

CO.RE.COM. CAL/RIP

DELIBERAZIONE N. . 20 del 18-04-2019

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Mazzola xxxxx c/ Netoip.com xxxxx - n. utenza 0965xxxxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 18 aprile 2019 , svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Rotta Dott. Giuseppe	Presidente
Cileone Avv. Massimiliano	Vicepresidente
Santacroce Avv. Frank Mario	Segretario

e l'Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com; 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;

il 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- Corecom" e succ. modif. ed int.;

l'Accordo quadro del 28 novembre 2017 tra l'Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall'Autorità con delibera 395/17/CONS;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Co.Re.Com Calabria in data 19/21 dicembre 2017;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons. del 19 aprile 2007, "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti", di seguito "Regolamento";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori", di

seguito "Regolamento indennizzi";

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";

VISTA l'istanza, acquisita al prot. n. 13569 del 16 marzo 2018, 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 22 marzo 2018, prot. n. 14378, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di ciascun procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

Visti gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato quanto segue:

1. La posizione del ricorrente

L'istante si è rivolto al Co.Re.Com. e, dopo aver esperito il tentativo di conciliazione con esito negativo, ha depositato un'istanza di definizione della controversia, riferita alla propria utenza telefonica fissa, tipologia residenziale, con cui ha affermato quanto segue:

"L'istante, in data 04.05.2015 aderiva ad una proposta commerciale ...omissis...con il Gestore...omissis.....Proprio la possibilità di fruire dei servizi internet lo induceva ad accettare l'offertaomissis..... Sin dall'attivazione dei servizi (precisamente a far data dal mese successivo), però, si iniziavano a manifestare i primi disservizi, atteso che sia la fonia che l'adsl funzionavano sporadicamente, palesando quotidiane disconnessioni sulla linea internet ed altrettanti problemi alla linea telefonica che, di fatto, era totalmente assente, salvo casi sporadici in cui l'utenza era raggiungibile dall'esterno, ma non era possibile effettuare telefonate.

In sostanza, sin dall'attivazione, ogni mese l'istante si trovava costretto a reclamare con cadenza settimanale i citati disservizi (non potendo migrare verso altri Gestori, che non erano nelle condizioni di garantirgli il servizio adsl!), che venivano risolti solo a distanza di svariati giorni, tanto che di fatto nell'arco del mese, i servizi risultavano funzionanti per circa 15 giorni, con altrettanti giorni di disservizio.

Tutti i citati malfunzionamenti, sin dal mese di luglio 2017, si trasformavano ex abrupto in vere e proprie sospensioni di tutti i servizi che si manifestavano, precisamente, dai primi giorni dello stesso mese di luglio 2017 e fino a giorno 8 settembre 2017, per poi essere riattivati fino allo 08.11.17, a far data dal quale, il servizio fonia non funzionava più, mentre quello internet solo saltuariamente.

Vani si rivelavano tutti i reclami sporti, come ad esempio quello del 23.11.2017, nell'ambito del quale l'istante si accordava con il Gestore per lo storno delle fatture che avrebbe dovuto saldare per il periodo in cui i servizi non avevano funzionato ed il ricalcolo dei canoni previsti per i periodi di malfunzionamento solo che, in luogo degli importi pattuiti e ricalcolati, il Gestore inviava fatture con gli importi previsti da contratto, senza ricalcoli di sorta. Anche in detta occasione, ...omissis...veniva sporto nuovo reclamo, con contestazione delle relative fatture che, però, non otteneva alcun riscontro, se non l'arbitraria e mai comunicata disattivazione di tutti i servizi per motivi amministrativi (anche se, ad onor del vero, la fonia era sospesa già dallo 08.11.17, mentre la connessione adsl funzionava solo saltuariamente), in virtù della morosità che si era generata.

Ad oggi, pertanto,omissis.... entrambi i servizi sono sospesi, ma Netvoip.com XXX continua ad emettere fatture ...omissis...."

Per quanto appena esposto, l'istante ha così esplicitato le proprie richieste:

- 1) "immediata disattivazione dell'utenza senza oneri e/o costi";
- 2)" rimborso importi non dovuti, ovvero quelli richiesti nonostante i citati malfunzionamenti c/o sospensioni/interruzioni dei servizi";
- 3) "storno eventuale posizione debitoria";
- 4) "indennizzi per le violazioni denunciate;omissis...";

5) "spese legali".

