

DELIBERA DL/032/16/CRL/UD del 21 aprile 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

VEIO CENTER xxx / H3G xxx

(LAZIO/D/127/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 21 aprile 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 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 società Veio Center xxx presentata in data 17.02.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di H3G xxx di seguito per brevità “H3G” – il malfunzionamento del servizio.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione, l’istante ha dichiarato quanto segue:

a. Dal maggio 2014 l’utenza mobile xxxxxx044 presentava dei malfunzionamenti che hanno creato enormi danni alla società impossibilitata a parlare con la clientela e a comunicare preventivi;

b. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all’udienza del 26.11.2014, si concludeva con esito negativo, poiché le proposte conciliative del gestore venivano ritenute insufficienti dall’utente;

In base a tali premesse, l’utente ha richiesto nei confronti di Fastweb:

- i. Risarcimento danni per mancato lavoro;
- ii. Rimborso Telecom;
- iii. Ripristino della linea.

2. La posizione dell'operatore H3G.

H3G, nelle proprie memorie difensive, in via preliminare eccepiva l'inammissibilità dell'istanza di definizione ex art. 14 comma 1 delibera 173/07/CONS a causa della domanda risarcimento danni ivi contenuta.

Sempre in via preliminare eccepiva l'improcedibilità dell'istanza ex art. 2 comma 1 Allegato A delibera 73/11/CONS avendo, prima della instaurazione della controversia, corrisposto la somma di €10,00 per irregolare funzionamento del servizio, fatto già evidenziato nel corso dell'udienza di conciliazione.

Nel merito evidenziava che in ordine all'irregolare erogazione del servizio non era pervenuta alcuna segnalazione o reclamo pertanto era impossibile per l'operatore intervenire per risolvere la problematica, anche se dalle fatture depositate risulta che l'utente abbia regolarmente generato traffico voce ed internet sotto rete H3G.

Dichiarava che l'utenza risultava cessata dal 9.02.2015, a seguito di migrazione dell'utente ad altro operatore.

3. Motivazione della decisione

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

Viene accolta la prima eccezione di inammissibilità del gestore con riferimento alla domanda di risarcimento del danno.

Rileva in proposito l'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, a mente del quale l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

La domanda tuttavia, ai sensi del par.III.2.1 delle Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di tlc ex Del.n. 276/13/CONS, deve essere interpretata, in un'ottica di efficienza e ragionevolezza dell'azione, come accertamento di un comportamento illegittimo dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal nomen juris indicato dalla parte.

La domanda in conclusione può essere interpretata come accertamento del diritto dell'utente ad essere indennizzato in conseguenza di un disservizio subito.

Non può essere presa in esame a tal proposito l'eccezione di inammissibilità ex art.2, comma 1 Allegato A alla Delibera Indennizzi, per aver corrisposto l'indennizzo contrattuale di euro 10,00 quale sconto in fattura, prima dell'instaurazione della controversia poiché, data la genericità delle doglianze avanzate dall'istante (di cui si dirà al paragrafo successivo) non risulta agevole la

verifica di congruità dell'indennizzo riconosciuto, rispetto al disagio asseritamente patito dall'istante.

Infine, si dichiara inammissibile la domanda di ripristino della linea ai sensi della disposizione citata, in quanto la cognizione del Corecom è limitata agli inadempimenti contrattuali all'accertamento dei quali consegue il riconoscimento di rimborsi e indennizzi. In ogni caso, in relazione a tale punto dovrebbe essere dichiarata cessata la materia del contendere, essendo l'utenza passata ad altro gestore in data 9.02.2015, ancor prima della proposizione dell'istanza di definizione.

3.1 Sul malfunzionamento del servizio.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, l'istanza formulata dalla parte istante deve essere integralmente rigettata sotto molteplici profili.

In primo luogo, rilevano le modalità di redazione dell'istanza, generica e indeterminata, che ne precludono ogni valutazione di merito. Il "*mancato servizio sulla linea da maggio 2014*" non è una descrizione dei fatti sufficiente alla verifica dei tempi, circostanze e natura del disservizio lamentato.

Né l'utente ha partecipato successivamente al procedimento mediante la pur richiesta produzione di memorie e/o repliche alle produzioni avversarie.

