

DELIBERA N. 65

**XXX MACRI' / WIND TRE (VERY MOBILE)
(GU14/513250/2022)**

Corecom Calabria

IL COMITATO nella riunione del 10/11/2022;

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 delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, “*Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni - Corecom*” e successive modifiche e integrazioni;

VISTO 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;

VISTA 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;

VISTA l’istanza di XXX MACRI' del 30/03/2022 acquisita con protocollo n. 0107766 del 30/03/2022;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la relazione istruttoria del Responsabile del Procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha lamentato un malfunzionamento della propria linea mobile a partire dal 23 febbraio 2022 fino al successivo 16 marzo. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, ha rappresentato che: *“In data 19 febbraio u.s. ha acquistato un telefono Samsung S21 con la scheda e promozione Wind Tre. In data 23 febbraio la scheda Wind Tre veniva attivata e sin da subito ha creato dei problemi, andava fuori rete. A nulla sono valsi gli innumerevoli reclami riscontrati (...). In alcune ore del giorno la stessa funziona ed in altre ore no. Il numero in questione è il 339 84 99XXX. In data 16.03.2022 è stata sostituita la sim e tutto è stato risolto (servizi voce e dati sono stati ripristinati)”*. In base a tale asserto, ha domandato: 1. l'indennizzo per malfunzionamento del servizio dal 23 febbraio 2022 fino al ripristino del servizio.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione è stato espletato il 30 marzo 2022.

2. La posizione dell'operatore

Nel rispetto dei termini procedurali, la resistente ha fatto pervenire la propria memoria difensiva, con documentazione in allegato, con cui ha chiesto il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, poiché infondate in fatto e in diritto.

In via preliminare ha rilevato che *“in data 19 febbraio 2022 veniva attivata la sim prepagata 3398499XXX con telefono incluso”*. Per di più, ha stigmatizzato la pretesa dell'utente, il quale, benché asserisca d'aver segnalato più volte alla deducente il malfunzionamento della propria sim, non le avrebbe fornito alcuna prova al riguardo. Difatti, avrebbe reclamato solo con l'esperimento del tentativo di conciliazione (9 marzo 2022) e con la relativa richiesta di provvedimento d'urgenza (art. 5 del Regolamento), di pari data. Ancora, ha messo in evidenza che il procedimento cautelare è stato archiviato il 16 marzo 2022, poiché alcuna anomalia è stata riscontrata dal settore tecnico, come emerge dai relativi tabulati telefonici, allegati per provare la regolarità del traffico telefonico nel periodo in contestazione (dal 23 febbraio al 16 marzo 2022).

Nel merito, la resistente ha evidenziato la distinzione tra il servizio di somministrazione di telefonia mobile, rispetto a quella fissa. In particolare, ha sottolineato che con la sottoscrizione del contratto di telefonia fissa, il gestore si obbliga all'esecuzione di una fornitura del servizio presso la residenza o la sede del cliente, per una determinata durata, per cui, in caso di disservizi, ne è responsabile. Nei contratti di telefonia mobile, invece, il gestore non è nelle condizioni di sapere il luogo di esecuzione del contratto. Comunque, assicura e pubblicizza una copertura territoriale dei propri servizi, progressivamente estesa, anche mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie, ma mai certa e totale (ex multis: Delibere AgCom n. 65/16/CIR; n. 69/16/CIR; n.163/16/CIR). In relazione agli obblighi di copertura previsti per gli operatori mobili di cellulari, la resistente ha prodotto la nota del 12 dicembre 2011, prot. n. 101151, del Ministero dello sviluppo Economico – Dipartimento Comunicazione – in cui si certifica

che l'operatore in questione "... ha correttamente adempiuto agli obblighi di copertura all'interno del territorio nazionale ...".

Inoltre, ha richiamato alcune delibere AgCom, relative all'onere della prova che incombe sia in capo all'operatore sia sul cliente, con la segnalazione del disagio tecnico; tra cui, a mero titolo esemplificativo, le Determine Direttoriali nn. 59/15/DIT e 96/17DTC, nonché la delibera 276/13/CONS – approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche - art .5, comma III 5.3, il quale recita: *"... 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"*. Ha richiamato, altresì, l'art. 3, comma II 1.2 (limiti alla proponibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione), delle predette linee guida, per evidenziare la pretestuosità della vertenza.

