

Co.Re.Com. Cal/Ro

DELIBERAZIONE N. 245

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Arabesque Ristorante di xxx c/ Wind Telecomunicazioni xxx.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 17/12/2013, 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;

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- 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'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";

Vista l'istanza del 24 luglio 2013, acquisita al prot. Corecom Calabria n. 34320, con cui il Ristorante Arabesque di xxx, con sede in Carolei (CS), ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società Wind Telecomunicazioni 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.;

Vista la nota del 26 luglio 2013 (prot. n. 34829), 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;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il Ristorante Arabesque di xxx, con sede in Carolei (CS), titolare dell'utenza di rete fissa xxx, attiva con l'operatore Wind Telecomunicazioni xxx, ha introdotto il presente contenzioso, lamentando l'omesso inserimento del numero nell'elenco telefonico abbonati dall'anno 2011 all'anno 2014 e numerosi episodi di malfunzionamento/interruzione del servizio fonia (interruzione totale nei giorni 24, 25 e 26 maggio 2013).

Il tentativo di conciliazione, promosso dall'utente in relazione alla controversia *de qua*, si è concluso con il mancato accordo delle parti, come da verbale di mancata conciliazione del 12 luglio 2013, in atti.

Allega copia dell'estratto cartaceo dell'elenco abbonati, relativo agli anni 2013/2014.

L'istante chiede un congruo indennizzo per i disservizi sopra riferiti, oltre al rimborso delle spese di procedura.

La società Wind, tempestivamente costituita, respinge ogni addebito, eccependo l'infondatezza della pretesa avversaria e rappresenta che:

in data 12 giugno 2013, l'istante trasmetteva il formulario GU5, con richiesta di adozione di un provvedimento temporaneo nei confronti della convenuta, per le medesime motivazioni oggetto dell'odierna procedura;

in riscontro a detta istanza, la convenuta, con missiva del 17 giugno 2013, confermava che, a seguito delle verifiche tecniche effettuate, non si riscontrava alcun disservizio sull'utenza interessata;

in ordine al mancato inserimento in elenco, in fase di gestione del procedimento temporaneo, provvedeva ad inviare all'utente il modulo ETG per l'acquisizione del consenso alla pubblicazione, evidenziando come detto modulo non sia mai stato restituito dall'utente, né prima della suddetta data, né in fase successiva e come, tuttora, l'utente non abbia provveduto alla riconsegna del modulo stesso; con ciò, non autorizzando l'operatore ad alcuna pubblicazione in elenco.

In data 25 giugno 2013, l'istante trasmetteva un nuovo formulario GU5, ribadendo le medesime richieste già oggetto della precedente procedura per provvedimento temporaneo, ed in data 31 luglio 2013, la convenuta ne eccepiva l'inammissibilità ai sensi della delibera Agcom 276/13/Cons, in quanto la fattispecie in questione, non costituendo una forma di abuso idonea a legittimare l'adozione di un provvedimento temporaneo, può invece costituire presupposto per il riconoscimento di un indennizzo in sede di conciliazione e/o definizione della controversia.

Tanto premesso, la convenuta respinge ogni addebito in relazione ai fatti contestati, ribadendo che, prima della presentazione dell'istanza GU5, non risulta effettuato, da parte utente, alcun inoltro del modulo ETG, indispensabile all'avvio della procedura di pubblicazione, e che, in fase di gestione del provvedimento temporaneo, il predetto modulo, inoltrato al ricorrente, non è stato, comunque, da questi, restituito all'operatore; con il che Wind ritiene di non aver ricevuto l'autorizzazione alla pubblicazione negli elenchi telefonici.

Quanto alle ripetute interruzioni di linea, la convenuta eccepisce che, prima della presentazione della prima istanza per provvedimento temporaneo, non risulta effettuata, dall'utente, alcuna segnalazione di disservizio e che, in fase di gestione del provvedimento temporaneo, le verifiche tecniche non hanno rilevato alcun guasto.

Conclusivamente, la società resistente chiede il rigetto, per infondatezza, dell'odierno ricorso.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

L'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è, pertanto, proponibile.

Quanto al comportamento delle parti, valutabile ai fini della liquidazione delle spese di procedura, si rileva che entrambe hanno aderito al tentativo di conciliazione, senza raggiungere l'accordo, come da verbale di mancata conciliazione, in atti, e che l'udienza di secondo grado non si è tenuta, in quanto ininfluenza ai fini della decisione.

