

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 213

**Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA – xxxxx c/ WIND TELECOMUNICAZIONI
UTENZE: xxxxxx xxxx.**

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 17/07/2014, 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:

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";

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

l'art. 84 del 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- Co.Re.Com." 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.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico" ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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);

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 del 23 aprile 2014, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 16082, con cui il ricorrente, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con la Società Wind; 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 29 aprile 2014 (prot. n. 20032), 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

Il ricorrente ha depositato, presso questo Co.Re.Com., istanza di definizione della controversia, specificando che: *"il 12 marzo 2014 ha segnalato al servizio clienti un guasto alle 31 linee telefoniche mobili aziendali, e che il servizio sms è l'unico canale che permette di configurare i dispositivi GPS a bordo dei 31 veicoli aziendali. Inoltre con il servizio sms guasto non è possibile monitorare le temperature delle celle frigorifere a bordo dei veicoli"*.

L'istante ha specificato di aver reclamato numerose volte al servizio clienti e di aver anche notificato segnalazioni alla pec del gestore.

Posto che il tentativo di conciliazione, si è concluso con un verbale di mancata conciliazione, ha chiesto di definire l'odierna controversia, allegando copia della documentazione comprovante quanto da esso dichiarato, al fine di ottenere:

dall'operatore:

- *"l'indennizzo di € 10.230,00 per il malfunzionamento /ripetute sospensioni del servizio sms dal 12 marzo al 14 aprile 2013; l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami pari a € 44,00"*.

Con nota del 29 aprile 2014 sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari. Sia l'operatore sia il legale dell'istante, hanno prodotto memoria difensiva e documentazione a supporto della rispettiva posizione.

Wind, con propria memoria contesta la ricostruzione della vicenda effettuata dall'istante, e rileva l'infondatezza dell'istanza di definizione di cui ha richiesto il rigetto con ogni conseguenza di legge, specificando, in aggiunta a ciò, che:

- *"l'istante nel mese di agosto 2010, ha attivato 31 sim con il listino Leonardo Mega 1000"*;
- *"il 12 marzo 2014 l'istante ha segnalato un problema di ricezione degli sms sulle sim xxxx, Wind quindi ha aperto un ticket di assistenza tecnica"*.

- "il 13 marzo 2014 è pervenuta ulteriore segnalazione relativa solo all'utenza xxx; ticket aperto presso l'assistenza tecnica e chiuso il 25 marzo 2014 non riscontrando disservizi";
- "il 3 aprile 2014, a seguito di controlli si è riscontrato che il problema relativo alla mancata ricezione degli sms era dovuto all'assenza del parametro TS21";
- "il disservizio sulla linea xxxx è stato risolto il 2 aprile 2014 ed anche il parametro TS21 è stato abilitato";
- "l'8 aprile 2014 l'istante ha confermato il corretto funzionamento delle sim xxxxxx, ed in pari data, i sistemi confermavano anche il regolare funzionamento delle altre sim. La conferma dell'utente a compiere ulteriori verifiche è pervenuta solo il 16 aprile 2014";
- "il 12 marzo 2014 l'istante ha segnalato via web un malf funzionamento del sistema di ricezione degli sms solo in relazione alle sim xxxxxx, quindi solo in ordine alle predette utenze si sono avviate le opportune verifiche";
- "la convenuta non ha mai ricevuto alcuna segnalazione relativa al disservizio di tutte le sim";
- "alcun reclamo è pervenuto nelle forme previste e la pratica è stata risolta l'8 aprile 2014";
- "non sussistono responsabilità in capo a Wind".

L'istante con note di replica, ha specificato che:

- "la sim xxxx è stata attivata il 31 ottobre 2007 con listino Leonardo Mega 10 mentre le altre sim sono state attivate tra il 6 maggio e il 6 agosto 2008 con listino Leonardo 1000. Il 23 febbraio 2010 è stato richiesto un subentro, "espletato solo ad agosto 2010".
- "le 31 sim in oggetto sono attive tutte da circa sei anni",
- "il 12 marzo 2014, è stato segnalato il primo guasto di ricezione sms sul xxxxx";
- "il 13 marzo 2014 è stato segnalato il guasto, anche tramite e mail alla pec del gestore, per tutte le 31 sim";
- "il 4 aprile 2014 Wind ha eseguito degli interventi tecnici su tutte le sim come da pannello di controllo della Wind".