Con la memoria di replica, l'istante, oltre ad insistere nelle richieste già formulate, ha contestato -ex adverso- le argomentazioni sopra illustrate.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le domande formulate dall'istante non possono essere accolte per le seguenti motivazioni.

L'istante ha lamentato che *"... In data 19 febbraio u.s. ha acquistato un telefono Samsung S21 con la scheda e promozione Wind Tre e che in data 23 febbraio la scheda Wind Tre veniva attivata e sin da subito ha creato dei problemi, andava fuori rete"*. La controversia verte sul malfunzionamento del servizio di telefonia mobile. Dalla documentazione acquisita in atti, non risulta alcun tracciamento - scritto o verbale - di segnalazione e/o reclamo di disservizio da parte dell'istante, relativo al periodo in contestazione. L'istante ha reclamato solo con l'esperimento del tentativo di conciliazione e con la relativa richiesta di provvedimento d'urgenza (art. 5 del Regolamento), di pari data. In assenza di segnalazione da parte del cliente il gestore non può venire a conoscenza del disservizio o di un qualunque altro inconveniente. È vero sì che l'onere della prova della rimozione del disservizio segnalato, ricade sul gestore, ma è inconfutabile che sul cliente grava l'onere della segnalazione del disservizio; in difetto, nessun addebito potrebbe gravare sull'operatore. Di siffatto onere ne è ben consapevole l'utente/cliente. Nel caso in esame, è appena il caso di richiamare i principi della difesa e del contraddittorio disciplinati dagli artt. 115 c.p.c. e 2697 c.c. in base a cui il giudice decide iuxta alligata et probata. Per il che, è necessario porre a base della decisione le circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda e le prove offerte dalle parti (chiunque voglia far valere un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento). In aggiunta, si richiama la delibera Agcom n. 69/11/CIR, nonché l'unanime orientamento dell'Autorità in materia, che stabilisce: *"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).

L'operatore, dal canto suo, a sostegno della propria tesi difensiva, ha prodotto il dettaglio del traffico telefonico, relativo al periodo in contestazione, da cui emerge la fruizione del servizio con la presenza di traffico telefonico. A prescindere, comunque, dalla presenza di un reclamo formale volto a contestare il disservizio, nel caso di specie, l'organo decidente, relativamente al malfunzionamento dell'utenza mobile, ritiene di dover accogliere l'eccezione sostenuta dalla resistente, considerata la peculiarità del servizio di somministrazione di telefonia mobile. Infatti, il contratto consente al titolare dell'utenza la possibilità di fruire del servizio telefonico nella quasi totalità del territorio nazionale e internazionale, tuttavia, in alcune zone del territorio è possibile che il servizio sia meno efficiente a causa della debolezza del segnale derivante da svariati motivi. Per la telefonia mobile, il gestore non è nelle condizioni di sapere il luogo di esecuzione del contratto, potendo il luogo dell'acquisto, la residenza del cliente, nonché l'effettiva zona dell'uso del servizio corrispondere a luoghi diversi, contrariamente, a quello che, invece, avviene per i contratti di telefonia fissa, laddove è ben circoscritto il luogo di esecuzione. Gli operatori, in generale, assicurano e pubblicizzano una copertura territoriale dei loro servizi, progressivamente estesa, anche mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie, senza, ciò nonostante, raggiungere la totale copertura territoriale.

Alla luce di quanto in parte motiva, tenuto conto che la fattispecie de qua rientra nella casistica dei malfunzionamenti dovuti ad una cattiva ricezione del segnale e non di malfunzionamento dei servizi voce e/o internet, nessun indennizzo può essere riconosciuto all'istante.

Per tutto quanto sopra:

PRESO ATTO della proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Dott. Maurizio Priolo, resa ai sensi dell'art. 20 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, di cui alla Delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018 e succ. modifiche e integrazioni;

UDITO il Presidente, nell'odierna seduta, il Comitato all'unanimità

DELIBERA

Articolo 1

1. il rigetto integrale dell'istanza presentata dal Sig. Macrì XXX nei confronti della società WindTre XXX (Very Mobile).

2. Ai sensi dell'art. 20, comma 3, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti 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, ai sensi dell'art. 20, comma 5, del citato Regolamento.

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 e del Co.re.com.

Reggio Calabria, 10 Novembre 2022

IL PRESIDENTE

Avv. Fulvio Scarpino

Firmato
digitalmente da

**Fulvio
Scarpino**

CN = Fulvio
Scarpino
C = IT