Con una prima memoria di replica del 27 aprile 2018, parte istante ha osservato quanto segue:

" In via preliminare non si può non segnalare una discordanza tra la documentazione menzionata da controparte nel corpo della pec ricevuta in data 21.04.2018 e gli allegati effettivamente presenti.omissis..... Sono, viceversa, fisicamente assenti gli allegati indicati ai nn.ri da 1 a 7, con tutto ciò che ne consegue in termini di irricevibilità della memoria (in mancanza di procura alle liti) e dei relativi allegati non fisicamente presenti...omissis.....Ad abundantiam, ove mai per qualsivoglia ragione tale eccezione non venisse ritenuta meritevole di accoglimento, emergerebbe in maniera lampante la lesione del diritto di difesa dell'istante atteso che, anche l'eventuale deposito tardivo della documentazione succitata, avverrebbe in violazione dei termini concessi dal Co.re.com adito, quindi a pena di irricevibilità e, in ogni caso, comporterebbe per l'istante l'impossibilità di contestarne il contenuto, essendo – detto deposito – effettuato oltre i termini previsti per le ulteriori repliche. In sostanza, sin dall'attivazione, ogni mese l'istante si trovava costretto a reclamare con cadenza settimanale i citati disservizi (non potendo migrare verso altri Gestori, che non erano nelle condizioni di garantirgli il servizio adsl), che venivano risolti solo a distanza di svariati giorni, tanto che – di fatto – nell'arco del mese, i servizi risultavano funzionanti per circa 15 giorni, con altrettanti giorni di disservizio.

Tutti i citati malfunzionamenti, sin dal mese di luglio 2017, si trasformavano – ex abrupto – in vere e proprie sospensioni di tutti i servizi che si manifestavano, precisamente, dai primi giorni dello stesso mese di luglio 2017 e fino a giorno 8 settembre 2017, per poi essere riattivati fino allo 08.11.17, a far data dal quale, il servizio fonia non funzionava più, mentre quello internet solo saltuariamente.

Vani si rivelavano tutti i reclami sporti, come ad esempio quello del 23.11.2017, nell'ambito del quale l'istante si accordava con il Gestore per lo storno delle fatture che avrebbe dovuto saldare per il periodo in cui i servizi non avevano funzionato ed il ricalcolo dei canoni previsti per i periodi di malfunzionamento solo che, in luogo degli importi pattuiti e ricalcolati, il Gestore inviava fatture con gli importi previsti da contratto, senza ricalcoli di sorta.

Anche in detta occasione – ovvero a seguito della ricezione delle fatture emesse per detti periodi – veniva sporto nuovo reclamo, con contestazione delle relative fatture che, però, non otteneva alcun riscontro, se non l'arbitraria e mai comunicata disattivazione di tutti i servizi per motivi amministrativi (anche se, ad onor del vero, la fonia era sospesa già dallo 08.11.17, mentre la connessione adsl funzionava solo saltuariamente), in virtù della morosità che si era generata. ...omissis..... Ad oggi, pertanto, nonostante disservizi, interruzioni, malfunzionamenti, reclami (alcuni dei quali allegati al formulario UG) e accordi inevasi con il Gestore, entrambi i servizi sono sospesi, ma Netvoip.com S.r.l. continua ad emettere fatture, pur non garantendo – alla stregua di quanto fatto ab initio – la fornitura di tutto quanto contrattualmente previsto....omissis..... Il Gestore, infatti, da un lato conferma i disservizi dell'agosto 2017 e quelli a partire dal 10 novembre 2017, mentre dall'altro segnala che gli altri sono "[...] infondatamente indicati ...omissis...di cui non vi è dimostrazione....omissis..... sarebbe stato più opportuno limitarsi a documentare, mediante il deposito del retro-cartellino, l'eventuale assenza di reclami su disservizi e/o malfunzionamenti di sorta, oggettivizzando valutazioni che, in quanto tali, viceversa, lasciano il tempo che trovano. Valutando, ora e nel merito, la quaestio che ci occupa, ovvero i disservizi segnalati dall'istante, appare paradossale come quelli indicati da controparte siano gli unici in grado di – ovviamente ad avviso del Gestore e non di chi scriveomissis..... – mandare esente da qualsivoglia responsabilità Netvoip.com, in virtù di svariate ragioni imputabili a terzi o, comunque, per motivi sconosciuti (stante l'assenza della relativa documentazione in allegato alla pec) in grado di giustificarne l'operato.

Orbene, sia nel primo (agosto, rectius da luglio 2017 a settembre 2017), che nel secondo caso (dallo 08.11.2017 in poi) la responsabilità contrattuale è, comunque, imputabile unicamente al Gestore, in quanto, in entrambi i casi, vertendosi in materia di contratti a prestazioni corrispettive, il Gestore aveva l'onere di erogare correttamente e senza interruzioni di sorta i servizi all'utente e non lo ha fatto.

In ogni caso si ribadisce quanto chiarito in narrativa in ordine ai cronici malfunzionamenti anteriori rispetto al periodo indicato dal Gestore nella sua memoria difensiva, tutti segnalati con svariati reclami (alcuni allegati) e che avrebbero ottenuto ulteriore conferma nel caso in cui il Gestore avesse depositato i retro-cartellini.

Rispetto a tutti i citati disservizi non si rinviene da parte del Gestore alcuna indicazione afferente il suo corretto operato (ad esempio il deposito dei retro-cartellini, che avrebbero potuto – eventualmente – dimostrare l'assenza di reclami, ovvero qualunque altro documento idoneo a confermare l'assenza di disservizi o malfunzionamenti), in tal maniera, in virtù di quanto già chiarito in precedenza in termini di onere della prova a suo carico, confermando – a contrario – la veridicità di quanto affermato dall'istante.

