

## CO.RE.COM. CAL/RIP

DETERMINA DIRETTORIALE N. 451 DEL 04-11-2016

### DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

(xxxx CONTACT xxxx c/ Wind Telecomunicazioni xxx. – utenza n. xxxxx)

#### 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 del Comitato n. 234 del 17 luglio 2014, con cui è stata conferita 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;

**DATO ATTO**, inoltre, della deliberazione n. 26 del 27 luglio 2016, con cui il Comitato, oltre a confermare la delega ora citata, ha conferito allo stesso Direttore, la delega ad adottare i provvedimenti di rigetto/inammissibilità/archiviazione delle istanze;

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 n. 9152 del 2 marzo 2016, 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 9 marzo 2016, prot. n. 10415, 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;

VISTI gli atti del procedimento, la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria e le risultanze emerse all'udienza del 28 settembre 2016;

RILEVATO, sulla scorta della documentazione in atti, quanto segue.

Il ricorrente, titolare di un'utenza telefonica business fissa con il gestore Wind, ha esposto di aver subito numerosi disservizi sulla propria linea telefonica. In particolare, i malfunzionamenti si sono manifestati con l'assenza totale della linea, a decorrere dal 9 luglio 2015. Sicché il ricorrente ha prontamente segnalato il guasto (segnalazione n. 907310XXX), esso tuttavia veniva risolto solo dieci giorni dopo, grazie all'intervento tecnico dell'operatore. Nei mesi a seguire, poi, la linea riprendeva a funzionare sebbene con intermittenza.

L'utenza è al servizio di un call center e, di tal guisa, l'odierno istante ha rappresentato di aver subito gravissimi danni. Sicché egli ha, pertanto, domandato la liquidazione di un indennizzo di tre mesi, ragguagliato al profilo tariffario applicato.

Con successiva memoria, il ricorrente ha altresì precisato che il costo del canone mensilmente corrisposto per la fornitura del servizio telefonico è di € 733,00 mensili. Di talché, egli ha chiesto la corresponsione di un indennizzo di € 1.350,00, oltre al risarcimento del danno quantificato in € 7.000,00.

Wind, tempestivamente costituita, respinge ogni addebito, riconoscendo di aver ricevuto la segnalazione del 9 luglio, con cui l'istante ha lamentato la lentezza del collegamento dati. La segnalazione sarebbe stata chiusa il successivo 28 luglio.

L'operatore afferma, altresì, di aver ricevuto il 23 luglio un'ulteriore segnalazione - sempre per lamentare il guasto della linea adsl - chiusa il 27 luglio, con il seguente riscontro: "contattato il cliente: conferma ripristino, sporadicamente qualche perdita di pacchetti". Mi autorizza a chiudere il CTT". Il problema appariva quindi risolto. Tuttavia, il 23 settembre 2015, Wind riceveva un nuovo reclamo, sull'utenza 0961026XXX, chiuso il 24 settembre con intervento tecnico di Tim.

Il cliente risultava moroso nei confronti della resistente ed avrebbe, perciò, contattato - il 28 settembre 2015 - il call center per richiedere un piano di rientro in cinque rate, sottoscritto tra le parti, ma mai onorato.

Wind eccepiva quindi di non aver avuto contezza del disservizio lamentato dal cliente. A tal proposito, il gestore rivendicava l'esonero della propria responsabilità, alla stregua dell'orientamento più recente dell'Autorità, in tema di mancata presentazione di una previa segnalazione del guasto.

L'operatore chiedeva quindi il rigetto integrale della domanda e, in subordine, la compensazione con il maggior credito vantato.

Con memoria di replica, l'odierno ricorrente ha affermato come la chiusura del ticket di guasto fosse avvenuta arbitrariamente. A tal proposito, egli precisava come con pec del 31 luglio 2015, avesse, a mezzo delegato, lamentato la prosecuzione del disservizio. La sporadica perdita di pacchetti era, diversamente da quanto asserito dal gestore, da qualificarsi come un vero e proprio malfunzionamento, in quanto il servizio avrebbe dovuto essere garantito con continuità. Gli innumerevoli reclami proposti dal cliente, invero, non sono stati mai registrati dal gestore. Il piano di rientro infine sarebbe stato sottoscritto solo per evitare il distacco della linea, il quale avrebbe solo aggravato il pregiudizio subito dall'azienda ricorrente.

Passando all'esame della questione,

PRELIMINARMENTE, dovendo valutare il comportamento delle parti ai fini della liquidazione delle spese di procedura, si rileva che entrambe hanno aderito al tentativo di conciliazione senza raggiungere un accordo, e partecipato all'udienza di discussione.

Ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, poi, non può trovare accoglimento la domanda di risarcimento del danno, in quanto la pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria, giacché è limitata agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

IN TEMA DI RITO, va considerata irricevibile la pec allegata dal delegato dell'utente in sede di replica, in quanto essa avrebbe dovuto essere trasmessa, come da delibera 173/07/CONS, al massimo entro il termine fissato per il deposito delle memorie e documenti.

NEL MERITO, all'esito dell'istruttoria, si rileva quanto segue.