- **Motivi della decisione**

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

L'udienza di discussione per il presente ricorso non si è tenuta, in quanto non è stata richiesta espressamente dalle parti e non è stata ritenuta necessaria ai fini dell'odierna decisione.

Riguardo al merito.

La presente controversia ha come oggetto il malf funzionamento di 31 sim telefoniche tipologia business.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia.

Ciò emerge, dall'esame degli atti depositati dalle parti.

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. Sul malf funzionamento delle 31 linee mobili da parte dell'operatore Wind.

Per meglio inquadrare la fattispecie, occorre richiamare la delibera 22/10 CIR che stabilisce: "Gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali. Ne consegue che in tutti i casi di malf funzionamento di un servizio di comunicazione elettronica, allorché l'utente non può pienamente godere, con le modalità prescelte, del servizio promesso o acquistato, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per tutti i giorni di disservizio, a meno che l'operatore non dimostri che l'inesatto adempimento ovvero l'inadempimento totale non sia dipeso da causa a lui non imputabile, secondo il disposto dell'art. 1218 c.c..

All'occorrenza, l'operatore può dimostrare l'adempimento anche tramite il deposito delle prove tecniche effettuate, dando prova di aver rispettato gli standard di qualità previsti dal contratto e dalla normativa".

Per quanto sopra ricordato, occorre sottolineare che, nell'ambito dei rapporti contrattuali, è principio assolutamente pacifico quello secondo cui *"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; cfr. Cassazione civile, sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936).

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 non provi – 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"*.

Così propedeuticamente delimitati i confini giuridici della controversia, è possibile passare all'esame del merito.

L'istante chiede un indennizzo di € 10.230,00 al gestore Wind, per i disagi subiti a causa dei malfunzionamenti delle linee telefoniche relativi a 31 sim aziendali.

Nella fattispecie, il ricorrente ha dedotto l'inadempimento del gestore.

Quanto affermato da Wind, nelle proprie memorie in riferimento alla segnalazione del guasto, non appare condivisibile.

La stessa ha sostenuto di aver ricevuto una comunicazione riguardante solo a due sim (aziendali), la n. xxx e la n. xxx, specificando, in memoria, di aver aperto due ticket di assistenza tecnica il 12 e il 13 marzo 2014, per i numeri xxxxx, e di non aver mai ricevuto segnalazioni per le altre sim.

Al contrario, agli atti, è presente un reclamo del 17 marzo 2014 (con allegata ricevuta di consegna), che riguarda tutte le 31 sim aziendali intestate alla società istante.

Esaminando tale reclamo, si evince che: *"a seguito di un controllo effettuato sul funzionamento servizio sms delle nostre 31 sim dati abbiamo riscontrato il mancato funzionamento del sistema sms in ricezione. La segnalazione del guasto è stata aperta in data 12 marzo 2014 ore 18.24, tramite assistenza clienti Wind 1928 ... sollecitiamo anche la pratica n. 729211023 del 13 marzo 2014 in quanto a tutt'oggi il problema persiste"*; e il 20 marzo 2014, ha rappresentato: *"a tutt'oggi, nonostante i solleciti telefonici al servizio clienti 1928 e a mezzo Pec, dal 12 marzo 2014 le 31 sim risultano ancora bloccate ed inutilizzabili riguardo il servizio sms ..."*.

A conferma di quanto sostenuto dall'istante, si richiama: – la richiesta di provvedimento d'urgenza per il disservizio relativo a 31 sim aziendali, depositata in atti, (con ciò dimostrando un immediato interesse alla risoluzione del problema), – la risposta dell'operatore del 9 aprile 2014, con cui ha precisato che: *"sono in corso attività di bonifica tecnica per la configurazione del servizio sms sulle sim, in quanto sembrerebbe non essere profilato un particolare parametro delle stesse. Pertanto è stato aperto un OTT per la normalizzazione del servizio sms, identificato con Ott id. 905544580. Seguiranno aggiornamenti"*; – altra risposta del gestore inviata a seguito di segnalazione di malfunzionamento delle sim dell'istante (il 4 aprile 2014), con cui ha fatto presente che: *"per la comunicazione effettuata dall'istante, relativa al malfunzionamento del servizio sms sulle linee mobili allo stesso intestate, Wind, ha inviato una segnalazione al reparto tecnico, identificata con case id 729176253. Tale lavorazione verrà monitorata costantemente e seguiranno, prontamente, i dovuti riscontri"*.

