



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

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

Deliberazione n. 58/2017

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA [REDACTED]
C/ LINKEM S.P.A.

L'anno duemiladiciassette, il giorno 18 del mese di settembre 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. /2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

[REDACTED] C/ LINKEM S.P.A.

(Prot. n. 4420/C del 26 aprile 2016)

IL CO.RE.COM. DELLA REGIONE BASILICATA

NELLA riunione del / /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 [REDACTED], presentata in data 26/04/2016, prot. n. 4420/C, contro Linkem 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 dell'istante

All'esito del fallito tentativo di conciliazione, l'utente presentava istanza di definizione, tramite modello GU14, ove concludeva chiedendo: "1) Rimborso di € 83,38 addebitati con le fatture n. 15-714689 e n. 16-0079465; 2) Rimborso di Euro 50,00 corrisposti a titolo di costi di attivazione; 3) Corresponsione dell'indennizzo previsto dalla delibera AGCOM 73/11 CONS nella misura di euro 1 al giorno, per la mancata risposta ai reclami (art. 11) ed euro 5,00 al giorno per l'interruzione del servizio (art. 5) per i dieci giorni che vanno dal 1 al 10 settembre e per il periodo che va da 17 ottobre 2015 al 12 marzo 2016 (giorno in cui è stata presa in carico la disdetta); 4) Rimborso delle spese legali e relative alla presente procedura".

L'istante presentava memorie difensive e repliche nel corso del procedimento di definizione con cui ribadiva le proprie ragioni e pretese.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore telefonico, presenziava alla udienza di conciliazione, pur non aderendo alle richieste formulate dall'istante nel corpo del ridetto formulario UG, si dichiarava disponibile a rimborsare al cliente Euro 150,00. L'utente non accettava la proposta. L'operatore presentava memorie difensive e repliche nel corso del procedimento di definizione con cui concludeva chiedendo al Co.Re.Com. di "disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, di rigettare l'avverso ricorso in quanto destituito di fondamento e non provato", sollevando una serie di eccezioni.

3. Motivazioni 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.

Innanzitutto, posta la problematica di interruzione del servizio internet lamentata dall'utente, si è cercato di individuare - dalla lettura comparativa di tutti gli atti di cui al procedimento - la data di inizio del problema e la data di termine.

L'utente lamenta la ridetta interruzione del servizio dal periodo dal 01 al 10 settembre 2015 e, successivamente, dal 17 ottobre in poi. Sempre l'utente, precisa e prova in via documentale l'invio di una e-mail del 26.10.2015 con cui, ribadendo il sussistere della

problematica dal 17.10.2015 ed il reclamo presentato il 18.10.2015, manifesta la volontà di recesso dal contratto. Si evidenzia che, con la stessa e-mail del 26.10.2015, l'utente stesso individua come primo periodo di interruzione del servizio quello che va dal 31 agosto al 7 settembre, diversamente da quanto poi indicato negli altri scritti di cui al procedimento (allegato al formulario UG e al GU14, diffida, memorie e note di replica in cui si indica il periodo dal 01 al 10 settembre). Evidenzia, l'utente, il successivo invio di nota A.R. del 10.11.2015 a firma del suo legale, Avv. Bianchi, ricevuta da Linkem il 12.11.2015 con cui si ribadiva la volontà di recesso riassumendo le modalità e la tempistica del disservizio lamentato e dei reclami presentati. Evidenzia, infine, il successivo inoltro dell'atto formale di diffida a mezzo nota e-mail da parte del suo legale in data 06.03.2016.

Dal canto suo Linkem S.p.a., ammette la presentazione dei reclami del 02.09.2015 e del 26.10.2015 ad opera dell'istante, producendo una sua e-mail del 10.11.2015 (allegato n. 3 alla memoria Linkem del 16.01.2017) in cui, in risposta alla e-mail del 26.10.15 dell'utente, scrive: "Gentile Cliente, in riferimento al reclamo che ci ha inoltrato, desideriamo comunicarle che, a seguito di un'analisi oggettiva dei disservizi che ha subito, le riconosceremo 25,90 euro di sconto che le verranno applicate nel primo ciclo di fatturazione utile". E' importante evidenziare che, in detta risposta, Linkem non contesta le lamentele dell'istante, anzi ne ammette il fondamento in toto - ivi compresa la collocazione temporale del disservizio lamentato -dal 31 agosto al 07 settembre - il primo e - dal 17.10 in poi - il secondo, nonché la sussistenza dei reclami presentati come rappresentati dall'utente.

