

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 245

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA – xxxx c/ WIND TELECOMUNICAZIONI Utenza xxxxxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 25/07/2014, 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 21 maggio 2014, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 24975, con cui la 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 22 maggio 2014 (prot. n. 25215), 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

La ricorrente ha depositato, presso questo Co.Re.Com., istanza di definizione della controversia, specificando che: *"dal 23 settembre 2013 all'8 febbraio 2014 ha subito malfunzionamenti alla propria utenza telefonica mobile".*

Ha specificato anche di aver reclamato numerose volte al servizio clienti e presso i punti vendita Wind.

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:

- *"gli indennizzi previsti dalla delibera Agcom 73/11 Cons art. 5 e art 11; il rimborso dei canoni per la promozione mensile pagati ma non usufruiti, rimborso dei costi sostenuti, l'irrogazione della sanzione per l'inottemperanza del gestore ex art. 3 delibera 73/11 Cons".*

Con nota del 22 maggio 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 e ne ha richiesto il rigetto con ogni conseguenza di legge, specificando in aggiunta a ciò che:

- *"il 29 settembre 2013 è pervenuta una segnalazione con la quale l'istante ha lamentato un disservizio sulla propria linea voce e dati";*
- *"il 23 settembre, il 28 ottobre, l'11, il 18 e il 28 dicembre 2013, il 16 gennaio e il 4 febbraio 2014, sono pervenute segnalazioni al call center da parte dell'istante con le quali lo stesso lamentava un disservizio di inoltro e ricezione chiamate, ma a seguito di verifiche tecniche non sono stati riscontrati guasti";*
- *"il 28 dicembre 2013 l'istante ha inviato un reclamo scritto per segnalare il disservizio chiedendo il relativo indennizzo, al quale Wind ha risposto il 4 febbraio 2014 specificando l'assenza di guasti";*
- *"attraverso il dettaglio del traffico non risulta alcun tipo di malfunzionamento o disservizio sull'utenza de qua";*
- *"da ulteriori verifiche non è stato riscontrato alcun guasto, nel periodo interessato e nella zona in corrispondenza dell'utilizzo del servizio";*

- *“l’unico reclamo scritto inoltrato dall’istante è datato 28 dicembre 2013, riscontrato il successivo 4 febbraio 2014”;*
- *“Wind ha fornito all’istante un’intensa assistenza mediante call center e mediante i social network, infatti i disservizi che sono stati segnalati anche mediante facebook e sono stati subito riscontrati”;*
- *“non sussistono responsabilità in capo a Wind”.*

L’istante con memorie, ha ribadito quanto già esposto nell’istanza GU14 ed ha ulteriormente chiarito che:

- *“il 23 settembre 2013 ha contattato il call center per lamentare il disservizio relativo a voce e dati della propria utenza mobile”;*
- *“successivamente si è recato presso un punto vendita Wind per la risoluzione del malfunzionamento”;*
- *“nonostante il cambio di device il disservizio persisteva”;*
- *“l’addetto del punto Wind ha chiarito che il malfunzionamento era dovuto ad un problema denominato WITT ovvero un guasto riguardante la zona di Lamezia Terme”.*

- **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 malfunzionamento della linea telefonica dell’utenza mobile in oggetto.

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

Ciò emerge in modo incontrovertito 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 malfunzionamento della linea mobile da parte dell’operatore Wind.

L’oggetto del presente procedimento, riguarda un malfunzionamento sulla linea mobile dell’istante.

Per meglio inquadrare la fattispecie occorre evidenziare che:

-la carta dei servizi Wind che prevede al punto 1.2: *“l’impegno da parte dell’operatore ad offrire i propri servizi in modo regolare, continuativo e senza interruzioni. Nei casi di interruzione o di irregolare funzionamento dei medesimi, Wind adotta i provvedimenti necessari per ridurre la durata delle irregolarità e per arrecare ai Clienti il minor disagio possibile”;* e al punto 2.2 che: *“Wind si impegna ad eliminare eventuali irregolarità funzionali del servizio entro il quarto giorno non festivo successivo a quello in cui è pervenuta la segnalazione, ad eccezioni dei guasti di particolare complessità che verranno comunque riparati con la massima tempestività...”;*

-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 malfunzionamento 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 esposto, 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’venuto 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.

