

DELIBERA N. 23/2021

XXX / LV 7 X
(GU14/337862/2020)

Il Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del Corecom Emilia-Romagna del 18/02/2021;

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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS del 12 luglio 2018 recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re.Com.)*”;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l’Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e

la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome, prorogato con delibera n. 683/20/CONS recante “ Proroga dell’ accordo quadro tra l’ autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la conferenza delle regioni e province autonome e la conferenza dei presidenti delle assemblee legislative delle regioni e delle province autonome, concernente l’ esercizio delle funzioni delegate ai comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni”;

VISTA l’ istanza di XXX del 10/10/2020 acquisita con protocollo n. 0417221 del 10/10/2020;

VISTA la relazione istruttoria della Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

UDITA l’ illustrazione svolta nella seduta del 18/02/2021;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’ istante

A seguito dell’ esito negativo del tentativo di conciliazione per mancato accordo tra le parti del 02.10.2020, l’ utente ha presentato istanza di definizione in data 10.10.2020, lamentando quanto di seguito. Sottoscriveva con LundaX (LV7 X) un contratto 5G/4G FLAT, su rete Vodafone (SIM Lundax Vodafone). Dal 27.04.2020 fino al 06.05.2020, la linea internet non funzionava. Questo comportava enormi disagi perché, essendo in quarantena insieme alla propria moglie, entrambi positivi al Covid 19, erano isolati in casa, con impossibilità di fare la spesa on line, contattare i parenti e inviare referti medici. Superando un tot di giga al mese, veniva bloccata la connessione. Sul sito internet dell’ operatore invece è visualizzato che il traffico dati Flat non rallenta e non si ferma mai, come confermato dal servizio clienti. Invece, dal 12.06.2020 fino ad oggi, la linea internet risulta non funzionante e la SIM è bloccata. In data 13.06.2020, avanzava reclamo al call center, per il mancato funzionamento della linea internet dal 27.04.2020 fino a 06.05.2020 e dal 12.06.2020, per superamento della soglia di navigazione. Sulla base di tutto quanto esposto, l’ utente richiede: a) la disdetta del contratto; b) il rimborso di 60 giorni quando internet non funzionava o era limitato e in conseguenza non si poteva navigare; c) il rimborso del mese dell’ abbonamento rimasto.

2. La posizione dell’ operatore

L’ operatore, in data 20.11.2020, caricava nella piattaforma Conciliaweb una memoria difensiva, nella quale premettendo che l’ utente presentava cinque richieste di emissione di provvedimenti temporanei in un breve lasso di tempo, di cui tre conclusi con un procedimento di archiviazione, dichiara quanto di seguito. La prima richiesta di provvedimento temporaneo di urgenza, si concludeva con l’ invio di una nuova Sim sostitutiva, regolarmente consegnata all’ istante da parte del gestore. Il secondo provvedimento temporaneo si concludeva con l’ archiviazione, poiché non era possibile procedere ad alcuna riattivazione del servizio dati, considerato che il servizio era attivo e

