

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 128

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Orlando xxx c/ WIND TELECOMUNICAZIONI

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 17.07.12, 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 febbraio 2012, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 8951, con cui il sig. xxx, ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società WIND TELECOMUNICAZIONI, 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 24 febbraio 2012 (prot. n. 9747), 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

Con istanza di definizione, depositata il 21 febbraio 2012, il sig. xxx, promuoveva dinanzi al Co.Re.Com. Calabria un procedimento di definizione nei confronti della WIND Telecomunicazioni.

In particolare, le doglianze riguardano:

- 1) Interruzione linea voce da parte dell'operatore WIND, mancato riscontro ai reclami e importi non dovuti.
L'utente precisa che è titolare dell'utenza mobile ricaricabile (Sim Wind) con l'operatore WIND. Pur tuttavia nel periodo 30 gennaio 25 marzo 2010, il ripetitore di rete mobile Wind (cd. BTS sigla di Base transceiver station "stazione radio base") che copre il Comune di residenza dell'istante e i comuni limitrofi, ha subito un grave disservizio, con totale disattivazione dello stesso e conseguente completa interruzione del servizio telefonico mobile nella relativa area di copertura. Tale disservizio ha determinato per l'utenza l'assoluta impossibilità di fruire dei tre servizi oggetto del contratto sottoscritto con Wind. Nello specifico il sig. xxx non ha potuto fruire del servizio di telefonia mobile (sia in entrata che in uscita), del servizio di invio/ricezione sms, nonché del servizio internet mobile. Il disservizio è stato segnalato subito al numero assistenza clienti Wind 155, evidenziando i malfunzionamenti riscontrati e sollecitando un intervento risolutivo. Inoltre l'operatore, nonostante il disservizio ha continuato indebitamente a prelevare dal conto prepagato i corrispettivi previsti dalle pattuizioni contrattuali (canoni mensili). Nonostante i numerosi solleciti, l'operatore Wind non ha dato alcun riscontro. La funzionalità del ripetitore è stata ripristinata solamente il 25 marzo 2010, per tali ragioni l'istante chiede alla Wind l'indennizzo per il malfunzionamento del servizio ovvero per la completa interruzione di 3 servizi non accessori: telefonia mobile, servizio sms, internet mobile e l'indennizzo per mancata risposta ai reclami.

L'utente quindi ha ribadito le doglianze e le richieste già proposte con il ricorso per il tentativo di conciliazione, promosso l' 8 novembre 2011 e ha chiesto a questo Co.Re.Com. con istanza depositata in data 21 febbraio 2012, come supra rilevato, di definire l'odierna controversia.

A seguito di lettera di avvio del procedimento del 24 febbraio 2012, con cui il Co.Re.Com. ha chiesto alle parti del procedimento i chiarimenti istruttori ritenuti necessari, entrambe hanno depositato memoria e documentazione volta a comprovare quanto da esse dichiarato.

In proposito, l'operatore convenuto ha così argomentato e controdedotto:

- preliminarmente eccepisce l'inammissibilità dell'istanza ex artt. 14 e 19 della delibera 173/07 /CONS;
- rileva nel merito l'infondatezza delle pretese del ricorrente;

L'operatore contesta la ricostruzione della vicenda effettuata dall'utente e rileva l'infondatezza dell'istanza di definizione di cui ha richiesto il rigetto con ogni conseguenza di legge, specificando che le condizioni generali di contratto Wind, relative al servizio somministrato prevedono che: *"Wind possa sospendere in ogni momento il servizio, in tutto o in parte, anche senza preavviso, in caso di guasti alla rete e agli apparati di fornitura del servizio, dipendenti da caso fortuito o forza maggiore, nonché nel caso di modifiche e/o manutenzioni straordinarie non programmate tecnicamente indispensabili"* (art. 3.3 modifica e sospensione del servizio) ed ancora, che *"Wind si impegna ad assicurare la migliore funzionalità del*