Linkem afferma l'intervento di suo tecnico in data 07.09, per la risoluzione del problema lamentato in data 02.09.2015, provando tale circostanza con la produzione di apposito Ticket.

Tanto premesso, 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”.

Tuttavia, si evidenzia che appare pacifico quanto affermato dalla AGCOM nella delibera n. 69/11/CIR, costituente unanime orientamento dell'Autorità in materia, “[n]on è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore per malfunzionamento della linea qualora l'utente non provi di aver inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di un reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi, provvedere alla sua risoluzione” (così, conformemente, le delibere nn. 100/12/CIR, 113/12/CIR, 127/12/CIR, 130/12/CIR, 82/12/CIR, 38/12/CIR, 69/10/CIR).

Ebbene, da quanto indicato in premessa, risulta provato l'inoltro del reclamo del 02.09.2015 (pacificamente ammesso da Linkem) e del reclamo del 26.10.15 (pacificamente ammesso da Linkem e provato dalla e-mail prodotta dall'utente che Linkem ammette di aver regolarmente ricevuto), ma si può ritenere provato anche il reclamo che l'utente sostiene di aver inoltrato il 18.10.15, atteso che tale circostanza, indicata nella e-mail del 26.10.15 a firma dell'istante ed inoltrata all'operatore, non è stata da questi contestata: atteso che Linkem (con la sua e-mail del 12.11.2015 allegato n. 3 della memoria Linkem del 16.01.2017) ha chiaramente affermato il fondamento delle lamentele dell'istante illustrate nel corpo della ridetta e-mail.

Tanto chiarito, occorre, tuttavia, evidenziare che l'istante già in data 26.10.2015 ha formalizzato ed inoltrato la sua disdetta contrattuale ricevuta da Linkem che, confermando la ricezione della predetta e-mail, ha anche inviato una risposta all'utente.

Ebbene, in forza delle condizioni generali di contratto sottoscritte dall'utente, il preavviso per procedere alla disdetta contrattuale è di trenta giorni. Linkem, che richiama nella sua memoria difensiva tale pattuizione contrattuale, deve essere consapevole che la stessa va applicata reciprocamente tra le parti.

Pertanto, entro il successivo 26.11.2015 il servizio sarebbe stato disattivato con obbligo per l'utente di continuare a pagare il canone pattuito a condizione, però, che il servizio fosse stato regolarmente fruito durante il periodo del necessario preavviso: durante tali 30 giorni, infatti, continuava a sussistere per Linkem l'obbligo di fornitura del servizio e, conseguentemente, l'obbligo dell'utente di pagare il relativo indennizzo.

Nel caso de quo, viceversa, appare chiaro e provato non solo la interruzione del servizio dal 01.09.2015 al 07.09.2015 (data di intervento tecnico di risoluzione del problema come provato in via documentale da Linkem e come ammesso dall'utente nella e-mail del 26.10.2015), ma anche il fatto che dal 17.10.2015 il servizio internet è stato nuovamente interrotto, atteso che Linkem non ha provato – a fronte della contestazione dell'utente- la regolare fornitura del servizio, dopo la ricezione prima della mail del 26.10.2015, a firma dell'istante e, poi, della nota a.r. del 09.11.2015 a firma del suo legale.

Quanto alla eccezione di Linkem secondo cui l'intervento di risoluzione della problematica tecnica lamentata in data 02.09.2015 è stata risolta entro 120 ore, come da normativa di settore, si evidenzia che sul punto le Condizioni Generali di contratto siglate dall'utente con riferimento ai tempi di risoluzione dei disservizi contiene un generico rinvio a quanto statuito nella Carta dei Servizi (prodotta da Linkem) dalla cui lettura non si ravvisano in maniera chiara tempi certi per la risoluzione dei problemi.

Perciò, attesa anche la disposizione di cui all'art. 5 comma 3 dell'Allegato A della delibera 73/11/CONS, che recita: "se il malfunzionamento è dovuto al ritardo, imputabile all'operatore nella riparazione del guasto, l'indennizzo è applicabile all'intero periodo intercorrente tra la proposizione del reclamo e l'effettivo ripristino della funzionalità del servizio", si ritiene dovuto un indennizzo in favore dell'utente per la interruzione del servizio internet dal 02 (data del reclamo) al 7 settembre 2015 e dal 18 ottobre 2015 (data del reclamo) al 26.11.2015, data fino alla quale Linkem in seguito al recesso esercitato dall'utente avrebbe, comunque, dovuto continuare a fornire il servizio tenendo conto del preavviso di trenta giorni per il recesso, per un totale di n. 45 giorni pari ad Euro 225,00.

