

Co.Re.Com. Cal./FG

DELIBERAZIONE N.127

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA -FERRARA XXXXXX c/ WIND
TELECOMUNICAZIONI XXX**

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 15/05/2014 , 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 ss.mm. e ii.;

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 ss.mm. e ii.;

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 15 gennaio 2014, rubricata al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 1802, con cui il sig. Ferrara XXXXX ha chiesto l’intervento per la definizione della controversia in essere con la 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 ss. mm. e ii.;

la nota del 22 gennaio 2014, prot. n. 3039, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio 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 Ferrara XXXXX ha dichiarato quanto segue:

è titolare (jure successionis) dell’utenza telefonica Wind Infostrada XXXXXX inizialmente intestata alla madre, mentre le fatture risultano intestate al medesimo a far tempo dell’avvio del rapporto con la Wind;

il telefono non funziona ormai da anni: con l’intervento di tecnici (prima Telecom) è riuscito ad usufruire della linea de qua solo per brevi periodi;

a causa dei disservizi telefonici della linea, ha ottenuto una prima sentenza risarcitoria (n. 608/2008 del Giudice di Pace) e, con verbale di conciliazione dell’8 novembre 2011, un indennizzo e la funzionalità della linea (ma dopo pochi giorni i difetti si ripresentavano);

i vizi (*“rappresentati da interruzioni della linea, ora da impossibilità di uso a causa di rumori assordanti durante le telefonate a tal punto insopportabili da dovere chiudere la comunicazione ed utilizzare il telefono cellulare con il conseguente aggravio dei costi”*), avevano cadenze frequentissime nell’arco degli ultimi cinque-sei anni, via via sempre aumentando;

ha sempre pagato le fatture;

i guasti sono riconducibili all’avvento delle linee adsl. *“La Telecom ha inserito nei collegamenti delle linee “voce” un duplicatore (o forse anche “triplicatore” o “quadruplicatore”) di linea, così appoggiando alla “linea voce” la nuova linea (ovvero le nuove linee) Adsl ed ottenendo l’effetto di raddoppiare (o triplicare ecc.) la originaria singola comunicazione (e quindi le utenze) utilizzando una sola linea. Tale apparato in gergo tecnico si definisce MT4”*;

“i difetti in presenza del predetto apparato sono praticamente ineliminabili e gli interventi tecnici effettuati sono solo rimedi momentanei”;

dal mese di gennaio 2013 la suddetta utenza risulta disturbata da continui ed assordanti fruscii e scariche “*simil-elettriche*” di fondo che si manifestano ininterrottamente e per tutta la durata delle conversazioni, sia nelle chiamate in entrata che in uscita (è costretto “*a chiudere il numero di telefono*” e gravarsi della richiamata, usando il cellulare). Tale situazione si associa ad ulteriori fastidiosissimi episodi di assenza di segnale per un prolungato numero di ore, oppure per giorni; il 22 marzo 2013, dopo vari tentativi, (effettuando due telefonate identificate dal codice PF26P8 – alle 14.16 ; codice PF28E1 alle 14.18) ha contattato il call center che non ha preso in carico il problema. Il 24 aprile 2013, si è provveduto ad inoltrare reclamo, a mezzo raccomandata; i tentativi profusi per risolvere bonariamente la vicenda non hanno sortito esito alcuno.

Per i suesposti motivi, il ricorrente ha promosso il 19 settembre 2013, presso questo Co.Re.Com., il tentativo di conciliazione, conclusosi con un verbale negativo, per mancato accordo tra le parti.

Con istanza introduttiva del presente contenzioso, il ricorrente ha richiesto il ripristino della funzionalità della linea, gli indennizzi per il disservizio; nonché il risarcimento del danno.

In seguito alla nota di avvio del procedimento, con memoria del 17 febbraio 2014 il ricorrente chiede gli indennizzi dalla data di inizio del citato disservizio, “*ovvero dall’8 novembre 2011 e fino alla definizione della presente controversia*”.

Con memoria del 20 febbraio 2014, l’odierna convenuta ha controdedotto in ordine ai rilievi sollevati dal ricorrente, precisando:

“il 7 ottobre 2011, con istanza UG, l’istante lamentava presunti disservizi di rete. Il 27 ottobre 2011, a conclusione della predetta procedura, le parti raggiungevano un accordo in ragione del quale Wind, a mero titolo conciliativo, riconosceva € 500,00 (cinquecento/00). Successivamente, il servizio veniva correttamente erogato e costantemente fruito, senza che quest’ultimo effettuasse alcuna segnalazione di presunto guasto verso la convenuta”;

il 17 aprile 2013, l’istante contattava il servizio clienti per segnalare un presunto guasto, e, non essendo presente nel proprio domicilio, veniva invitato ad un ricontatto al fine di consentire le opportune verifiche tecniche da espletare on line. Di contro l’istante inoltrava reclamo con il quale chiedeva un intervento tecnico risolutivo.