Di fatti, in materia di responsabilità contrattuale, la parte che assume l'inadempimento (nel caso di specie, l'istante)

ha il solo onere di dar prova dell'esistenza del contratto e di limitarsi ad allegare l'inadempimento di controparte ovvero l'inesatto adempimento della prestazione, laddove grava sul debitore (Netoip.com S.r.l.) la dimostrazione del fatto estintivo dell'altrui pretesa (cfr. ex multis, Cass. Civ. n. 2387/04).

E', infatti, principio consolidato in dottrina e giurisprudenza, quello in base al 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" (Cass. Civ. n.2387/04). In mancanza di prova, dunque, dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, si presume la responsabilità contrattuale di questi, a meno che lo stesso dia prova rigorosa – ex art. 1218 c.c. – che "l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

Proprio, inoltre, in ordine ai disservizi a far data dal mese di novembre, quanto indicato dal Gestore trova solo parzialmente riscontro nelle comunicazioni inviate all'istante atteso che, solo in una occasione e solo in data 20.12.2017, veniva genericamente affermato che "[...] non dipende da Netoip, nè Netoip può direttamente agire per accelerare il procedimento che è in gestione agli operatori designati da AGCOM [...]". Sorvolando sulla tardività della comunicazione, in ogni caso mai comunicata dal Gestore all'istante la possibilità di avvalersi del recesso anticipato o della possibilità di migrare verso altro Gestore, così come mai propone storni e/o indennizzi che avrebbe DOVUTO corrispondere a prescindere dalla volontà dell'utente, secondo quanto previsto dalla normativa in materia....omissis.... In ogni caso, per mero scrupolo difensivo, si segnala come dette problematiche non possano in alcun modo scriminare la responsabilità del Gestore rispetto a tali malfunzionamenti, in quanto afferenti il rapporto tra il responsabile dell'infrastruttura ed il reseller che sfrutta detta infrastruttura per fornire il proprio servizio e che, pertanto, in alcun modo può essere fatto valere nei confronti dell'istante ma che, al massimo, potrebbe giustificare un'azione in regresso da parte di Netoip.com nei confronti del responsabile dell'infrastruttura. Vi è, ancora, che l'eventuale limitazione della responsabilità, siccome prospettata in questa sede, a carico del Gestore e non può e non potrebbe mai avere alcuna rilevanza nei confronti del sig. Mazzola. Quanto affermato da controparte in ordine all'esclusione di responsabilità in capo al Gestore, infatti, comporterebbe l'esistenza di non meglio identificate clausole di salvaguardia aventi ad oggetto l'esclusione della responsabilità in casi particolari.

Dette **clausole c.d. "vessatorie"**, ancorché non presenti nel contratto stipulato con l'istante, a memoria del dettato normativo di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c., (stante il palese ridimensionamento della responsabilità di una delle parti a discapito dell'altra) "in ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria". ...omissis.... Lascia, inoltre, alquanto basiti il fatto che il Gestore affermi di aver "proposto lo storno del traffico non utilizzato [...]" e che detta proposta sia stata "[...] rigettata dallo stesso poiché ritenuta a suo dire non sufficiente [...]", in quanto assolutamente non in linea con il contenuto di una mail di reclamo (tra le altre cose allegata al formulario GU14) in cui l'istante, nel segnalare (alla data del 23.11.17) l'assenza di linea, riferiva che "[...] contattando l'ufficio amministrativo varie volte ci è stato detto che a causa dei disagi avuti, venivano stornate delle somme dalla bolletta, cosa che a tutt'oggi non è stata fatta! Ahimè tutt'oggi ci vediamo recapitare la nuova bolletta con scadenza 04-12-2017 a prezzo pieno [...]" (cfr. mail del 23.11.2017 allegata al GU14), in tal maniera palesando una realtà incontrovertibile dei fatti, in cui il Gestore si è solo limitato a promettere lo storno senza, però, mai provvedere effettivamente a stornare gli importi non dovuti ma, addirittura, recapitando fatture "a prezzo pieno", nonostante l'assenza dei servizi. ...omissis.... Occorre, altresì, segnalare come, nonostante il deposito in allegato al formulario UG della richiesta di "disdetta utenza telefonica fissa 0965381196" sottoscritta dall'istante e finalizzata ad evitare che detta utenza potesse continuare a generare importi in fattura in mancanza di servizi attivi, ad oggi, il Gestore ha ommesso di fornire indicazioni di sorta in ordine all'espletamento di tale richiesta, di talché, in astratto, la stessa potrebbe ancora generare importi, a fronte di servizi non erogati....omissis....".

Il ricorrente ha quindi insistito per le domande precedentemente spiegate, così precisando le precedenti richieste di indennizzo:

- a. *Malfunctionamento dei servizi a far data dal mese di giugno 2015 e fino al mese di giugno 2017;*
- b. *Sospensione o cessazione del servizio a far data dal mese di luglio 2017 e fino allo 08.09.2017 e dallo 08.11.2017 sino alla data di effettiva disattivazione dell'utenza;*
- c. *Mancata risposta ai reclami, da calcolarsi nell'importo massimo pari ad € 300,00".*

Con successiva memoria, il ricorrente ha controbattuto le repliche dell'operatore, ribadendo la violazione al proprio diritto di difesa "non essendo stato messo nelle condizioni di esaminare alcuni dei documenti menzionati ma – lo si ribadisce – mai allegati".

