

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N.124

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Ventra xxx c/ Fastweb xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 17/07/2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.re.com. Calabria;

Visti:

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 di approvazione del testo del codice civile;

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;

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 della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Corecom" e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

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" e succ. modif. ed int.;

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

gli artt. 17 e 17 bis della Delibera n. 274/07/Cons, "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

la Delibera 664/06/Cons, allegato A;

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 Corecom Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

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";

l'istanza acquisita al prot. Corecom Calabria n. 2961 del 20 gennaio 2012, con cui l'utente Ventra xxx ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società Fastweb xxx, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons e succ. modif. ed int.;

la nota del 25 gennaio 2012 (prot. n. 3924 del 26 gennaio 2012), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

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

considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

L'utente Ventra xxx ha promosso l'1 dicembre 2011, dinanzi al Corecom Calabria, un procedimento di conciliazione nei confronti della società Fastweb xxx. La conciliazione si è conclusa con esito negativo ai sensi dell'**art. 8, co. 3, del regolamento**.

Il 20 gennaio 2012, l'istante ha domandato a questo Corecom la definizione della controversia.

Il ricorrente ha esposto di aver stipulato l'8 novembre 2011 con Fastweb, un contratto di utenza telefonica fissa, categoria *business*, per la fornitura dei servizi voce e adsl. L'utente ha lamentato di essere rimasto privo della linea telefonica, a partire dal 30 novembre 2011, per fatto e colpa imputabili a Fastweb. Il ricorrente ha affermato, infatti, che contestualmente alla stipula del contratto, ha domandato la migrazione dei servizi da Teletu (*donating*) verso Fastweb (*recipient*), conferendo all'uopo mandato al *recipient*. Secondo l'istante Fastweb, una volta avvenuto il distacco dal vecchio operatore, non avrebbe contestualmente provveduto ad attivare la linea del ricorrente, lasciandolo privo dei servizi voce e adsl. Il ricorrente si è lamentato altresì del perdurare del disservizio alla data di presentazione dell'istanza, nonché di aver eseguito numerose segnalazioni rimaste inevase.

Il sig. Ventra, pertanto, ha chiesto la corresponsione del giusto indennizzo ai sensi dell'art. 84 del D.Lgs. 259/03.

Fastweb, tempestivamente costituita, ha domandato il rigetto delle avverse domande, affermando all'uopo che:

- 1) in data 8 novembre 2011, il ricorrente ha sottoscritto la proposta di contratto;
- 1) l'utenza è stata correttamente attivata il 9 dicembre 2011, così come comprovato dal rapporto di attivazione, sottoscritto dal cliente, laddove è riportato che *con la sottoscrizione del presente modulo il cliente prende in consegna gli apparati necessari al collegamento alla rete Fastweb e prende atto e riconosce che il servizio è stato correttamente attivato a norma delle condizioni e nel rispetto dei livelli di qualità concordati*;

- 2) il dettaglio del traffico telefonico, presente nelle fatture depositate, ha appalesato il regolare funzionamento dei servizi;
- 3) nessuna segnalazione di disservizio o malfunzionamento è stata proposta dall'utente.

L'operatore ha allegato, tra l'altro, una copia del rapporto di attivazione, una copia delle fatture del 14 dicembre 2011 e del 14 febbraio 2012.

L'utente non ha inteso replicare alle eccezioni del gestore.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

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

Si rammenta, altresì, che ai sensi **dell'art. 19, comma 4, del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria**, giacché è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

E' fatto salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria per il maggior danno.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono parzialmente fondate e meritano accoglimento nei limiti del dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia fissa. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

In particolare, nel contratto di somministrazione *"una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose"*(**art. 1559 c.c.**).

Nell'ambito del contratto, le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione. Il Gestore, infatti, propone all'utente offerte contrattuali diverse, con tariffe predeterminate, limitandosi la trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

2.1 Con riferimento alla sospensione dei servizi voce e adsl

Il Sig. Ventura lamenta, come visto, la sospensione dei servizi voce e adsl dal 30 novembre 2011 sino alla data di presentazione dell'istanza di definizione.

Fastweb, invece, deduce l'attivazione di entrambi i servizi alla data del 9 dicembre 2011.

Le eccezioni del gestore sono parzialmente fondate. Le ragioni sono anche da ascrivere alla assenza di un'adeguata replica da parte dell'utente.

L'indagine istruttoria ha, innanzitutto, accertato l'attivazione del servizio voce. Fastweb ha, infatti, prontamente depositato una copia delle prime due fatture, dalle quali risultano dei consumi telefonici a partire dal 13 dicembre 2011.

Orbene, la bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico; la fattura resta

dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali (Cass. Civ. sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947). Sussiste, quindi, in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313).