Stante il mancato assolvimento del minimo onere di allegazione di fatti e circostanze da parte dell'istante, la genericità, anche temporale, delle contestazioni, la mancanza in atti di elementi sufficienti per valutare la condotta dell'operatore (incomprensibile il deposito di fatture Telecom emesse su linea fissa non oggetto di controversia, se non per supposti fini risarcitori, inammissibili come già detto al presente procedimento); stante dunque l'impossibilità di accertare l'"an", il "quomodo" ed il "quantum" del verificarsi del disservizio, non sussistono gli estremi per la liquidazione di un indennizzo, nè può ravvisarsi alcuna responsabilità in capo alla società per inadempimento contrattuale ai sensi dell'articolo 1218 del codice civile.

In subordine, considerata l'attività difensiva di H3G e la documentazione probatoria offerta dall'operatore, in particolare il tabulato del traffico voce e connessioni internet corrispondenti al supposto periodo contestato, vale la pena accedere, nei limiti del possibile, ad un approccio di merito onde chiarire alcuni aspetti.

L'istante lamenta che dal maggio 2014 l'utenza mobile xxxxxx044 presentava dei malfunzionamenti che hanno creato enormi danni alla società, impossibilitata a parlare con la clientela.

In punto di diritto 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.

Ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Nella fattispecie, a fronte del dedotto malfunzionamento spettava ad H3G provare di avere fornito il servizio in modo regolare e continuo, nonché di avere svolto tutte le attività necessarie a risolvere il disservizio o che l'inadempimento è dipeso da cause ad essa non imputabili ex art. 1218 codice civile o da cause specifiche di esclusione della responsabilità.

Tale onere probatorio è stato assolto da H3g che ha depositato i tabulati di traffico generato dall'utenza mobile oggetto di controversia, tabulati utili ad escludere quantomeno un'interruzione totale del servizio.

Ma vi è di più . Pare opportuno nel caso in esame richiamare taluni principi ormai consolidati nella giurisprudenza Agcom e Corecom in tema di malfunzionamenti e copertura di rete in mobilità.

Dalla documentazione depositata dall'istante, non risulta alcun reclamo volto a contestare il malfunzionamento del servizio di telefonia mobile, circostanza non coerente con un periodo di disservizio pari a circa 10 mesi.

Come riferisce lo stesso operatore infatti, l'unica segnalazione presentata dall'istante risale al mese di luglio 2014 e riguardava soltanto la cattiva ricezione del segnale di telefonia mobile in ambiente *indoor*, non più seguita da altre comunicazioni dello stesso contenuto; né agli atti di controversia risulta alcun altro atto, sia pure monitorio, volto a sollecitare alla società la risoluzione del disservizio né risulta alcuna contestazione relativa alle errate fatturazioni.

A tal proposito, la delibera Agcom n. 69/11/CIR, nonché unanime orientamento dell'Autorità in materia, ha ritenuto che "Non 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", (si vedano le delibere nn. 100/12/CIR, 113/12/CIR ed altre).

A prescindere, comunque, dalla presenza di un reclamo formale volto a contestare il disservizio, nel caso di specie, occorre fare riferimento anche alla stessa natura del servizio di somministrazione di telefonia mobile che, così come indicato nelle condizioni generali di contratto e nella carta servizi, consente al titolare la possibilità di fruire del servizio telefonico nella quasi totalità del territorio nazionale ed internazionale, fermo restando che in alcune zone territoriali è possibile che il servizio sia meno efficiente a causa della debolezza del segnale derivante da svariati motivi. Non esiste, al riguardo, alcun obbligo volto a garantire la totale copertura territoriale dei propri servizi, per il quale, in caso contrario, potrebbe essere invocato un qualsivoglia tipo di inadempimento.

Tanto premesso, si ritiene, pertanto, che le richieste della parte istante aventi ad oggetto lo storno delle fatture insolute nonché la corresponsione di un indennizzo per il malfunzionamento del servizio di telefonia non meritino accoglimento, stante non solo l'impossibilità di accertare l'"an", il "quomodo" ed il "quantum" del verificarsi del disservizio, come anticipato al punto precedente, ma anche per difetto di reclamo, in quanto è evidente che, in assenza di

segnalazione da parte del cliente, il gestore non può venire a conoscenza del supposto disservizio o di un qualunque altro inconveniente riscontrato dal cliente.

3.2 Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, dato il comportamento delle parti e le risultanze probatorie, appare equo compensare le spese, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza della società Veio Center xxx nei confronti della società H3G xxx, con compensazione delle spese del presente procedimento.
2. 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.
3. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
4. 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, 21 aprile 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto