

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 174

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Autellitano xxxc/ WIND TELE COMUNICAZIONI

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 24.09.2012, 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 20 marzo 2012, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 14196, con cui la sig.ra xxxx, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con la Società Wind Infostrada, 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 23 marzo 2012 (prot. n. 14872), 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 20 marzo 2012, la sig.ra xxxx, promuoveva dinanzi a questo Co.Re.Com. un procedimento di definizione nei confronti della Wind Infostrada.

In particolare, le doglianze riguardano:

- 1) Ritardata attivazione contratto, addebito somme in contestazione e richiesta indennizzo e mancata risposta ai reclami.

L'utente precisa che nel dicembre 2009 contattava il servizio clienti Wind per aderire all'offerta "Absolute Adsl" sulla propria linea telefonica. L'offerta prevedeva un canone mensile di € 29,08 per il primo anno e per il primo mese di attivazione una serie di abbonamenti e servizi a cui comunque l'utente non era interessata. Dopo circa tre mesi dall'accettazione della proposta, la Wind non aveva provveduto ancora all'erogazione del servizio, l'utente quindi decideva e comunicava l'intenzione (vista l'inadempienza) di voler rimanere con il precedente gestore (Tele2). La Wind però non risponde alla richiesta dell'utente e il 3 maggio 2010 (5 mesi dopo l'accettazione della proposta), attiva i servizi e inserisce in fattura tutti i servizi che erano stati descritti come gratuiti il primo mese perché inseriti nell'offerta. L'utente quindi invia raccomandata di reclamo alla Wind, la quale non risponde e non restituisce le somme indebitamente percepite. L'utente non avendo ricevuto alcun riscontro ai vari reclami il 31 marzo 2011, mediante raccomandata invia disdetta del contratto, ed il gestore di contro invia fattura con un canone maggiorato rispetto a quanto previsto contrattualmente.

L'utente quindi ha ribadito le doglianze e le richieste già proposte con il ricorso per il tentativo di conciliazione, e ha chiesto a questo Co.Re.Com., come supra rilevato, di definire l'odierna controversia, allegando copia della documentazione comprovante quanto da esso dichiarato, al fine di ottenere: "l'indennizzo per il ritardo nell'attivazione del servizio, la restituzione delle somme pagate per servizi non richiesti, restituzione del maggior canone pagato nella fattura del 9 maggio 2011, l'indennizzo per mancata risposta ai reclami dal 16 marzo 2011 e il rimborso delle spese".

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 23 marzo 2012, con cui è stato chiesto alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari, l'operatore ha prodotto tempestivamente, memoria difensiva e documentazione a supporto della rispettiva posizione.

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 in aggiunta a ciò che in data 15 dicembre 2009 perveniva una richiesta di migrazione della numerazione xxxx, la Wind quindi avviava il relativo provisioning, ma in data 17 dicembre 2009, riceveva un primo "KO" per "Linea in fase di trasformazione tecnica", quindi il 6 gennaio 2010, Wind provvedeva a richiedere l'ordine, ma l'8 gennaio 2010, veniva di nuovo dato un "KO" con la medesima motivazione. In data 26 gennaio 2010 veniva reinoltrata la richiesta e veniva correttamente espletata il 3 maggio 2010. Il 26 marzo 2010 l'istante trasmetteva una prima comunicazione riscontrata da Wind l'8 giugno 2010 con risposta alle verifiche richieste. Il 30 novembre 2010, perveniva una nuova comunicazione di contestazione dei canoni fatturati, il 2 dicembre 2010 Wind rispondeva al reclamo rappresentando che le opzioni delle quali l'utente contestava i canoni risultavano regolarmente disattivati alla data della richiesta dell'utente. Il 7 aprile 2011, l'istante trasmetteva una richiesta di disdetta del contratto, Wind quindi avviava il provisioning di cessazione, che si completava il 20 maggio 2011, limitandosi ad emettere fatture per competenze sino al 26 aprile 2011.

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 nella fase procedimentale: entrambe le parti hanno aderito all'udienza di conciliazione, in data 20 settembre 2011.

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.

2. Riguardo al merito.

La presente controversia ha come oggetto la ritardata attivazione contratto, addebito somme in contestazione, richiesta indennizzo e mancata risposta ai reclami da parte dell'operatore Wind.