sistema ma non si assume alcuna responsabilità nel caso in cui eventuali carenze del servizio siano dovute a cause ad essa non imputabili, quali, a mero titolo esemplificativo problemi tecnici, interferenze, particolari condizioni atmosferiche o ostacoli... nelle ipotesi di caso fortuito e forza maggiore, Wind non sarà in alcun modo responsabile della mancata o difettosa fornitura del servizio, né risponderà di alcuna perdita, danno o lesione che ne derivano al cliente, siano essi diretti o indiretti, prevedibili o imprevedibili, tra i quali, in via esemplificativa e non esaustiva, perdite economiche/finanziarie, di affari, di ricavi, e di utili e/o avviamento commerciale. Costituiscono casi di forza maggiore gli eventi al di fuori del ragionevole controllo di Wind, a titolo esemplificativo ma non esaustivo, attività e/o decisioni governative e/o della Pubblica Amministrazione, catastrofi naturali, fulmini, incendi, esplosioni, sommosse, guerre, epidemie, limitazioni legali, scioperi energia, trasporti ecc." (art. 3.4 limitazione di responsabilità).

Wind, sottolinea inoltre, che le pretese dell'istante risultano del tutto infondate, in ragione anche della stessa natura del servizio di somministrazione di telefonia mobile erogato dall'operatore. Infatti Wind specifica che la circostanza che è oggetto di un contratto di somministrazione di servizi telefonici mobili è la possibilità di usufruire, per l'utente, di tale servizio, nella quasi totalità del territorio nazionale, ed internazionale. E' possibile che il servizio sia meno efficiente in alcune zone per debolezza del segnale derivante da svariati motivi. Mai, invero, le compagnie telefoniche hanno potuto garantire con certezza la totale copertura territoriale dei propri servizi, né tale circostanza è mai stata oggetto di un preciso obbligo contrattuale per il quale, in caso contrario, potrebbe essere invocato, un qualsivoglia tipo di inadempimento, come invece avviene per i servizi di rete fissa. Difatti, "con la sottoscrizione di un contratto di telefonia fissa, il gestore, dietro il versamento di un corrispettivo, si obbliga all'esecuzione di una fornitura del servizio presso la residenza o la sede del cliente, per una determinata durata, e, pertanto, in caso di impossibilità di ricevere o effettuare chiamate il gestore sarà ritenuto responsabile"; diversamente, per la telefonia mobile, "il gestore non è nelle condizioni di sapere il luogo di esecuzione del contratto, ben potendo il luogo dell'acquisto, la residenza dell'acquirente, nonché l'effettiva zona dell'uso del credito, corrispondere a tre luoghi geograficamente distinti".

L'odierno utente deposita le repliche alla memoria difensiva dell'operatore sottolineando che Wind non contesta in alcun modo il disservizio lamentato del periodo 30 gennaio - 26 marzo 2010 quindi la ricorrenza di detto disservizio deve pertanto considerarsi incontestata, "in sostanza, la Wind vorrebbe far passare l'idea secondo cui il disservizio de quo sarebbe riconducibile a cause ad essa non imputabili" e inoltre Wind non fornisce alcuna prova della sussistenza "cause ad essa non imputabili" e non riscontra nulla documentalmente. Inoltre il disservizio protrattosi per ben 54 giorni è incompatibile con qualunque richiamo a situazioni di caso fortuito o di forza maggiore. Inoltre nella zona di disservizio è ordinariamente assicurata la copertura di rete mobile Wind tramite un ripetitore cd. BTS installato proprio nel territorio del comune di residenza dell'odierno utente. Infatti prima del disservizio l'utente beneficiava regolarmente della rete telefonica, anzi la scelta di fornirsi della linea Wind è stato proprio dovuto alla presenza del ripetitore 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.

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nelle due fasi procedurali: entrambe hanno partecipato all'udienza di conciliazione, tenutasi in data 8 novembre 2011.