2. La posizione dell'operatore

La società resistente, tempestivamente costituita, ha respinto ogni addebito specificando quanto segue:

"In merito al disservizio lamentato dal Sig. Mazzola, di cui all'istanza, è doveroso fare una distinzione fondamentale: occorre distinguere tra il disservizio dell'agosto 2017 e quello occorso a partire dal 10 novembre 2017.

Infatti nessuno nega che vi siano stati entrambi i disservizi, a differenza degli altri precedenti infondatamente indicati ...omissis... di cui non vi è dimostrazione se non un ticket risolto del 17 gennaio 2017.

Tuttavia per quanto riguarda il disservizio di Agosto, si può e si deve dire che Netoip, avvalendosi di rete e servizi forniti da Digitel Italia Spa, non ha potuto tecnicamente intervenire per risolvere il guasto dovuto a incendio alla centrale e ad attraversamento di animali occorso alla rete se non sollecitando ripetitivamente il proprio fornitore.

Dato atto di ciò è doveroso altresì chiarire che al Mazzola è stato proposto lo storno del traffico non utilizzato, proposta rigettata dallo stesso poiché a suo dire non sufficiente, con rifiuto da parte dello stesso di eseguire ulteriori pagamenti.

Ciò ha inevitabilmente comportato il blocco amministrativo – AUTOMATICO – dei servizi internet, mentre la fonia è stata sempre e con regolarità funzionante sino agli eventi del 10 novembre.

A partire dal blocco l'Utente non ha corrisposto alcun pagamento, negando qualsivoglia riscontro alle comunicazioni dell'operatore.

A riprova di quanto sostenuto si producono le stampate delle e-mail interne dell'operatore e il modulo che non è mai stato rimandato indietro firmato dal Mazzola, contenente 3 mesi di storno fonia (all. 2 e 3).

Ciò premesso si ritiene pertanto che le richieste di indennizzo e risarcimento per periodi anteriori all'Agosto 2017 siano complessivamente inammissibili e quindi da rigettarsi, poiché generiche e non dimostrate, mentre per i 22 giorni di disservizio dell'Agosto 2017, comunque dovuto a cause di forza maggiore indipendenti da Netoip quali un incendio (all. 4) e un danneggiamento di rete dovuto alla fauna selvatica, e ribadito il fatto che in qualità di reseller Netoip nulla poteva dovendosi affidare a Digitel in qualità di fornitore e gestore diretto dei servizi, Netoip produce nota di credito 85/2018 del 20/02/2018, contenente lo storno dei servizi fonia dal 01 settembre 2017 al 03 marzo 2018 (ricordiamo che nei mesi di settembre e ottobre 2017 i servizi fonia hanno comunque regolarmente funzionato).

Tanto dimostra, laddove ve ne sia bisogno, che l'Operatore si è compiutamente adoperato ai fini del contenimento del disservizio, in ottica di buona fede e diligenza negoziale.

Per ciò che attiene il disservizio del successivo mese di novembre, vicenda che dovrebbe essere ormai nota altresì al CORECOM intestato, attiene alla responsabilità di terze parti in base alla quale Netoip è stata vittima di una gravissima condotta che ha causato disagi, patiti da tutti gli altri resellers serviti da Digitel Italia, fatti per cui in data 15/11/17 vi è stato l'intervento mirato dell'Autorità Garante per le Telecomunicazioni, la quale con apposito provvedimento presidenziale n. 27/17/PRES, il cui contenuto, ratificato con delibera 429/17/CONS, ha sancito in maniera inequivoca l'assenza di qualsivoglia responsabilità in capo ai resellers, tra cui la mia Patrocinata, stabilendo altresì le modalità di migrazione dell'utenza disservita....omissis...

La richiesta del Mazzola, discende pertanto dai fatti di cui al 10 novembre scorso, e l'operatore Netoip.com non può che ribadire, in qualità di parte offesa nella vicenda esposta, di aver operato nella più totale buona fede e di aver posto in essere ogni comportamento utile ad ovviare ai disagi verificatisi per causa ad esso reseller non imputabile, favorendo le migrazioni dei recapiti dei propri utenti.

Nel merito Netoip.com non può che ribadire la propria totale estraneità ai fatti contestati, come peraltro già comunicato direttamente in più occasioni alla propria Utente, tra cui il Mazzola stesso, nonché attraverso apposito Comunicato Stampa diramato lo scorso 17 novembre 2017 sui quotidiani locali e sulle testate online (all. 9).

Nel caso di specie il Sig. Mazzola non ha inteso aderire alle proposte risarcitorie di composizione bonaria avanzate da Netoip.com, preferendo negare il pagamento dei servizi, erogati e non, così sancendo la propria morosità.

Ad ogni modo Netoip ha provveduto ad emettere una nota di credito in favore del ricorrente relativa al periodo in cui la stessa non ha fruito dei servizi di fonìa.

Le ulteriori richieste economiche del Mazzola non possono essere accolte, in quanto relative ad un disservizio di cui Netoip.com non è assolutamente responsabile, e pertanto vanno dichiarate inammissibili dallo stesso Corecom.