2.1 Sulla ritardata attivazione contratto.

Quanto alla richiesta di indennizzo per la ritardata attivazione contratto, occorre specificare che il contratto stipulato tra le parti è indubbiamente un contratto di somministrazione, per cui "una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose" (art. 1559 c.c.). 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. È noto l'orientamento costantemente espresso dalla Suprema Corte (Cass. Civ. n.2387/04), secondo il quale *"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"*. La legge 2 aprile 2007, n. 40, recante *"conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese"*, ha riconosciuto all'utente finale la facoltà di trasferire il contratto di fornitura del servizio in capo ad un altro operatore, vietando vincoli temporali o ritardi, e senza spese non giustificate da costi dell'operatore. A seguito di tale normativa, si è sviluppata un'ampia attività regolamentare da parte dell'AGCOM, avviata con la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, recante *"Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso"*, che prevede misure *"a tutela dei consumatori, in quanto garantiscono la migrazione degli utenti con minimo disservizio e la libertà di scelta degli stessi nel cambiare fornitore di servizi di accesso, in coerenza con quanto previsto all'articolo 1, comma 3 della legge 2 aprile 2007 n. 40"*.

Specificamente, la delibera 274/07/CONS introduce una procedura bilaterale volta ad assicurare una concreta attuazione della facoltà riconosciuta all'utente di trasferire la propria utenza ad altro operatore, evitando incertezze sui tempi di attivazione del servizio e disservizi. In particolare, l'articolo 17 detta alcuni principi di carattere generale relativi alle procedure di migrazione/attivazione, stabilendo al comma 2 che in caso di trasferimento delle risorse di rete di accesso tra due operatori, i tempi di interruzione del servizio all'utente finale sono ridotti al minimo (anche tramite apposite procedure di sincronizzazione), con l'obiettivo di non recare disservizi al cliente finale e al comma 12 che le causali di rigetto e di rimodulazione della data di consegna sono limitate a quelle contenute nell'elenco esaustivo concordato con gli altri operatori e che non sono ammesse causali generiche che non individuino l'effettivo problema riscontrato. La delibera n. 68/08/CIR (Disposizioni in merito alla capacità giornaliera di evasione delle richieste di migrazione ai sensi della delibera n. 274/07/CONS), con cui è stato imposto a ciascun operatore, in qualità di operatore donating, di mettere a disposizione degli altri operatori una capacità giornaliera di evasione degli ordinativi da intendersi come potenzialità minima da assicurare nei confronti delle richieste di migrazione complessivamente provenienti dagli operatori recipient (articolo 1). Il successivo articolo 3 ha poi stabilito che al verificarsi di accumuli di arretrati di lavorazione di ordinativi di migrazione, gli operatori donating e recipient interessati sono tenuti a cooperare nell'adottare misure straordinarie per lo smaltimento di tali arretrati, individuando le modalità operative idonee a minimizzare gli impatti e i disservizi all'utenza. Per quanto riguarda la c.d. procedura *"OLO2OLO"* (quelle in cui un consumatore intenda trasferire la propria utenza da un operatore donating *"OLO"* - vale a dire, diverso da Telecom - ad un altro *"OLO"*), disciplinata dalla delibera 274/07/CONS e dalle successive integrazioni e modifiche, l'AGCOM ha previsto che la relativa attivazione sia effettuata a cura dell'utente, che, allo scopo, può contattare il suo nuovo operatore recipient oppure il proprio donating. Va tuttavia

sottolineato che il ruolo assegnato all'utente all'interno di tale procedura si esaurisce nella fase di avvio della stessa, di talché il buon esito di quest'ultima dipende in misura pressoché esclusiva dai suddetti operatori recipient e donating cui sono rimesse tutte le verifiche e gli adempimenti tecnici necessari. L'art. 18 della delibera conferisce infatti un ruolo fondamentale agli operatori donating e recipient, dal cui comportamento diligente dipende, in concreto, l'effetto utile del diritto previsto dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/07.

Ne consegue che, com'è possibile evincere dal quadro normativo e regolamentare in precedenza richiamato, in assenza di un comportamento pienamente diligente e collaborativo da parte di tali soggetti, il compimento della procedura di migrazione secondo la volontà dell'utente può risultare compromesso e il relativo diritto vanificato.

Gli operatori recipient e donating possono interrompere la migrazione o richiedere la rimodulazione della data attesa di consegna solo in casi eccezionali e non dipendenti dalla propria volontà, secondo quanto previsto all'articolo 17, comma 12, della medesima delibera 274/07/CONS.

Ciò premesso, pertanto, per la determinazione della misura dell'indennizzo, in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito dalla Delibera 179/03/CSP, ed al principio di equità stabilito nell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, si ritiene di dover prendere in considerazione la fattispecie nel suo complesso e le ripercussioni che in concreto possono essere derivate dall'inadempimento, dovendosi impedire che da tale inadempimento possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate, per entrambe le parti. Venendo al caso in esame, si valutano i seguenti elementi: a) tipo di contratto (utenza privata) b) durata complessiva del ritardo nella migrazione; c) il disagio patito.