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

2. Riguardo al merito.

Al riguardo, la presente controversia ha come oggetto l'interruzione da parte dell'operatore WIND, della linea voce dei servizi sms e di internet da telefono mobile, nonché il mancato riscontro ai reclami ed importi non dovuti da parte dell'operatore WIND TELECOMUNICAZIONI, nel periodo gennaio-marzo 2010.

2.1 Sulla richiesta di indennizzo per malfunzionamento del servizio e interruzione dei servizi accessori.

Ciò premesso, sulla base delle dichiarazioni e della documentazione in atti, si ritiene che la domanda dell'istante debba essere accolta in quanto la responsabilità dell'operatore Wind nel caso sopra richiamato è resa evidente dal fatto che il contratto di somministrazione del servizio telefonico sottoscritto dagli utenti prevede l'erogazione del servizio con continuità e senza interruzioni.

La carta dei servizi Wind 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 prevede 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...”

Inoltre la delibera 22/10 CIR stabilisce che: “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, allorquando 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’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”*.

2.2 Sulla mancata risposta ai reclami.

Per quanto riguarda la risposta ai reclami, l’istante, lamenta che questi non abbiano sortito alcun esito, di contro l’operatore Wind in sua difesa non attesta le risposte ai suddetti reclami.

Al riguardo, 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.

In ragione di quanto appena esposto, si ritiene di non dover accogliere l’istanza di indennizzo da mancata risposta al reclamo proposta dall’odierno utente.

Nel caso di specie, entrambe le parti non hanno provato documentalmente tali reclami.

Ritenuto, conclusivamente, che la domanda del ricorrente sia, parzialmente meritevole di accoglimento, nei termini sotto espliciti e che pertanto l’operatore Wind debba provvedere a riconoscere al medesimo:

- Indennizzo di Euro 250,00 (duecentocinquanta/00) per il malfunzionamento dell’utenza mobile, per il periodo dal 3 febbraio al 25 marzo 2010 per complessivi 50 giorni, al parametro giornaliero di Euro 5,00, conformemente a quanto stabilito dall’art. 5, comma 1, della delibera 73/11 CONS, allegato A;
- Indennizzo di Euro 125,00 (centoventicinque/00) per l’interruzione dei servizi accessori per il periodo dal 3 febbraio al 25 marzo 2010 per complessivi 50 giorni, al parametro giornaliero di Euro 2,50, conformemente a quanto stabilito dall’art. 5, comma 2, della delibera 73/11 CONS, allegato A;

Atteso 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. 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 “vadano comunque “rimborsate all’utente, indipendentemente dall’esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l’esperimento del tentativo di conciliazione”.

In conformità, dunque, a quanto previsto da tale articolo – a mente del quale, “Nel provvedimento decisorio l’Autorità può riconoscere il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l’espletamento della procedura ” – si riconosce, equitativamente, al Sig. xxx l’importo complessivo di Euro 50,00 (cinquanta/00), a titolo di rimborso spese di procedura.

Per 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, nei termini esposti in motivazione dell'istanza presentata dal sig. xxx in data 21 febbraio 2012, per il che la società Wind è tenuta a corrispondere all'utente, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

a) Indennizzo di Euro 250,00 (duecentocinquanta/00) per il malfunzionamento dell'utenza mobile, per il periodo dal 3 febbraio al 25 marzo 2010 per complessivi 50 giorni, al parametro giornaliero di Euro 5,00, conformemente a quanto stabilito dall'art. 5, comma 1, della delibera 73/11 CONS, allegato A;

b) Indennizzo di Euro 125,00 (centoventicinque/00) per l'interruzione dei servizi accessori per il periodo dal 3 febbraio al 25 marzo 2010 per complessivi 50 giorni, al parametro giornaliero di Euro 2,50, conformemente a quanto stabilito dall'art. 5, comma 2, della delibera 73/11 CONS, allegato A;

c) Euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di spese di procedura.

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;

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;

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;

5) 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