Per quanto sopra, l'operatore ha chiesto il rigetto di ogni richiesta avanzata da parte ricorrente, oltre alla sospensione del procedimento, in quanto la controversia riguarderebbe la vicenda Tim-Digitel, avendo Netoip.com, in qualità di reseller, ottemperato ad ogni suo onere ed obbligo afferente la procedura di migrazione, ed avendone sostenuto costi e spese, non riaddebitati al Cliente, ma stornati per i giorni disserviti.

Con una memoria di replica del 30 aprile 2018, l'operatore ha osservato quanto segue: "La difesa scrivente rileva in via preliminare di aver compiutamente inoltrato tutti gli allegati indicati nella pec della propria memoria difensiva del 21 aprile u.s., e di ciò ne è riprova la ricevuta di avvenuta consegna, che peraltro è stata inoltrata al medesimo CO.RE.COM. Sarà agevole per l'organismo destinatario della Pec riscontrare che gli allegati inoltrati siano stati effettivamente e fisicamente presenti assieme con la memoria stessa....omissis.... Per quanto attiene ai fatti per cui è causa, è innegabile che vi siano stati eventi tali da gravare non solo sul reseller Netoip, ma su un numero elevatissimo di utenti, tale disservizio ha assunto i connotati di una vera e propria emergenza dalla gravità tale da dover essere gestita direttamente dall'Autorità Garante stessa.

Il Garante ha giustamente accentrato su di sé le modalità di rientro e di definizione del caso Tim/Digitel, sancendo che in ogni caso i resellers non possono essere dichiarati a nessun titolo responsabili per quanto accaduto....omissis....Non si condivide pertanto la dialettica avversaria che vorrebbe la condanna a livello contrattuale per il gestore, atteso che il codice civile prevede espressioni di responsabilità – anche contrattuale – segnatamente all'art. Art. 1256 c.c. **Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea** – che cita testualmente che: L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.

Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla...omissis....

Per quanto attiene ai fatti precedenti non sono stati provati né dimostrati gli inadempimenti, la gravità, la durata o la frequenza degli stessi, d'altro canto non risultano contestazioni del Mazzola precedenti alla pec del settembre 2017 in atti.

Vi è infine da rimarcare fermamente che Netoip ha in più occasioni informato il Mazzola di quanto stesse accadendo, ciò è pacifico poiché non solo è stato diramato un comunicato stampa, ma Netoip ha informato direttamente ogni utente di quanto stesse accadendo, in maniera tempestiva, esaustiva e senza nulla nascondere, anche al fine di evitare "una fuga di massa" dell'utente verso altri operatori.....omissis..... Al Mazzola è stato anche offerto uno sconto commerciale, con lo storno ovvio e logico dei servizi non goduti, ma è stato lo stesso a declinare le varie offerte, per ottenere un risarcimento maggiore".

Per quanto sopra, l'operatore ha chiesto il rigetto di ogni richiesta avanzata da parte ricorrente.

3.Motivazione della decisione

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

La decisione è frutto di un'adeguata comparazione dei documenti prodotti e delle correlative allegazioni con i rispettivi oneri probatori.

In estrema sintesi, l'istante chiede l'immediata disattivazione dei servizi, senza costi, il rimborso e/o lo storno degli importi fatturati durante i malfunzionamenti e le interruzioni dei servizi, nonché gli indennizzi.

Preliminarmente si rammenta che, durante la vigenza del vecchio regime procedurale – secondo l'indirizzo maggioritario a cui questo Co.re.com. intende conformarsi – l'ordine del *facere* esulava dall'ambito della pronuncia

di definizione, incontrando il proprio limite nel Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie, potendo l'Autorità condannare solo all'effettuazione di storni, di rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi. Restava ferma la possibilità di ottenere il ripristino dei servizi, attraverso la procedura di urgenza avviata nell'ambito del procedimento di conciliazione o di definizione.

Pertanto, dovendosi applicare *ratione temporis* la delibera 173/07/CONS, viene dichiarata inammissibile la domanda *sub a)*, avuto riguardo alla richiesta di disattivazione.

Sempre in via preliminare, va rigettata l'eccezione di irricevibilità sollevata da parte ricorrente. I documenti sono stati depositati e la comunicazione a controparte non è adempimento previsto a pena di irricevibilità. D'altronde, ai sensi dell'art. 16, co. 3. Delibera 173/07/CONS, allegato a, "*i documenti depositati nel corso del procedimento sono integralmente accessibili dalle parti in causa...omissis...*". Pertanto, ove l'istante avesse voluto, avrebbe potuto chiedere al Co.Re.Com. copia degli allegati, essendo a conoscenza della loro esistenza dal primo giorno utile, avendo ricevuto la memoria di Netoip il 21 aprile 2017. Né tantomeno, parte ricorrente ha chiesto una remissione in termini, dimostrando solo un interesse alla declaratoria d'irricevibilità dei documenti, piuttosto che alla loro conoscenza.