quindi, funzionante. Il terzo si concludeva con il ripristino della velocità di navigazione così come richiesto. Gli ultimi due procedimenti sono stati invece archiviati. Precisa che le riduzioni della velocità dipendevano solo ed esclusivamente da presumibili usi anomali, irregolari e non corretti del traffico e/o a causa di eventuali violazioni delle condizioni generali di contratto da parte dell'utente stesso. Spiega che l'utilizzo del servizio in oggetto, benché prevedesse traffico dati incluso/illimitato, doveva avvenire secondo determinati parametri che di volta in volta non venivano considerati dall'utente a causa di consumi anomali e superiori rispetto a quelli previsti da tali valori, come evidenziato nel messaggio ricevuto dall'istante all'interno del quale gli è stato comunicato che "il traffico dati effettuato non rispecchia le condizioni di uso corretto e lecito". Tale servizio, risulta rallentato e/o sospeso, solo ed esclusivamente per un eventuale superamento della soglia prevista da parte dell'utente stesso. Precisa che la parte istante non provvedeva al regolare pagamento degli importi dovuti per il servizio offerto, avendo arbitrariamente sospeso alcuni pagamenti e poi ripreso a pagare ma con ritardo e lasciando, pertanto, scoperti dei periodi, e rivelandosi, allo stato, inadempiente rispetto alle obbligazioni contrattuali. Allo stato, il Sig. XXX non ha ancora provveduto a saldare il pagamento in scadenza, risultando moroso dell'importo di € 90,00 e rappresentando questa causa di risoluzione contrattuale con riserva di agire per la detta risoluzione oltre che per il recupero degli importi dovuti. Pur non dipendendo tale situazione dalla LV7, bensì dall'utente e/o da altro operatore, la Società ha sempre segnalato l'accaduto e si è tempestivamente attivata al fine di intervenire nel minor tempo possibile. In virtù di quanto sopra, nella denegata ipotesi in cui si riconoscesse dovuto qualsivoglia indennizzo, lo stesso dovrà essere calcolato compensando i sospesi dovuti per la morosità dal Sig. XXX. Precisa che essendo le parti concordi nel perfezionare la procedura di disdetta, si manifesta la volontà della LV7 di procedere in questa direzione e, laddove non sia il Sig. XXX a farlo direttamente, procederà la LV7 a risolvere il rapporto in oggetto.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, si rileva l'inammissibilità delle richieste sub a) e sub c), in quanto domande nuove rispetto all'istanza di conciliazione. Diversamente, ove si ammettesse l'ampliamento dell'esame a questioni ulteriori, non solo si consentirebbe di aggirare il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per le nuove questioni, ma si aggiungerebbe ulteriore pregiudizio al diritto di difesa di parte convenuta. (cfr. Corecom Emilia-Romagna, delibere n. 32/2020 e n. 94/2020). Ne consegue che "Deve essere dichiarata inammissibile la domanda sollevata per la prima volta in sede di definizione della controversia, costituendo *ius novorum* non sottoposto al tentativo di conciliazione" (cfr. Corecom Emilia-Romagna, delibere n. 32/2020 e n. 94/2020). Ciò premesso, dall'istruttoria condotta emerge la necessità di ricostruire l'intera vicenda anche avendo riguardo agli atti dei cinque procedimenti introdotti con formulario GU5, in pendenza del tentativo di conciliazione. Agli atti, risulta che il primo procedimento di conciliazione promosso dall'istante (attivato con 292912/UG/2020 del 18.06.2020, accompagnato da GU5/293971/2020, di pari data) riguardava la richiesta di riattivazione urgente della SIM: detta procedura si concludeva in data 30.06.2020, con una comunicazione di avvenuta ottemperanza da parte dell'operatore, il quale in relazione al provvedimento temporaneo emesso in data 23.06.2020, evidenziava che in data 29.06.2020, veniva consegnata al cliente una Sim Vodafone sostitutiva, segnalando che il malfunzionamento del servizio dipendeva esclusivamente da usi anomali, irregolari e non corretti del traffico e/o a causa

di violazioni delle condizioni generali di contratto da parte dell'utente stesso, non addebitabili alla LV7. Con la seconda richiesta di provvedimento temporaneo di urgenza (GU5/313161/2020 del 03.08.2020, accompagnato da 292912/UG/2020), l'utente chiedeva la riattivazione del servizio dati: detta procedura si concludeva in data 05.08.2020, con una comunicazione di archiviazione del procedimento, atteso che l'operatore precisava che "non vi era stata alcuna sospensione del servizio e pertanto, nessuna riattivazione dello stesso doveva essere effettuata", circostanza non contestata dall'utente. Con la terza richiesta di provvedimento temporaneo di urgenza (GU5/315075/2020 dell'11.08.2020, accompagnato da 292912/UG/2020), l'istante chiedeva di ripristinare la velocità necessaria sulla SIM, per poter usufruire del servizio dati: detta procedura si concludeva in data 22.08.2020, con una comunicazione di avvenuta ottemperanza da parte dell'operatore, il quale in relazione al provvedimento temporaneo emesso in data 17.08.2020, evidenziava che "dai controlli effettuati e come confermato da Vodafone e già comunicato all'utente, la linea aveva ripreso a funzionare correttamente", circostanza contestata dall'utente, in data 01.09.2020, il quale replicava che "la linea internet aveva funzionato solo per un paio di giorni e che dal 01.09.2020 i dati mobili erano di nuovo limitati sotto 1 mbps e quindi, non poteva usare la connessione internet". Con la quarta richiesta di provvedimento temporaneo di urgenza (GU5/321636/2020 del 02/09/2020, accompagnato da 292912/UG/2020), l'istante richiedeva nuovamente di ripristinare la velocità sulla SIM necessaria per poter usufruire del servizio dati: detta procedura si concludeva in data 13.09.2020, con una comunicazione di archiviazione del procedimento, poiché l'operatore rilevava che era stata ripristinata la velocità di navigazione sulla sim oggetto del contenzioso, ribadendo che le riduzioni della velocità dipendevano solo ed esclusivamente da usi anomali, irregolari e non corretti del traffico e/o a causa di violazioni delle condizioni generali di contratto da parte dell'utente stesso, non addebitabili alla LV7. Tale circostanza, in data 30.09.2020, veniva contestata dall'utente, il quale, in pari data, contraddicendosi, allegava un tabulato/messaggio dell'operatore, dal quale risultava che "il traffico dati non rispettava le condizioni di uso corretto e lecito e per tale motivo, l'utente era invitato a contattare il Servizio Clienti". Con la quinta ed ultima richiesta di provvedimento temporaneo di urgenza (GU5/334082/2020), l'utente segnalava di non potere usufruire della connessione internet; detta procedura, si concludeva con una comunicazione di archiviazione del procedimento: "Inammissibile, ai sensi dell'art. 5, comma 3, dell'Allegato A alla Delibera AGCOM 353/2019/CONS, perché la richiesta di provvedimento temporaneo può essere accolta solo se accompagnata dalla richiesta del tentativo obbligatorio di conciliazione (UG) o di definizione della controversia (GU14)". Venendo alla materia del contendere, per i motivi suddetti, potrà essere esaminata solo la richiesta sub b). La richiesta non merita accoglimento per le ragioni di seguito indicate. Sul punto, giova richiamare l'orientamento più volte espresso da questo stesso Corecom, secondo il quale "anche le istanze inesatte o imprecise, in un'ottica di *favor utentis*, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare". In ossequio a tale principio, l'istanza formulata, pur palesandosi quale richiesta di rimborso per malfunzionamento del servizio, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione, può essere interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte degli operatori e del conseguente diritto all'indennizzo (cfr. Delibera Corecom EmiliaRomagna n. 96/2020 e n. 60/2020). L'utente, dichiara che il malfunzionamento della linea internet è durato dal 27.04.2020 al 06.05.2020 e che dal 12.06.2020 riscontrava rallentamenti sulla

