

Co.Re.Com. Cal/Rep

DETERMINA DIRETTORIALE N. 108 DEL 13/07/2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
(Mangiarano xxx c/ Fastweb – n. xxx)

IL DIRETTORE

VISTI:

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";

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;

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

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" ed, in particolare, l'art. 19, comma 6, che così recita: *"la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente 500,00 (cinquecento/00) euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Direttore, salvo nei casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, che possono essere rimessi alla decisione dell'Organo Collegiale"*;

il Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, adottato con delibera n. 73/11/CONS. del 16 febbraio 2011;

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com" e successive modifiche. ed integrazioni;

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);

DATO ATTO della deliberazione Co.Re.Com. Calabria n. 234 del 17 luglio 2014, con cui il Comitato ha conferito al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all'adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (*cinquecento/00*) euro, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, sopra citata;

RICHIAMATO il punto III.5.5. dell'Allegato alla delibera AgCom 276/13/CONS "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", secondo cui: *"al fine di determinare il valore della controversia per l'applicazione della procedura semplificata di cui all'art. 19, comma 7, si avrà riguardo al valore del decisum, e non di quanto dichiarato all'atto dell'istanza. Pertanto, seppure l'utente chieda una somma superiore come indennizzo per il disservizio subito, se l'importo effettivamente liquidato è inferiore ad euro cinquecento, si provvederà con determina direttoriale"*;

VISTA l'istanza, acquisita al prot. n. 52467 del 12 dicembre 2014, con cui il ricorrente in oggetto ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società in epigrafe, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, di seguito "Regolamento";

VISTA la nota del 17 dicembre 2014, prot. n. 53128, con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

VISTA la nota pervenuta in data 13 gennaio 2015, con cui la Società resistente ha prodotto la memoria difensiva nel termine di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento;

VISTE le controdeduzioni prodotte dal legale del ricorrente in data 22 gennaio 2015, acquisite al prot. n. 2922;

RILEVATO, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, che il modello GU 14 presentato dall'odierno istante attiene a: 1) disservizio per malfunzionamento/interruzioni del servizio, linea voce /adsl ; 2) ritardata migrazione.

In particolare, l'istante ha lamentato la: *"... ritardata migrazione dell'utenza, la quale avrebbe dovuto migrare in Fastweb nell'ottobre 2014"*, specificando che: *"...in seguito all'attivazione i servizi sono stati malfunzionanti e interrotti. I disservizi hanno costretto l'istante all'attivazione in Telecom"*.

Il tentativo di conciliazione, promosso dall'utente in relazione alla controversia *de qua*, si è concluso con il mancato accordo delle parti, come da verbale di mancata conciliazione del 5 dicembre 2014, in atti.

L'istante chiede un provvedimento di definizione della controversia che condanni l'operatore al riconoscimento dell'indennizzo in ragione dei sopra indicati disservizi, oltre che al rimborso delle spese per l'espletamento della presente procedura.

La società resistente, tempestivamente costituita, respinge ogni addebito, eccependo, preliminarmente, l'inammissibilità delle richieste formulate con l'istanza di definizione della controversia, nella parte in cui queste non siano coincidenti con le richieste avanzate in fase di tentativo obbligatorio di conciliazione.

Nel merito, la resistente *in primis* evidenzia *"l'incongruenza tra quanto riportato in GU14 e quanto riportato nel GU5 dove si afferma che dl mese di ottobre vi sarebbero dei malfunzionamenti e interruzioni (...) l'attivazione dei servizi parte dal 16 ottobre 2014, come dalla schermata che si allega. Relativamente ai malfunzionamenti precisa che: "... nessun reclamo è pervenuto a Fastweb (...) l'unico intervento... ha riguardato il ribaltamento delle prese in fase di pre attivazione, ribaltamento previsto in modalità Self ...effettuato a mezzo del tecnico fastweb (...). In merito alla richiesta di migrazione ... a seguito di contatti telefonici il signor Mangiarano ha confermato la sua volontà di migrare presso altro gestore ... non corrisponde al vero quanto si sostiene che non si è provveduto ad inviare il codice di migrazione ... presente in fattura. Ad oggi Telecom non ha mai inviato richiesta per la migrazione della numerazione del signor Mangiarano ..."*

In conclusione, la società resistente respinge ogni addebito, insistendo per il rigetto integrale delle richieste di parte istante.

PRELIMINARMENTE, deve dichiararsi l'inammissibilità della domanda del ricorrente per ritardata migrazione, dal momento che la richiesta non è stata oggetto di precedente tentativo obbligatorio di conciliazione, come si evince dal verbale di mancato accordo del 5 dicembre 2014, agli atti;

Quanto al comportamento delle parti, valutabile ai fini della liquidazione delle spese di procedura, si rileva che entrambe hanno aderito al tentativo di conciliazione, senza raggiungere l'accordo, e che all'udienza di discussione l'istante, regolarmente convocato, non compariva, dunque, il fascicolo veniva ritirato dal Responsabile del procedimento per la decisione.