Il 23 maggio, dopo diversi e vani tentativi, gli è stato inviato un riscontro dichiarando: “*non siamo riusciti a contattarla per effettuare alcune verifiche, la invitiamo a chiamare il servizio clienti*”;

il 23 settembre 2013, l’istante avviava una nuova conciliazione avente ad oggetto, tra le altre cose, il presunto malfunzionamento della linea a partire dal 2011 (reclamando per una fattispecie per la quale era stato già indennizzato). “*L’8 ottobre 2013, l’udienza si chiudeva con un verbale di mancato accordo: l’istanza veniva riconosciuta improcedibile per la parte in cui risultava formulata una richiesta per una fattispecie già indennizzata. L’istanza veniva considerata non accoglibile per la restante parte non risultando segnalazioni di guasto da parte dell’istante precedenti il 17 aprile 2013*”.

da una verifica sulle fatture emesse, si rileva la presenza di traffico nel periodo oggetto di contestazione.

1 In tema di rito.

In via preliminare, è opportuno rilevare che il ricorrente ha avanzato nella presente procedura domande assolutamente nuove, che non sono state oggetto del precedente tentativo di conciliazione.

In particolare, con la domanda del precedente tentativo, l’istante ha richiesto gli indennizzi per il malfunzionamento e le ripetute sospensioni utenza per cause tecniche per l’anno 2013 (“**Dal mese di Gennaio 2013 la suddetta utenza risulta, di nuovo e per l’ennesima volta, disturbata...**”). In merito alla presente procedura, il ricorrente ha richiesto, altresì: 1) gli indennizzi per il malfunzionamento e le ripetute sospensioni utenza per cause tecniche dal 27 ottobre 2011.

L'ampliamento dell'esame alle nuove questioni, consentirebbe l'elusione del principio di obbligatorietà della fase conciliativa, pertanto le richieste de quibus devono essere dichiarate inammissibili (cfr. DELIBERA N. 17/10/CRL).

Per di più, è opportuno rilevare (per come dichiarato da Wind nelle proprie memorie) che l'8 ottobre 2013, l'udienza di conciliazione per l'odierna controversia, si è chiusa con un verbale di mancato accordo: ***“L'istanza veniva riconosciuta improcedibile per la parte in cui risultava formulata una richiesta per una fattispecie già indennizzata. L'istanza veniva considerata non accoglibile per la restante parte non risultando segnalazioni di guasto da parte dell'istante precedenti il 17 aprile 2013”***

E' stato indennizzato il malfunzionamento per l'anno 2011. Difatti, previa istanza UG del 7 ottobre 2011, con cui l'istante ha lamentato i disservizi in parola, il 27 ottobre 2011, a conclusione della predetta procedura, le parti hanno raggiunto un accordo in base al quale Wind, a mero titolo conciliativo, gli ha riconosciuto € 500,00 (cinquecento/00).

Wind ha dichiarato, altresì, (contrariamente a quanto affermato dall'istante che dopo pochi giorni dall'avvenuta conciliazione “i difetti si ripresentavano”) che *“successivamente il servizio veniva correttamente erogato e costantemente fruito, senza che quest'ultimo effettuasse alcuna segnalazione di presunto guasto verso la convenuta”*.

Ciò è attestato dalla circostanza che agli atti non risultano segnalazioni per il 2011, ma solo la comunicazione del 22 marzo 2013 ed il reclamo del 24 aprile 2013. Risulta, inoltre, difficile comprendere le ragioni per le quali l'istante dal 2011, nonostante i disservizi, non abbia cambiato gestore ed abbia, pure, pagato le fatture.

Appare, infine, utile dar conto del comportamento delle parti nella fase della conciliazione e, nello specifico evidenziare che l'operatore convenuto ha aderito all'udienza di conciliazione.

Ciò premesso, si rileva che la domanda di risarcimento del danno formulata dall'istante esula dalla competenza di questo Co.Re.Com. chiamato solo a verificare la sussistenza del fatto obiettivo, cui si correla il riconoscimento di un congruo indennizzo, come previsto espressamente dall'articolo 19, comma 4, della delibera 173/07/CONS. Tuttavia, resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno.

Per quanto sopra evidenziato, ne consegue che la domanda di risarcimento danni, avanzata dal ricorrente, deve intendersi come domanda di condanna di Wind al pagamento di un indennizzo, quale conseguenza delle contestazioni oggetto del presente procedimento.

A seguito di istruttoria, questo Co.Re.Com. ha ritenuto non indispensabile disporre udienza di discussione, né le parti l'hanno richiesta.

2 Riguardo al merito.

Dichiarata l'inammissibilità delle domande nuove, non oggetto del precedente tentativo di conciliazione, ed al fine di delimitare l'ambito del petitum, occorre precisare che la domanda relativa all'odierna controversia verte sostanzialmente sul malfunzionamento della linea dal 22 marzo 2013 (segnalazione al call center).