Le doglianze dell'istante sono parzialmente fondate e trovano parziale accoglimento.

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

Con riferimento alla domanda di corresponsione di un indennizzo per la totale assenza della linea, essa trova accoglimento.

L'esistenza del disservizio è fatto pacifico tra le parti, sebbene Wind deduca di averlo risolto il 28 luglio e l'utente affermi che esso sia proseguito per ulteriori tre mesi. Ciò posto, occorre accertarne la durata e la natura (completa o parziale). L'indagine istruttoria, esperita sulla base degli atti depositati dalle parti, ha condotto verso le seguenti conclusioni: il disservizio è stato sia totale che parziale. Il primo è durato dal 9 luglio al 19 luglio 2015. Il secondo dal 23 luglio (seconda segnalazione, della cui chiusura non vi è prova) al 24 settembre 2015.

In specie, numerose incongruenze emergono dalla rappresentazione dei fatti prospettata dalle parti costituite.

Da un lato, due segnalazioni (o tre, se fosse stato provato l'invio della pec), avvenute in un arco temporale complessivo di dieci giorni, appalesano una situazione d'insoddisfazione dell'utenza. Dall'altro lato, non può sottacersi che la società Wind si è limitata a rappresentare la chiusura dei relativi *tickets*, solo in sede narrativa, senza documentare la risoluzione dei guasti, laddove avrebbe dovuto provare la regolare e continua fornitura del servizio. **Il gestore invece diviene convincente - con riduzione dell'arco temporale indennizzatorio - allorché deduce la sottoscrizione del piano di rientro da parte dell'istante, il quale, se il disservizio fosse perdurato, ben difficilmente avrebbe acconsentito a riconoscere il debito e ad impegnarsi al suo pagamento.**

Pertanto, sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti, si giunge 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, nell'ambito delle controversie inerenti il 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 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). Parimenti consolidato è il principio di vicinanza della prova, anch'esso fatto proprio da questo Co.re.com., secondo cui: *"l'onere della prova, poi, dev'essere ripartito oltreché secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo; principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge tendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio"* (Cass. Sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533 e 10 gennaio 2006 n. 141).

In conformità ai succitati principi di ripartizione del carico probatorio ed alla luce delle risultanze istruttorie, risulta accertata la responsabilità di Wind per il malfunzionamento *ut supra* individuato e in quanto tale implica la corresponsione di un indennizzo proporzionato al disservizio subito dall'utente, computato secondo il parametro di € 5,00 pro die per il primo disservizio ed € 2,50 pro-die per il secondo, siccome previsto dall'**articolo 5, delibera n.73/11/CONS, da raddoppiarsi in quanto riferito ad un'utenza business.**

All'utente dovrà, dunque, essere corrisposto un indennizzo di **€ 60,00** per 6 giorni di assenza totale della linea ed **€ 295,00 (duecentonovantacinque euro/00)** per 59 giorni di malfunzionamento del servizio, con decurtazione dei quattro giorni di franchigia previsti dalle condizioni generali di abbonamento.

Come da orientamento consolidato, il calcolo dell'indennizzo, si conforma altresì ai principi di proporzionalità ed adeguatezza, che presuppongono una corrispondenza tra l'indennizzo erogato ed il pregiudizio subito.

La domanda di compensazione di Wind è invece da considerarsi improcedibile per non essere stata oggetto di previo esperimento del tentativo di conciliazione, in quanto, stando alle contrapposte argomentazioni, l'inadempimento potrebbe essere ripreso da contestazioni relative alla qualità della prestazione erogata dal gestore. In ogni caso, poi, le più recenti delibere dell'Autorità non hanno dato seguito alla medesima domanda (*ex multis*, v. **DELIBERA n. 66/16/CIR e DELIBERA n. 35/16/CIR**).

TUTTO CIO' PREMESSO,

RITENUTO di dover accogliere parzialmente il ricorso del ricorrente.

RITENUTO, altresì, che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Co.Re.Com. all'esito della procedura di definizione, devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e, pertanto, tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

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";

CONSIDERATO, l'accoglimento parziale dell'istanza, la partecipazione di un delegato dell'utente all'udienza di conciliazione e di definizione, le eccezioni proposte e le difese, ricorrono le condizioni per riconoscere al ricorrente la somma di € 50,00 (cinquanta/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura;

Per tutto quanto sopra esposto

### DETERMINA

In parziale accoglimento dell'istanza dell'utente xxxx Contact XXX, la società Wind è tenuta a riconoscere e versare in favore dell'utente:

- a) € 60,00 (sessanta/00), per 6 giorni di assenza totale della linea;
- b) € 295,00 (duecentonovantacinque/00), per 59 giorni di malfunzionamento del servizio adsl;
- c) € 50,00 (cinquanta/00), a titolo di rimborso delle spese per l'espletamento della presente procedura.

Le somme così determinate dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia;

E' in facoltà del ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;

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";

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web sia dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sia 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;

La società resistente è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima.

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,

Il Responsabile del Procedimento

F.to Avv. Michele Ripèpi

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