NEL MERITO, alla luce degli elementi emersi nel corso dell'istruttoria, nel caso di specie, il ricorrente chiede l'indennizzo al gestore, per i disagi subiti a causa del malfunzionamento della linea voce e adsl, ma non descrive in maniera chiara e precisa i fatti. Difatti, non indica il periodo in cui si sarebbe verificato il malfunzionamento, si limita a dichiarare genericamente che: *"... in seguito all'attivazione i servizi sono stati malfunzionanti e interrotti ..."*, né agli atti risultano segnalazioni e/o reclami scritti relativi al disservizio.

Nel caso di specie, a quanto riferisce il ricorrente, non si è trattato di un'interruzione del servizio, perché ne ha continuato a fruire, seppure con modalità parzialmente diverse da quelle attese.

In base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ed al principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. 11 novembre 2008, n. 26953, Cass. 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. 20 gennaio 2010 n. 936), 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.

Di conseguenza, nel caso in cui l'utente lamenti disservizi e problematiche di connessione, spetta all'operatore provare di aver fornito i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzione e di essere tempestivamente intervenuto per risolvere le problematiche.

A tal proposito, si richiama l'art. 1175 c.c., il quale impone sia al debitore sia al creditore di comportarsi secondo le regole della correttezza e di buona fede, per le quali ognuno ha l'obbligo di salvaguardare l'utilità dell'altro, nei limiti di un sacrificio apprezzabile. Dunque, da una parte, il debitore deve eseguire tutte quelle prestazioni necessarie per realizzare compiutamente l'interesse del creditore, mentre, dall'altra, il creditore è tenuto a quella cooperazione che è d'uso tra persone corrette, per facilitare al debitore l'adempimento, o almeno per evitargli inutili aggravii.

Assolvendo all'onere di reclamo, gli utenti potranno dimostrare di aver agito con diligenza e potranno validamente eccepire l'inadempimento contrattuale della controparte, invocando tutte le tutele offerte dalle norme in materia.

Tanto premesso, pur avendo ben chiaro il principio espresso dall'art. 3, comma 4, della delibera Agcom n. 179/03/CSP, secondo cui gli organismi di telecomunicazione sono tenuti ad erogare i servizi dedotti in contratto in modo regolare, preciso e senza interruzioni, non può sottacersi che l'istante, nel caso de quo, non è riuscito a fornire alcun elemento di prova a sostegno dell'esistenza dei disservizi lamentati, come, ad esempio, una richiesta di ripristino del servizio formulata al momento dell'asserito malfunzionamento dei servizi, che possa avallare l'attendibilità della richiesta.

Di converso, Fastweb, per i principi sopra richiamati di buona fede nell'esecuzione del contratto, fornisce i dettagli del traffico telefonico effettuato comprovanti la regolarità dell'utilizzo del servizio (disponibile negli archivi Fastweb, tra la data di attivazione e la fine del mese di ottobre 2014).

Relativamente, al malfunzionamento, si richiama anche la nota del 7 gennaio 2015, prot. n. 241, con cui questo Co.Re.Com. , dopo un'attenta analisi della memoria prodotta dall'operatore, ha proceduto all'archiviazione dell'provvedimento temporaneo, presentato in data 15 dicembre 2014, dall'odierno istante. In tale occasione la Fastweb ha dichiarato che: *"i servizi hanno sempre funzionato regolarmente; nei sistemi non vi è alcuna segnalazione di malfunzionamento dell'utenza in oggetto"* , fornendo come supporto probatorio la schermata del traffico telefonico.

In ragione di quanto appena espresso, non ravvisando, nella condotta dell'operatore convenuto, alcuna responsabilità da inadempimento contrattuale per i fatti qui contestati, si deve concludere per l'infondatezza dell'istanza di definizione e per il rigetto della richiesta di indennizzo per malfunzionamento.

RITENUTO che, ai sensi dell'art. 19, comma 6 del Regolamento di procedura, nella quantificazione di rimborsi ed indennizzi, deve tenersi conto *"del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione"* ed, altresì, 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..., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione"*;

RITENUTO che, nel caso di specie, non ricorrono le condizioni per il rimborso delle spese di procedura;

Per tutto quanto sopra esposto

DETERMINA

Per i motivi riportati in premessa, che qui si confermano integralmente:

- 1) Il rigetto della domanda di indennizzo per malfunzionamento, avanzata dal sig. **Mangiarano M.** con l'odierna istanza di definizione nei confronti di Fastweb S.p.A. ;
- 2) E' in facoltà del ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;
- 3) Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Regolamento *"il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità"*, come disposto dall'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259";

- 4) La presente determina 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 decreto legislativo 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

Reggio Calabria, 13 luglio 2015

Il Responsabile del Procedimento
Avv. Antonia Repaci

Il Direttore del Co.Re.Com. Calabria
Avv. Rosario Carnevale