velocità di navigazione della Sim, oggetto del contendere, ma soltanto in data 13.06.2020, avanzava reclamo al call center (allegato) e solo il giorno 18.06.2020, come sopra indicato, avanzava la prima richiesta di provvedimento temporaneo di urgenza, cui seguivano altre quattro richieste di provvedimenti temporanei di urgenza, di cui due concluse con comunicazione di archiviazione del procedimento. Sul punto, si richiama il consolidato orientamento di Agcom (delibere nn. 69/11/CIR, 100/12/CIR, 113/12/CIR e successive conformi), per cui non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore per malfunzionamento della linea qualora l'utente non provi di aver inoltrato tempestiva segnalazione all'operatore, il quale, in assenza, non può avere contezza del guasto e, quindi, provvedere alla sua risoluzione (si veda conforme questo Corecom, ex multis, n.182/2020, n. 197/2020 e Corecom Lazio Delibera n. 17/2020/CRL). Di converso, l'operatore dichiara che il malfunzionamento del servizio dipendeva solo ed esclusivamente da usi anomali, irregolari e non corretti del traffico, a causa di violazioni delle condizioni generali di contratto da parte dell'utente stesso. Aggiunge che l'utilizzo del servizio in oggetto, benché prevedesse traffico dati incluso/illimitato, doveva avvenire secondo determinati parametri che di volta in volta non vengono considerati dall'utente, a causa di consumi anomali e superiori rispetto a quelli previsti da tali valori. L'istante versa in atti un tabulato dal quale emerge che l'operatore a seguito del predetto reclamo, più volte, sin dal mese di giugno, con messaggi, segnalava all'utente che "il traffico dati effettuato non rispecchia le condizioni di uso corretto e lecito e l'utente era invitato a contattare il Servizio Clienti" e pertanto, risulta provato l'effettivo invio e la consegna di detti messaggi da parte del gestore, i quali avvertono l'utente del raggiungimento della soglia tariffaria compresa nel contratto. D'altro canto, dall'istruttoria non emerge che l'utente, rispetto ai predetti messaggi, abbia dato prova di avere contattato il Servizio Clienti e né tanto meno, di essersi attivato allo scopo di regolarizzare la propria posizione. Altresì, giova richiamare l'art. 1218 Cod. civ., secondo cui "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il creditore della prestazione, tipicamente l'utente, dovrà limitarsi a dedurre l'esistenza del contratto fra le parti ed il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati. Ai sensi del richiamato criterio di riparto probatorio, l'utente è onerato di uno specifico obbligo di allegazione dei fatti precisi a supporto della propria pretesa, in forza di quanto previsto dall'art. 2697, comma 1, c.c. In merito, in base ai principi generali sull'onere della prova, si richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass. II, 20 gennaio 2010, n. 936), secondo il quale, "il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, dovendo il debitore convenuto fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento". Si richiama altresì, l'orientamento costante di Agcom e di questo stesso Corecom, in materia di onere della prova, secondo cui, "l'istante è tenuto ad adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con un minimo grado di precisione, quali siano i fatti e i motivi alla base delle richieste, allegando la relativa documentazione" e pertanto "la domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente" (ex multis, Corecom Emilia-Romagna n.

153/2020 e n. 193/2020). In tale sede, infatti, l'utente avrebbe dovuto allegare il contratto e dedurre prove utili alla ricostruzione della vicenda e ad attribuire la responsabilità del malfunzionamento del servizio all'operatore e pertanto, attesa la predetta carenza probatoria, la richiesta risulta generica ed indeterminata, con la conseguenza che non può trovare accoglimento.

Per questi motivi, il Corecom all'unanimità

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza del Sig. XXX nei confronti della società LV/7 S.r.l., per le ragioni di cui in premessa.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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.

Bologna, 18.02.2021

Firmato digitalmente

IL PRESIDENTE

Stefano Cuppi