A partire da tale data (26.11.2015), attesa la volontà di recesso manifestata dall'utente, Linkem non era più tenuto ad erogare il servizio e non può, pertanto, riconoscersi alcun indennizzo a favore dell'utente.

Quanto alle questioni relative al ritardo di registrazione della disdetta ad opera di Linkem ed al ritardo nello smontaggio degli apparati tecnici con eventuali danni, eventuali istanze risarcitorie non sono sollevabili in questa sede.

Alla luce di quanto suindicato, risultano parzialmente fondate anche le istanze dell'utente di storno /rimborso delle fatture: con riguardo alla fattura n. 15-7146689, Linkem dovrà rimborsare gli importi relativi ai periodi dal 02 al 07 settembre e dal 18 al 31 ottobre, attuando un ricalcolo degli importi effettivamente dovuti soltanto con riguardo ai periodi di fruizione del servizio (dal 21 agosto al 01 settembre, e dal 07 settembre al 17 ottobre). Si precisa che dall'esame delle fatture prodotte, si evince la applicazione di una tariffa di Euro 0,58 più IVA giornalieri per l'offerta "Linkem senza limiti" e di euro 0,08 più IVA giornalieri per "Canone modem senza" e che il periodo di indebita fatturazione per interruzione del servizio va dal 02 al 07 settembre (5 giorni) e dal 18 al 31 ottobre (14 giorni). Pertanto, dall'importo indicato nella fattura (euro 58,66) come netto a pagare, dovrà essere decurtato e rimborsato l'importo di Euro 15,30 IVA compresa (pari a euro 0,66 (0,58+0,08) per n. 19 giorni).

Atteso che dal 01.11.2015 al 31.12.2015 non era dovuto alcun pagamento da parte dell'utente, in forza di quanto suindicato stante la interruzione del servizio, appare non dovuto l'addebito di somme di cui alla fattura n. 15-983379 e, pertanto, non sufficiente e corretto lo "sconto" o conguaglio ivi attuato per rimborsare il contributo di attivazione del servizio. Di conseguenza, oltre all'annullamento della ridetta fattura, Linkem dovrà rimborsare all'utente la somma di Euro 50,00 quale costo di attivazione.

Quanto alla fattura n. 16-0079465, la stessa va annullata e l'importo ivi indicato deve essere restituito all'utente, se Linkem non ha ancora eseguito tale rimborso pur avendo già emesso nota di credito.

4. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte e, vista la relazione istruttoria dell'esperto giuridico, avv. [REDACTED], in parziale accoglimento dell'istanza GU14 presentata in data 26 aprile 2016, prot. n.4420/C, dalla Signora [REDACTED] nei confronti di Linkem S.p.A.

Delibera

1. quanto alla richiesta di "Rimborso di € 83,38 addebitati con le fatture n. 15-714689 e n. [REDACTED], Linkem S.p.A. è tenuta a rimborsare la somma di cui alla fattura n. [REDACTED] riferibile ai soli periodi dal 02 al 07 settembre e dal

18 al 31 ottobre, pari ad Euro 15,30, e l'intero importo della fattura n. [REDACTED] con annullamento delle fatture ridette.

2. quanto alla richiesta di "Rimborso di Euro 50,00 corrisposti a titolo di costi di attivazione", Linkem deve restituire all'utente detto importo, con annullamento della fattura n. [REDACTED].
3. quanto alla richiesta di "Corresponsione dell'indennizzo previsto dalla delibera AGCOM 73/11 CONS nella misura di euro 1 al giorno, per la mancata risposta ai reclami (art. 11), ed euro 5,00 al giorno per l'interruzione del servizio (art. 5) per i dieci giorni che vanno dal 1 al 10 settembre e per il periodo che va dal 17 ottobre 2015 al 12 marzo 2016 (giorno in cui è stata presa in carico la disdetta)", si riconosce all'utente, per le motivazioni di cui in premessa, il diritto ad ottenere un indennizzo per interruzione del servizio di n. 45 giorni (dal 02 al 07 settembre 2015 e dal 18 ottobre al 26 novembre 2015); pertanto Linkem deve corrispondere all'utente un totale di 225,00 euro. Attesa la risposta al reclamo con e-mail prodotta nelle memorie della Linkem, non contestata dall'utente, si ritiene non accoglibile la richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo.
4. Linkem S.p.A. deve corrispondere in favore dell'istante l'importo di euro 50,00 per spese di procedura.

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