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

Nella fattispecie, l'utente ha lamentato la ritardata attivazione del contratto stipulato con l'operatore Wind. Quest'ultima ha prodotto documentazione, dalla quale si evince che dalla richiesta di migrazione dell'odierno utente (15 dicembre 2009) la Wind attiva la richiesta solamente il 3 maggio 2010. La Wind aveva l'onere di dimostrare la tempestiva attivazione dei servizi, ovvero che la mancata o ritardata attivazione fosse dipesa da causa ad essa non imputabile; così come aveva l'onere di dimostrare di avere tempestivamente informato l'utente delle eventuali difficoltà tecniche e/o amministrative incontrate nell'adempimento delle obbligazioni. Sicché, in mancanza di prova dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, ovvero che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, deve ritenersi per ciò la responsabilità contrattuale di Wind, ex art. 1218 c.c.. Valutati tutti gli elementi appena esposti, e rammentando che l'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche fa espresso riferimento all'equità nell'immaginare il sistema degli indennizzi, si ritiene che nella fattispecie sia equo e proporzionale liquidare un indennizzo pari a € 1.200,00 (milleduecento/00).

2.2 Sulla restituzione delle somme pagate per servizi non richiesti.

Per quanto concerne i servizi non richiesti, addebitati nelle fatture, si ritiene che non avendo alcuna delle due parti in modo specifico indicato tali servizi, né le somme ad essi imputabili; considerato che l'ammontare delle fatture pagate dall'utente è esigua; considerato che l'abbonamento mensile sottoscritto è di € 29,08, che l'importo delle fatture è comprensivo di Iva e che la fattura ad esempio del 4 ottobre 2010 pari a € 65,76 (la più esosa fra quelle allegate in atti) è relativa al periodo di fatturazione di un bimestre; si ritiene per tali ragioni, che l'indennizzo richiesto dall'utente, venga incluso nella somma stabilita – in via equitativa – al precedente punto 2.1.

2.3 Sulla mancata risposta ai reclami.

Quanto alla richiesta dell'utente 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 entro il termine indicato nel contratto (45 giorni ex art. 3.2. Carta Servizi Wind), in forma scritta.

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. Nel caso di specie, come dichiarato e provato documentalmente dall'utente, questi ha reclamato più volte il disagio patito all'operatore Wind, in dettaglio il primo reclamo è datato (come da documentazione in atti) 17 marzo 2010 e la risposta della Wind è datata 8 giugno 2010, il secondo reclamo invece è datato 30 novembre e la risposta della Wind è datata 22 dicembre 2010. Quindi per quanto concerne il termine di 45 giorni relativi alla risposta ai reclami, Wind non ha rispettato tale termine solo relativamente al primo reclamo, con un ritardo di risposta pari a 36 giorni. Per tali ragioni si riconosce un indennizzo pari a € 36,00

(trentasei/00), per il periodo dal 2 maggio al 7 giugno 2010, per un totale di 36 giorni di ritardo, al parametro giornaliero di Euro 1,00, conformemente a quanto stabilito dall'art. 11 della delibera 73/11 CONS, allegato A;

Ritenuto, conclusivamente, che la domanda della ricorrente sia, meritevole di accoglimento, nei termini sotto espliciti e che pertanto l'operatore Wind debba provvedere a riconoscere alla medesima:

- l'indennizzo in via equitativa di Euro 1.200,00 (milleduecento/00) per ritardata attivazione del contratto;
- l'indennizzo di Euro 36,00 (trentasei/00), per mancata risposta ai reclami, per il periodo per il periodo dal 2 maggio al 7 giugno 2010, per un totale di 36 giorni di ritardo, al parametro giornaliero di Euro 1,00, conformemente a quanto stabilito dall'art. 11 della delibera 73/11 CONS, allegato A;

Atteso che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Comitato 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".

Nel caso di specie, l'udienza di conciliazione si è conclusa con un verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti. Per tali motivi, si ritiene equo, compensare le spese della procedura di definizione.

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 nei termini esposti in motivazione dell'istanza presentata dalla sig.ra xxxx, in data 20 marzo 2012. Per il che la società Wind è tenuta a corrispondere all'utente, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

- a) l'indennizzo in via equitativa di Euro 1.200,00 (milleduecento/00) per ritardata attivazione del contratto;
- b) l'indennizzo di Euro 36,00 (trentasei/00), per mancata risposta ai reclami, per il periodo per il periodo dal 2 maggio al 7 giugno 2010, per un totale di 36 giorni di ritardo, al parametro giornaliero di Euro 1,00, conformemente a quanto stabilito dall'art. 11 della delibera 73/11 CONS, allegato A;
- c) le spese di procedura sono compensate.

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