2. Riguardo al merito.

L'odierno ricorrente lamenta la mancata pubblicazione, nell'elenco telefonico abbonati, dei dati relativi alla propria utenza e, pertanto, chiede il riconoscimento di un indennizzo per gli anni di disservizio, evidenziando che, all'epoca della migrazione dal precedente gestore, il nominativo del precedente titolare dell'utenza era già presente nell'elenco abbonati; lamentando, altresì, di non essere stato informato, dalla convenuta, circa le modalità da seguire per la conferma dei dati nella banca dati unica e di non aver ricevuto adeguata assistenza, né prima né dopo la migrazione stessa.

In secondo luogo, il ricorrente lamenta ripetuti episodi di malfunzionamento/interruzione dell'utenza medesima, con conseguente richiesta di indennizzo.

2.1 In ordine all'omissione in elenco.

Quanto a tale lamentato disservizio, l'istante eccepisce di non aver mai ricevuto il modulo ETG, che l'operatore dichiara di avergli spedito; di non essere stato contattato per chiarimenti/acquisizione dei dati, nonostante le chiare manifestazioni di volontà ripetutamente espresse. Invoca l'applicazione alla fattispecie odierna del principio espresso dall'art. 4, comma 3, lett. f) della delibera Agcom n. 179/03/CSP, secondo cui *"gli organismi di telecomunicazioni si impegnano ad informare gli utenti del loro diritto di scelta di essere inseriti o meno negli elenchi telefonici a disposizione del pubblico e circa le modalità dell'inserimento, della modifica, dell'utilizzo, della cancellazione dei dati personali ..."*, concludendo che, in fattispecie analoga, l'Agcom ha così statuito: *"in assenza di tale esplicita informativa all'utente da parte dell'operatore, non può non rilevarsi una responsabilità in capo all'operatore stesso"* (giusta delibera n. 1/11/Cir).

In punto di diritto, si osserva che il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 15 luglio 2004, modif. dal provvedimento dell'1 aprile 2010, impone agli operatori telefonici, in qualità di titolari del trattamento, l'inserimento dei dati dei propri clienti, nonché l'aggiornamento periodico degli stessi nel Data Base Unico (DBU), *"conformemente alle manifestazioni di volontà degli interessati"* ed in risposta al questionario contenuto nel modulo di informativa e raccolta del consenso che ciascun operatore deve aver sottoposto ai propri clienti al momento della conclusione del contratto (o di conferma del medesimo, nel caso di stipulazione di un contratto a distanza).

Nel caso che ci occupa, stando alla documentazione agli atti, la società resistente ha dedotto l'infondatezza delle pretese di parte ricorrente, evidenziando la correttezza del proprio comportamento, ma soltanto dalla data della richiesta di provvedimento temporaneo (12 giugno 2013); in relazione al periodo antecedente, nulla ha dedotto l'operatore a sua difesa. Orbene, dall'esame della documentazione in atti, non emerge se, all'epoca della conclusione del contratto qui considerato, Wind avesse trasmesso all'odierno ricorrente il modulo di che trattasi, per la richiesta di inserimento nell'elenco abbonati, né se detto modulo sia mai stato restituito all'operatore, da parte dell'utente; infine, non vi è prova che l'utente medesimo sia stato debitamente informato circa le modalità di riconsegna del modulo e le conseguenze derivanti dalla sua eventuale mancata restituzione.

Ai sensi dell'art. 4, comma 3, lett. f) della delibera Agcom n. 179/03/CSP, su richiamata, ed in ossequio ai principi civilistici di buona fede e diligenza nell'esecuzione dei contratti, l'operatore deve fornire tali anzidette informazioni all'utente, affinché questi valuti consapevolmente se scegliere o meno di essere inserito negli elenchi in questione e comunichi l'eventuale suo consenso all'operatore. Sia l'Autorità garante dei dati personali, che l'Agcom, del resto, hanno previsto che l'inserimento dei dati personali degli utenti nel *database unico* (c.d. DBU) possa avvenire solo sulla base del consenso espresso degli abbonati medesimi.

Ciò premesso, considerato che l'istante eccepisce di non aver mai ricevuto, all'epoca della conclusione del contratto, detto modulo e rilevato che il convenuto operatore non ha fornito la prova contraria, limitandosi a dimostrare di aver assolto a tale adempimento, esclusivamente in fase di gestione del provvedimento temporaneo (ovvero dalla data di deposito della prima richiesta di provvedimento temporaneo, avvenuta il 12 giugno 2013), in applicazione dei principi sopra richiamati, si deve concludere per l'accoglimento della richiesta di indennizzo avanzata dall'odierno ricorrente, nei termini di seguito precisati. Nella controversia *de qua* è opportuno valutare, unitamente alla condotta dell'operatore, la stessa condotta del ricorrente in relazione al rispetto dei fondamentali doveri di diligenza, lealtà e correttezza contrattuale; infatti, dall'istruttoria è emerso che l'odierno istante ha inoltrato il suo primo reclamo all'operatore, in merito al disservizio di che trattasi, soltanto nel mese di giugno 2013, quando ha depositato l'istanza per il tentativo di conciliazione, pertanto, si è attivato per reclamare un suo diritto con notevole ritardo rispetto al verificarsi del disservizio da questi lamentato; si evidenzia che gli utenti hanno l'onere di inoltrare reclami/segnalazioni agli operatori in relazione ai disservizi riscontrati e che l'assolvimento di tale onere fa nascere, in capo agli operatori, l'obbligo di attivarsi tempestivamente per la risoluzione dei disservizi medesimi. Orbene, in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale (fatto proprio dall'Agcom), che trae fondamento dall'art. 1227 c.c., nella liquidazione dell'indennizzo, va tenuto presente l'eventuale concorso del fatto colposo del creditore; pertanto, se l'utente-creditore ha concorso nella causazione del danno (disservizio) o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo che gli spetta può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa o non dovuto affatto.