Pertanto, alla luce di quanto descritto, considerato che il servizio sms è l'unico canale che permette alla società istante di configurare i dispositivi GPS a bordo dei 31 veicoli aziendali, non è possibile calcolare la misura dell'indennizzo in maniera unitaria ex art. 12, comma 1, della delibera 73/11 CONS, allegato A, che testualmente recita: *"nel caso di titolarità di più utenze, l'indennizzo è applicato in misura unitaria se, per la natura del disservizio subito, l'applicazione in misura proporzionale al numero di istanze risulta contraria al principio di equità"*, in quanto l'istante ha subito un danno rilevante.

Per il caso de quo, bisogna porre mente al combinato disposto dell'art. 5, comma 2, *"nel caso di irregolare o discontinua erogazione del servizio che non comporti la completa interruzione del servizio, ...gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio, pari a € 2,50 per ogni giorno di malfunzionamento"*, e dell'art. 12, comma 2, *"se l'utenza interessata del disservizio è di tipo "affari" ... gli importi liquidati a titolo di indennizzo sono computati in misura pari al doppio"*.

Per quanto riguarda il periodo da indennizzare, richiamati i fatti sopra riportati, occorre considerare come dies a quo, la data del 17 marzo, data della prima segnalazione cartacea, allegata agli atti, relativa a tutte le sim, e, come dies a quem, il 14 aprile 2014, data in cui il servizio è stato ripristinato.

L'istante ha dunque diritto all'indennizzo di € 2.790,00 (duemilasettecentonovanta/00); 18 giorni lavorativi, calcolati al parametro di € 2,50 al giorno, per 31 sim, considerando anche la tipologia di utenza business.

In merito all'eccezione sollevata dal gestore, in ordine alle modalità di invio di segnalazione: *"mai pervenuta a mezzo raccomandata"*.

L'art. 7.1 delle condizioni generali di contratto per le utenze business, richiamato in memoria dalla stessa Wind, prevede che: *"eventuali reclami riguardanti ogni aspetto del rapporto contrattuale, e/o la fornitura del servizio dovranno essere inoltrati alla Wind mediante comunicazione con ogni mezzo, e relativa conferma con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, entro 45 giorni dal verificarsi dell'evento"*.

Tale assunto, non può esimerla da responsabilità in merito ai fatti in esame, giacché ha avuto conoscenza di quanto lamentato dal deducente, tanto da aver aperto diversi ticket, e potrebbe essere considerato, solo rispetto ad un eventuale riconoscimento di indennizzo per mancata risposta ai reclami.

Il non aver completamente rispettato la forma prevista dall'art. 7.1 delle condizioni generali di contratto, non fa nascere alcun obbligo di risposta in forma scritta a carico del gestore; tuttavia, avendo quest'ultimo riscontrato il reclamo del 17 marzo 2014 entro 45 giorni, con note del 1° e del 16 aprile 2014, nulla è dovuto al riguardo.

4. Sulle spese di procedura.

L'art. 19, al comma 6, del Regolamento allegato alla delibera Agcom n. 173/07/ CONS, 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".

Non ricorrono, nella fattispecie, le condizioni per il rimborso delle spese.

Per tutto quanto sopra esposto.

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. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge.

DELIBERA

1) L'accoglimento parziale, per le motivazioni di cui in premessa, dell'istanza presentata dal ricorrente nei confronti della società Wind.

Per il che la società è tenuta a corrispondere a favore dell'istante, mediante assegno o bonifico bancario, la seguente somma:

a) l'indennizzo di € 2.790,00 (duemilasettecentonovanta/00) per il malfunzionamento del servizio sms di 31 sim.

2) E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/ CONS;

3) Si precisa 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;

4) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "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";

5)La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web 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;

6)Il gestore è tenuto a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima;

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del Processo Amministrativo, approvato con d. l.vo 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'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

f.to Avv. Rosario Carnevale