riguarda questa sede, il livello di "riscontro" alla "fondatezza" dell'istanza ai sensi dell'articolo 19, comma 3, della delibera Agcom n. 173/07/CONS sui "fatti non specificamente contestati dalla parte costituita".

Conformi:

Corecom Emilia-Romagna Delibera n. 1/11

Corecom Emilia-Romagna Delibera n. 8/11

Infine, si evidenzia che quanto prodotto dalla Wind (tra cui un mero file excel modificabile) non è sufficiente ed idoneo a provare il corretto adempimento della obbligazione contrattuale e la corretta erogazione del servizio dati in favore dell'utente per tutto il periodo da questi reclamato, avvallando, per certi punti, quanto lamentato dall'utente.

Alla luce di quanto sopra argomentato, in merito alla istanza di definizione in oggetto:

- quanto alla richiesta di “ annullamento di tutte le fatture sia quelle del servizio non offerto che di quelle del servizio offerto che del telefonino”, in accoglimento della eccezione sollevata dalla Wind in sede di memoria difensiva del 19.12.2016, si ritiene che la stessa vada respinta poiché dal punto di vista procedurale tale richiesta compare per la prima volta in sede di definizione nel formulario GU14, mentre non risulta avanzata nel formulario UG, ovvero in sede di conciliazione: trattasi, dunque, di domanda nuova rispetto alle richieste contenute nell’istanza di conciliazione a suo tempo promossa. Tanto comporta la violazione del principio di obbligatorietà del tentativo di conciliazione;
- con riferimento alla richiesta dell’istante avente per oggetto “indennizzo di Euro 500,00 per il mancato o parziale servizio della linea dati”, si ritiene che la stessa vada solo parzialmente accolta, presupponendo la assenza del servizio dati dal 07.05.2015 al 24.06.2015 (periodo reclamato dall’istante), con i limiti e le precisazioni che seguono. Quanto all’ammontare del relativo indennizzo, considerando che la WIND – per sua ammissione- ha già corrisposto gli indennizzi previsti dalla disciplina contrattuale e/o di settore con riguardo al periodo dal 07.05.2015 al 13.05.2017, 22.05.2015 e dal 26.05.2015 al 27.05.2015, si ritiene che l’indennizzo ex art. 5 n. 1 Allegato A alla delibera 73/11/CONS (Euro 5,00 al giorno) vada corrisposto per un totale di 39 giorni così calcolati:
dal 14.05.2015 al 21.05.2015 per un totale di n. 8 giorni;
dal 23.05.15 al 25.05.2015 per un totale di n. 3 giorni;
dal 28.05.2015 al 24.06.2015 per un totale di n. 28 giorni.

4. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, vista la relazione istruttoria dell’esperto giuridico, avv. Maria Carmela [REDACTED], in parziale accoglimento dell’istanza avanzata dell’utente Fraccari [REDACTED] presentata in data 12 gennaio 2016, Prot. n. 245/C, contro Wind Telecomunicazioni S.p.A. .

Delibera

La Società Wind Telecomunicazioni S.p.A. è tenuta a:

corrispondere all’utente l’importo di Euro =195,00= , a titolo di indennizzo ex art. 5 n. 1 Allegato A alla delibera 73/11/CONS.

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;

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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 sul sito *web* dell'Autorità.



LA DIRIGENTE
Dr.ssa Vesna Alagia



LA PRESIDENTE
Giuditta Lamorte