Va altresì rigettata la richiesta preliminare del gestore di sospensione del procedimento per i fatti di Tim-Digitel, in quanto l'Agcom ha preso posizione sulla vicenda, e la pratica è definibile nel merito.

Ciò doverosamente premesso, quanto al malfunzionamento, per le ripetute interruzioni dei servizi, la domanda è accoglibile, ma va delimitata a un arco temporale più circoscritto, e al solo servizio adsl.

L'istante lamenta disservizi a partire dal 4 maggio 2015, data di attivazione dell'utenza, affermando di aver proposto innumerevoli reclami. I disservizi, come accennato, si sarebbero manifestati con ripetute interruzioni dei servizi fonia e adsl. Tuttavia, la domanda non è suffragata da documentazione idonea a rendere pienamente condivisibili tali doglianze. In particolare, non risulta alcun tracciamento, scritto o verbale, di contestazione e/o reclamo di disservizio, da parte dell'istante, riferito al periodo antecedente al 17 gennaio 2017, né è presente alcun atto, sia pure monitorio, volto a sollecitare la società telefonica alla risoluzione del disservizio. Nella fattispecie, l'utente pur lamentando disservizi da maggio 2015, omette totalmente di indicare finanche gli estremi delle segnalazioni asseritamente eseguite. In presenza di un malfunzionamento, l'intervento del gestore è doveroso ed è esigibile purché venga segnalato il disservizio. L'onere della prova della risoluzione del guasto ricade sì sul gestore, ma al cliente incombe quello della segnalazione del problema, come peraltro sancito in sede contrattuale. In mancanza di tale allegazione, quanto dedotto dall'utente resta una mera affermazione generica, inidonea a sostenere l'addebito di una responsabilità nei confronti dell'operatore.

Il principio risulta esplicito da copiosa produzione definitiva: "*nel merito della domanda si rileva che dalla documentazione acquisita agli atti non risulta alcun tracciamento, scritto o verbale, di segnalazione e/o reclamo di disservizio da parte dell'istante antecedente alla richiesta di adozione di provvedimento temporaneo presentata al Corecom Emilia Romagna in data 13 maggio 2009 dal rappresentante dell'istante; pertanto, è da considerarsi fondata l'argomentazione della società xxxx xxxx secondo la quale la società medesima, ancor prima dell'intervento del Corecom, in assenza di un atto di impulso di parte, non poteva certamente conoscere la sussistenza di un disservizio. Inoltre dalla scarsa documentazione prodotta in copia dalla parte istante si deve evidenziare che non emergono elementi probanti e circostanziati, tali da rendere condivisibili le asserzioni mosse dalla parte istante medesima. La società xxxx xxxx, nel corso dell'istruttoria, ha prodotto copia del contratto stipulato dall'istante, nonché la fatturazione con relativo dettaglio del traffico generato dall'utenza nel periodo in contestazione dalla cui disamina, in assenza di segnalazione di guasto e stante l'impossibilità di accertare l'"an", il "quomodo" ed il "quantum" del verificarsi del disservizio, non emergono gli estremi per la liquidazione di un indennizzo"* (DELIBERA n. 38/12/CIR – v. anche DELIBERA n. 92/15/CIR).

Tanto precisato, è presente in atti una comunicazione dell'operatore, risalente al 17 gennaio 2017, in relazione ad una segnalazione del ricorrente, con cui lo stesso ha lamentato l'assenza di linea internet ("il cliente lamenta l'assenza di linea internet"). L'operatore non disconosce la comunicazione, ma afferma di aver risolto il guasto nei termini, senza produrre documentazioni a supporto di quanto dedotto. Tale carenza istruttoria, in conformità ai criteri di ripartizione del carico probatorio, rende preferibile la versione dell'utente, circoscrivendo l'indennizzo al solo servizio adsl. Per escludere la propria responsabilità l'operatore avrebbe dovuto esibire copia del retrocartellino o dei tabulati rivolti a comprovare la risoluzione del guasto o la presenza del servizio.

Sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti, si giunge, quindi, a comporre gli interessi in conflitto, avvalendosi dei principi di ripartizione del carico probatorio concretamente applicati nel processo civile. In particolare, secondo giurisprudenza pacifica, l'onere della prova, in tema di fornitura del servizio nell'ambito del settore delle telecomunicazioni è ripartito tra utente (creditore) e gestore (debitore) in tal senso: "*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 si è 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" (Cass. Civ. n.2387/04 e 936/10). Il nodo va sciolto, quindi, alla luce dell'anzidetto criterio di ripartizione del carico probatorio e tenuto conto delle risultanze istruttorie. A fronte, pertanto, della puntuale deduzione dell'utente di una mancata o inesatta erogazione del servizio, sarebbe stato onere del gestore contestare l'affermazione dimostrandone la fornitura, ovvero provare – sempre ex art. 1218 c.c. – che l'inadempimento o il ritardo fosse stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile allo stesso operatore..

Nel caso di specie, l'operatore non ha offerto prova atta ad escludere la propria responsabilità e, dunque, va accolta la domanda del ricorrente.