2.1 Con riferimento al malfunzionamento della linea

Entrando nel merito della fattispecie, deve osservarsi che l'istante ha riscontrato dal mese di gennaio 2013 che l'utenza de qua *“risulta disturbata da continui ed assordanti fruscii simil scariche elettriche di fondo che si manifestano ininterrottamente e per tutta la durata delle conversazioni, sia nelle chiamate in entrata che in uscita (...)*. Inoltre, a tale circostanza si associava anche l'assenza di segnale per un prolungato numero di ore, oppure per giorni.

Per tale motivo, il 22 marzo 2013, dopo vari tentativi, (effettuando due telefonate identificate dal codice PF26P8 – alle 14.16 ; codice PF28E1 alle 14.18), ha contattato il call center (senza avere nessuna assistenza) e successivamente, il 24 aprile 2013, ha provveduto ad inoltrare reclamo.

Di converso, Wind precisa che il 17 aprile 2013 l'istante ha contattato il servizio clienti per segnalare un presunto guasto, e, non essendo presente nel proprio domicilio, veniva invitato ad un ricontatto per consentire le opportune verifiche tecniche da espletare on line. L'istante inoltrava, invece, reclamo con il quale chiedeva un intervento tecnico risolutivo.

Ciò precisato, si evidenzia che, nelle proprie memorie, Wind si è limitata a precisare che da una verifica delle fatture emesse, si è rilevata la presenza di traffico nel periodo oggetto di contestazione. In realtà dal dettaglio del traffico risultano 2 contatti nel mese di gennaio 2013, 2 nel mese di aprile e 3 nel mese di maggio, ma nulla risulta sulla regolare erogazione del servizio, nulla sugli interventi successivi per verificare la reale natura del disservizio.

Ne consegue che l'operatore non ha dimostrato di avere garantito l'erogazione del servizio in modo regolare, continuo e senza interruzioni, quanto avrebbe dovuto fare in base al disposto dall'articolo 3 comma 4 della delibera 179/03/CSP ed alla luce dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (sezione II, 20 gennaio 2010 n.936) che ha acclarato: *“il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa. 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, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.”*

Cosicché, in mancanza di prova dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, deve ritenersi la responsabilità contrattuale di questi, non avendo provato, 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 (cfr. DELIBERA N. 10/10/CRL).

Orbene, atteso che dall'istruttoria condotta non emerge prova della soluzione del malfunzionamento e della adeguata individuazione delle ragioni del disservizio, si può affermare che sussiste la responsabilità per inadempimento del gestore, in ordine al periodo considerato.

Ne consegue, che la domanda proposta dall'istante, in ordine alla richiesta di indennizzo per il malfunzionamento del servizio per l'anno 2013, è accolta.

Il periodo da prendere in considerazione ai fini del calcolo del relativo indennizzo va dal primo contatto al call center, ossia dal 22 marzo 2013 sino alla presentazione dell'UG (19 settembre 2013), considerato che a quella data il guasto non era stato ancora riparato.

2.2 Con riferimento agli indennizzi

Per quanto evidenziato al punto 2.1, Wind è tenuta a liquidare in favore dell'istante la somma complessiva di € 452,50 (quattrocentocinquanta/50), a titolo di indennizzo per irregolare o discontinua erogazione del servizio non accessorio, calcolata dal 22 marzo (data del primo contatto al call center) al 19 settembre 2013 (data di presentazione UG), per complessivi giorni 181, al parametro giornaliero di € 2,50, per ogni giorno di malfunzionamento, ai sensi dell'art. 5, comma 2, delibera n. 73/11/CONS, allegato A.

Ritenuto, altresì, che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Co.Re.Com. 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 Con riferimento alle spese di procedura

L'art. 19, comma 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 ”.

Nel caso di specie, va rilevato che Wind ha aderito all'udienza di conciliazione e, nella fase di definizione, ha prodotto memorie particolarmente dettagliate della controversia in essere, che dimostrano che l'operatore non agito in mala fede

Per quanto sopra precisato, nulla è dovuto a titolo di rimborso spese.

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

- 1) L'inammissibilità delle domande nuove;
- 2) Wind Telecomunicazioni XXX., in accoglimento parziale dell'istanza formulata dal sig. Ferrara XXX, è tenuta a corrispondere a questi, mediante assegno o bonifico bancario € 452,50 (quattrocentocinquanta/50) a titolo di indennizzo per irregolare o discontinua erogazione del servizio.
Nulla è dovuto in ordine alle spese di procedura.
- 3) 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;
- 4) E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'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.;
- 5) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato *"il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259"*;
- 6) 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 CoRe.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;
- 7) Wind Telecomunicazioni XXX è tenuta 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'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 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 Prof. Carmelo Carabetta

F.to Dott. Gregorio Corigliano

V. Il Direttore del Co.Re.Com.

F.to Avv. Rosario Carnevale

Il Presidente

F.to Prof. Alessandro Manganaro