La ricorrente chiede ristoro economico al gestore Wind, per i disagi subiti a causa del malfunzionamento della linea telefonica dal 23 settembre 2013 all'8 febbraio 2014 depositando a fondamento della propria richiesta, una tabella che, a detta della stessa, è stata fornita dal centro Wind che attesta il guasto nella zona di Lamezia Terme.

Tuttavia la predetta documentazione è priva di qualsiasi riferimento che la possa ricondurre direttamente o indirettamente ad un presunto guasto nella zona, così come riferito dall'istante.

Appare utile evidenziare la distinzione tra i due tipi di somministrazione di telefonia: con la sottoscrizione di un contratto di telefonia fissa il gestore si obbliga a fornire un servizio presso la residenza o la sede del cliente; mentre con la sottoscrizione di un contratto per la fornitura dei servizi di telefonia mobile il gestore non è in grado di sapere il luogo di esecuzione del contratto.

Tanto precisato, e tornando al merito del caso in esame, la ricorrente ha dedotto l'inadempimento del gestore. Questi però, ha fornito un indizio di segno opposto, ha dimostrato infatti di aver ottemperato al proprio "onus probandi" e di aver agito secondo quanto previsto dalle proprie condizioni generali di contratto, gestendo le segnalazioni di reclamo effettuate dall'istante ed accertando la funzionalità del servizio. Ha esibito, in coerenza i tabulati telefonici – in atti –, a dimostrazione della regolarità dell'utilizzo del terminale.

In aggiunta a quanto or ora rilevato, manca la prova che la richiedente all'epoca dei fatti risiedesse nel Comune di Lamezia. Si è limitata ad asserire la titolarità dell'utenza, e la residenza, ma non ha offerto nessuna prova che non abbia potuto utilizzare l'utenza mobile in altre aree non interessate dall'eventuale disservizio. Tanto, è confermato dal dettaglio telefonico prodotto dal gestore.

In conclusione, esaminando la fattispecie nel suo complesso, valutata la documentazione in atti, considerato la tipologia di utenza, si ritiene di rigettare la richiesta formulata dall'istante circa l'indennizzo per malfunzionamento della linea mobile.

2.1 Sul rimborso dei canoni pagati e non usufruiti e sul rimborso dei costi sostenuti.

La presente richiesta viene assorbita dal precedente punto.

3 Sulla mancata risposta ai reclami.

Per quanto riguarda la risposta ai reclami, l'istante, lamenta che essi non abbiano sortito alcun esito.

Quanto alla richiesta di indennizzo da mancata risposta ai reclami, si rileva che l'art. 8 della delibera Agcom 179/03 stabilisce che occorre garantire agli utenti la possibilità di presentare reclami e segnalazioni, senza oneri aggiuntivi, per malfunzionamenti o inefficienze dei servizi, e che è fatto obbligo agli operatori di assicurare la tracciabilità degli stessi reclami, per dimostrare l'esistenza delle segnalazioni da parte degli utenti e dare riscontro ai reclami medesimi entro i termini stabiliti dalle rispettive Carte dei servizi degli operatori.

La risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *in forma scritta*, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esauritivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto

strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

L'unica prova documentale di reclamo (agli atti) si evince dalla memoria Wind. Si tratta di una richiesta di rimborso dei canoni per malfunzionamento linea datata 19 dicembre 2013 e ricevuta dal gestore il 27 dicembre 2013.

Considerato che la Wind, al suddetto reclamo, ha risposto entro 45 giorni (termine utile per fornire una motivata risposta al reclamo – ex art. 3.2. Carta Servizi Wind), si ritiene di rigettare la richiesta di indennizzo per mancata risposta ai reclami, formulata dall'istante.

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) Il rigetto per le motivazioni di cui in premessa, dell'istanza presentata dalla ricorrente nei confronti della società Wind.

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) 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";

4) 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;

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