Nel caso di specie, usando la normale diligenza, l'utente avrebbe potuto accorgersi, a tempo debito, del disservizio in questione e segnalarlo tempestivamente all'operatore, mentre, come emerge dall'istruttoria, la segnalazione è stata effettuata con notevole ritardo, ciò stante, si ritiene di dover diminuire l'indennizzo proporzionalmente alla condotta negligente dell'utente, riconoscendogli un anno di disservizio; tanto premesso, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 1227 c.c. ed agli artt. 10 – 12 della delibera Agcom n. 73/11/Cons, si ritiene equo riconoscere al Ristorante Arabesque di xxx, con sede in Carolei (CS), un indennizzo complessivo di € 800,00 (ottocento/00) per il disservizio sopra riferito.

2.2 In ordine alle interruzioni/malfunzionamenti dell'utenza.

La domanda di indennizzo di parte utente non può trovare accoglimento per le ragioni che seguono:

- quanto agli asseriti episodi di malfunzionamento, la domanda è estremamente vaga ed indeterminata, oltre che sprovvista di elementi probatori. Infatti, l'assenza di riferimenti dettagliati rende impossibile qualsiasi accertamento in ordine all'"*an*", al "*quomodo*" ed al "*quantum*" del verificarsi del disservizio, con conseguente impossibilità di effettuare una valutazione adeguata in ordine alla liquidazione dell'eventuale indennizzo;
- quanto alle interruzioni totali del servizio, che, stando alla dichiarazione dell'utente, risultano circoscritte a soli tre giorni di disservizio, la circostanza viene confutata dall'operatore, che non rileva alcuna segnalazione, da parte dell'utente, nel periodo di riferimento ed assicura che, in fase di gestione del provvedimento temporaneo, ovvero nel mese di giugno 2013, le verifiche tecniche, eseguite sull'utenza in questione, non hanno rilevato alcun guasto.

Ciò stante, la relativa domanda di indennizzo non può trovare accoglimento e viene, pertanto, rigettata.

Per tutto quanto sopra esposto, ravvisata la parziale fondatezza dell'odierno ricorso, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 1227 c.c. ed agli artt. 10 e 12 della delibera Agcom n. 73/11/Cons, si stabilisce che la società Wind Telecomunicazioni xxx corrisponda al Ristorante Arabesque di xxx, con sede in Carolei (CS), un indennizzo complessivo di € 800,00 (ottocento/00) per l'omissione in elenco dall'anno 2011 all'anno 2014 incluso;

Ritenuto che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Corecom 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;

3. Sulle spese di procedura

Ritenuto equo liquidare, in favore dell'istante, a titolo di rimborso delle spese di procedura, l'importo complessivo di € 50,00 (cinquanta/00) in considerazione del comportamento tenuto dall'operatore Wind

Telecomunicazioni nel corso del procedimento di conciliazione e nella successiva fase di definizione della controversia;

Per tutto quanto sopra esposto

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., 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

Per i motivi riportati in premessa, che qui si confermano integralmente

- 1) L'accoglimento parziale delle richieste di indennizzo avanzate, con l'odierna istanza, dal Ristorante Arabesque di xxx, con sede in Carolei (CS), stabilendo che l'operatore Wind liquidi, in favore del medesimo utente, i seguenti importi:
 - a) € 800,00 (ottocento/00), a titolo di indennizzo per l'omesso inserimento in elenco, dall'anno 2011 all'anno 2014 incluso;
 - b) € 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura;
- 2) Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o di rimborso dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- 3) Resta salva la possibilità per il ricorrente di avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 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.;
- 4) Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "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";
- 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 Corecom Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;
- 6) La società resistente è tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera 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.

I Componenti

f.to Dott. Gregorio Corigliano

f.to Prof. Carmelo Carabetta

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

f.to Avv. Rosario Carnevale