Circa il periodo indennizzabile, il *dies a quo* è rinvenibile nel 17 gennaio 2017, in cui è stato segnalato un malfunzionamento, che comunque non ha comportato la totale inutilizzabilità del servizio, essendosi alternato con periodi in cui la linea adsl è stata presente, mentre quanto al *dies ad quem* parte ricorrente riferisce che il disservizio è perdurato sino a tutto il mese di giugno 2017, per un totale di 164 gg.

Andrà, quindi, riconosciuto in favore dell'utente, ai sensi dell'art. 4 della delibera 73/11/CONS, un indennizzo per il malfunzionamento del servizio adsl nella misura di € 2,50 *pro-die*, con riconoscimento della somma di € 410,00 (quattrocentodieci/00).

Sull'assenza totale dei servizi voce e adsl dall'8 luglio all'8 settembre 2017, la domanda è accoglibile, con le seguenti precisazioni.

L'accadimento è fatto pacifico; entrambe le parti sono concordi nel riferire l'esistenza di un disservizio, sebbene non concordino sulla durata.

L'istante riferisce di aver subito i disservizi nel predetto periodo, mentre l'operatore circoscrive il disservizio a 22 giorni di agosto. Sennonché, lo stesso operatore si contraddice, inviando un articolo riferito ad un incendio verificatosi il 7 luglio nella zona di residenza dell'utente. A propria discolpa il gestore deduce che, avvalendosi di rete e servizi forniti da Digitel Italia Spa, non ha potuto tecnicamente intervenire per risolvere il guasto – dovuto a incendio alla centrale e ad attraversamento di animali – se non sollecitando ripetutamente il proprio fornitore, ma non produce copia di tali solleciti, né di avere esaurito le attività di propria competenza. In linea generale, si evidenzia che l'obbligo di fornitura del servizio di telefonia, sebbene non adempiuto, può comunque non dare luogo ad ipotesi di responsabilità per il debitore, nel caso in cui l'evento impeditivo dell'obbligo di erogazione del segnale dipenda da causa a lui non imputabile o a forza maggiore. Tuttavia, il gestore ha l'obbligo di documentare l'esistenza di un impedimento e di essersi attivato per assolvere agli adempimenti di propria competenza, quali ad es. i solleciti nei confronti del terzo. Nel caso di specie, quindi, la presunta causa di forza maggiore non è sufficiente a giustificare l'inadempimento del gestore nei confronti dell'utente, non avendo il primo dimostrato di aver adoperato la diligenza richiesta dalle circostanze (es. interlocuzioni con il gestore di rete), né avendo provato la tipologia di guasto (cabine, cavi, etc.) e la tempistica necessaria alla risoluzione dello stesso ai fini di una circoscrizione del periodo di indennizzo.

Dal canto suo, anche il comportamento dell'utente è però censurabile, in quanto egli, pur deducendo di aver reclamato per il disservizio, non dimostra di aver segnalato la problematica. Solo nel successivo reclamo di novembre 2017, egli evidenzia di aver subito un disservizio in estate, ma così facendo, anch'egli si contraddice, riferendo come lo stesso avesse interessato i mesi di agosto e settembre.

Il suo comportamento, pertanto, non risulta conformato al criterio dell'ordinaria diligenza, espressamente richiamato al paragrafo III.5.3. delle *Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*, approvate con delibera n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013, secondo cui "per la liquidazione degli indennizzi, si deve fare attenzione alla possibile applicazione di alcuni principi generali stabiliti dall'ordinamento, come, per esempio, quello di cui all'art. 1227 Cod. civ. sul concorso del fatto colposo del creditore. In altre parole, se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto."

Per le suddette ragioni, atteso che in atti non risulta alcuna segnalazione o reclamo inoltrato dall'utente all'operatore, e tenuto conto della acclarata conoscenza del disservizio da parte di quest'ultimo, l'indennizzo viene ridotto nella misura del 50% di quello dovuto, e decorrerà dal primo agosto all'8 settembre 2017, non avendo

L'utente lamentato di aver subito un disservizio durante il mese di luglio.

Il gestore, infatti, conoscendo il disservizio e non avendo presumibilmente particolari difficoltà ad individuare le utenze interessate (per essere rimasto confinato l'accadimento entro angusti ambiti territoriali e, verosimilmente per Netoip, contenuto in poche utenze), si sarebbe dovuto attivare per compiere le opportune verifiche.

L'utente, da parte sua, invece, non segnalando il guasto può aver contribuito al dilatarsi dei tempi di risoluzione della problematica.

Netoip sarà tenuta, pertanto, alla liquidazione dell'indennizzo di cui all'articolo 5, comma 1 del *Regolamento sugli indennizzi*, secondo il parametro pari a euro 5,00 *pro die* per il numero di 38 giorni, per entrambi i servizi. In considerazione di tutte le circostanze sopra richiamate e in applicazione del citato articolo 1227 c.c. in tema di concorso del fatto colposo del creditore, si ritiene equo liquidare l'indennizzo dovuto ai sensi del *Regolamento sugli indennizzi* nella misura del 50%, con riconoscimento della somma di € 190,00 (centonovanta/00).