Tuttavia, le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova solo se contestate. Diversamente, in assenza di tempestive eccezioni/contestazioni da parte dell'utente le indicazioni contenute in fattura divengono attendibili.

Con riferimento al servizio adsl, invece, l'unico indizio depositato dall'operatore è il rapporto di attivazione, debitamente sottoscritto dal cliente, con cui quest'ultimo riconosce che il servizio è stato correttamente attivato.

L'assenza di una contestazione dell'utente, anche in merito a siffatta eccezione, fa ritenere meritevole di accoglimento la deduzione di attivazione del servizio adsl, perlomeno alla data del 13 dicembre 2011, in cui è stata garantita la fornitura del servizio voce.

Ciò posto, il gestore è soccombente, allorquando non dimostra di aver garantito la fornitura dei servizi dal 30 novembre 2011 sino al 12 dicembre 2011.

Pertanto, sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti, si giunge, infatti, 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 oltretutto 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). Il nodo va sciolto, quindi, alla luce degli anzidetti criteri di ripartizione del carico probatorio e tenuto conto delle risultanti istruttorie. A fronte, pertanto, della puntuale deduzione dell'utente di una mancata erogazione del servizio, era 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**. Nulla di questo è stato fatto – per il periodo dal 30 novembre al 13 dicembre 2011 – e, pertanto, l'utente andrà indennizzato per l'interruzione dei servizi, voce e adsl.

3. Sulla mancata risposta ai reclami.

L'utente lamenta, altresì, la mancata risposta ai propri reclami. Tuttavia nessun documento cartaceo è stato depositato dall'istante, a comprova delle sue affermazioni, né d'altronde è stato allegato il giorno e/o il codice identificativo dell'addetto contattato. I reclami devono essere tracciabili dall'operatore, ma l'utente è gravato anche da un onere minimo di allegazione, tale da circoscrivere in termini ragionevoli l'ambito di ricerca. L'istante, dunque, avrebbe dovuto indicare, quantomeno il giorno anche approssimativo della segnalazione e/o il codice identificativo o il nominativo dell'addetto del call center contattato, altrimenti la domanda non può che essere tacciata di genericità.

La richiesta dell'istante pertanto non merita accoglimento.

4. Indennizzi, rimborsi e storni.

Va altresì riconosciuto al ricorrente un indennizzo per l'interruzione dei servizi voce e adsl. Il *dies a quo* è il 30 novembre 2011. Il *dies ad quem* è, invece, il 13 dicembre 2011.

Con riferimento al *quantum*, invece, l'articolo 5, delibera 73/11/CONS (Indennizzo per malfunzionamento del servizio), testualmente recita: *"In caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici, imputabili all'operatore, sarà dovuto un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 5,00 per ogni giorno d'interruzione. ...omissis..."*. La misura dell'indennizzo sancita dall'articolo precedente, va poi raddoppiata, in forza dell'art. 12 co. 2 dell'anzidetto regolamento, allorquando, come nel caso di specie, la problematica sia inerente un'utenza *business*.

All'utente dovrà, dunque, essere corrisposto:

- a) € 195,00 (centonovantacinque/00), a titolo di indennizzo per l'illegittima sospensione del servizio voce per 13 giorni;
- b) € 195,00 (centonovantacinque/00), a titolo di indennizzo per l'illegittima sospensione del servizio adsl per 13 giorni.

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

5. Sulle spese di procedura.

L'art. 6 del Regolamento sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto *"del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione"* e 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 di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione"*.

A tale proposito, è d'uopo sottolineare, la fondatezza solo parziale dell'istanza, il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese. Si riconosce, pertanto - in conformità a quanto previsto dall'articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS - l'importo di € 50,00 (cinquanta/00), in favore dell'utente, a titolo di rimborso spese di procedura di conciliazione e di definizione.

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.re.com. Calabria, Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti; Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. Alessandro Manganaro, nell'odierna seduta; All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, della domanda del sig. Ventra xxx.

La società **Fastweb xxx**, pertanto, è tenuta, a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico:

- 1) € 195,00 (centonovantacinque/00), a titolo di indennizzo per l'illegittima sospensione del servizio voce per 13 giorni;
- 2) € 195,00 (centonovantacinque/00), a titolo di indennizzo per l'illegittima sospensione del servizio adsl per 13 giorni.
- 3) € 50,00 (cinquanta/00), a titolo di rimborso spese di 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' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'**articolo 11, comma 4, della delibera n. 179/O3/CSP**.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n.259.

La presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale, sul sito *web* dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sul sito web del Corecom Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della Legge 69/2009.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica 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 giorni dalla notifica del medesimo.

I COMPONENTI

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

IL PRESIDENTE

f.to Prof. Alessandro Mangano

V. Il direttore del Co.Re.Com.

f.to Avv. Rosario Carnevale