Quanto all'interruzione dell'utenza in oggetto, servizi voce e adsl, avvenuta a partire dall'8 novembre 2017, occorre distinguere due periodi. Per il primo, interessato dalla sospensione amministrativa automatica del servizio internet, andrà corrisposto un indennizzo. Al ricorrente era stato proposto lo storno degli addebiti per un servizio non utilizzato durante i periodi interessati dall'incendio, sicché la predetta sospensione, in quanto riferita a delle fatturazioni per periodi in cui non vi è stata la somministrazione della fornitura, non appare legittima. Andrà pertanto riconosciuta in favore di parte istante, la liquidazione dell'indennizzo di cui all'articolo 4, comma 1 del *Regolamento sugli indennizzi*, secondo il parametro pari a euro 7,50 *pro die* per il numero di 2 giorni (8 e 9 novembre 2017), per la sospensione amministrativa del servizio adsl.

Da qui in avanti, la domanda non è accoglibile per le seguenti ragioni.

Il disservizio subito dall'istante è ascrivibile a una causa di forza maggiore, come tale non imputabile alla società convenuta.

Come noto, infatti, a far data dal 10 novembre 2017, Telecom ha interrotto i flussi di interconnessione nei confronti della società Digitel, a causa del persistente stato di morosità di quest'ultima, di conseguenza le società *resellers*, tra cui anche Netoip, non sono da ritenere responsabili dei disservizi ai propri clienti conseguenti alla cessazione dei servizi di Digitel avvenuti prima del 22 dicembre, trattandosi di eventi da essi indipendenti ed assimilabili alla causa di forza maggiore, pertanto, non possono, essere soggetti ad indennizzi ai sensi dell'articolo 2 del *Regolamento sugli indennizzi*.

In ogni caso, poi, l'utente ha esercitato, con nota del 23 novembre 2017, la disdetta del contratto, appalesando una carenza di interesse alla prosecuzione dei servizi con Netoip e dunque allo loro riattivazione. Del resto, la richiesta di disdetta è stata in seguito riproposta, ed è stata spiegata tra le domande rivolte nel presente procedimento per cui alcun indennizzo potrà essere riconosciuto a partire dalla prima manifestazione della volontà.

Nessun indennizzo va altresì riconosciuto a titolo di mancata risposta ai reclami, in quanto quelli del 23 novembre e del 20 dicembre 2017, sono stati riscontrati con e-mail del successivo 20 dicembre. La nota del 15 febbraio 2018, invece, non è corredata da prova di trasmissione e, in ogni caso, è rivolta a formalizzare solo la disdetta contrattuale (precedentemente chiesta per e-mail), in conseguenza dei disservizi già lamentati.

Dovrà quindi essere disposto lo storno o qualora fossero state saldate, il rimborso, di tutte le somme addebitate e fatture emesse con riguardo all'utenza 0965381XXX, dal 7 luglio all'8 settembre 2017, in coerenza con l'assenza di erogazione dei servizi.

Stessa sorte seguiranno tutte le fatture successive al 10 novembre 2017, in coerenza alla problematica accusata per fatto di terzi e alla volontà dell'utente di recedere dal servizio per i ripetuti disagi.

Da ultimo, dovendo valutare il comportamento delle parti ai fini della liquidazione delle spese di procedura, considerata la mancata comparizione di parte convenuta all'udienza di conciliazione, nonché l'infondatezza di diverse domande del ricorrente, ricorrono le condizioni per riconoscere in favore di quest'ultimo la somma di € 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udito il Presidente, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge,

DELIBERA

1) In accoglimento parziale dell'istanza di definizione promossa da Mazzola G.G., con rigetto delle ulteriori domande e per le motivazioni di cui in premessa NetoiP.com S.r.l. è tenuta a:

- a) regolarizzare la posizione amministrativa-contabile del cliente, stornando, ovvero, per gli importi già corrisposti, rimborsando in suo favore (in tal caso a mezzo bonifico bancario o assegno), le somme addebitate, avuto riguardo all'utenza 0965381XXX, dal 7 luglio all'8 settembre 2017 e dal 10 novembre 2017 fino alla definitiva cessazione amministrativa contabile dell'utenza;
- b) corrispondere la somma di € 410,00 (quattrocentodieci/00), a titolo di indennizzo per il malfunzionamento del servizio adsl;
- c) corrispondere la somma di € 190,00 (centonovanta/00), a titolo di indennizzo per l'interruzione completa dei servizi voce e adsl per il periodo dall'1 agosto all'8 settembre 2017;
- d) corrispondere la somma di € 15,00 (quindici/00), a titolo di indennizzo per la sospensione amministrativa del servizio adsl per i giorni 8 e 9 novembre 2017;
- e) corrispondere la somma di € 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso delle spese per l'espletamento della presente procedura.

Con la precisazione, 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 e che le somme riconosciute a titolo di rimborso/indennizzo, dovranno essere versate a mezzo bonifico bancario o assegno;

- 2) la società è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notifica della medesima;
- 3) il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;
- 4) è fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito;
- 5) il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Co.Re.Com. e dell'Autorità (www.agcom.it).

Il Presidente
F.to Dott. Giuseppe Rotta

Il Segretario
F.to Avv. Frank Mario Santacroce

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

Il Direttore
F.to Avv. Rosario Carnevale