

**Co.Re.Com. Cal/Nic**

**DELIBERAZIONE N. 189**

**Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Amadeo xxxx c/ WIND TELECOMUNICAZIONI**

**IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI**

Nella seduta del giorno 3.10.2012, 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/O3/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 10 aprile 2012, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 17680, con cui il sig. **xxxx**, ha chiesto l'intervento di questo organismo 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/O7/Cons. e succ. modif. ed int.;

la nota del 16 aprile 2012 (prot. n. 18552), 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 10 aprile 2012, il sig. **xxxx**, promuoveva dinanzi a questo Co.Re.Com. un procedimento di definizione nei confronti della Società Wind Telecomunicazioni.

In particolare, le doglianze riguardano:

- 1) Mancato rientro in Wind.

L'utente precisa che nel mese di settembre 2011 è stato contattato telefonicamente da un operatore della BT Italia che gli ha proposto un'offerta relativa all'utenza telefonica (già attiva con l'operatore Wind) in funzione presso il proprio studio medico. Successivamente l'istante ha appreso: "di aver cambiato gestore telefonico, senza il proprio consenso, e quindi richiedeva il rientro in Wind (tramite call center e raccomandata del 20 ottobre 2011) ma tuttavia rimaneva anche senza linea telefonica nel proprio studio".

La linea è stata riattivata solo il 12 febbraio 2012.

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. con istanza depositata in data 10 aprile 2012, di definire l'odierna controversia.

Per tali ragioni l'istante chiede: "l'indennizzo per il disservizio posto in essere da Wind".

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 16 aprile 2012, con cui sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari, nessuna parte ha prodotto la memoria difensiva e la documentazione a supporto della rispettiva posizione.

### **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 hanno partecipato all'udienza di conciliazione, tenutasi in data 13 gennaio 2012.

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 il mancato rientro in Wind.

##### **2.1 Sul mancato rientro in Wind.**

Quanto alla mancata portabilità in ordine al cambiamento dei fornitori di accesso, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – nell'intento di dettare 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" – ha adottato la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, con cui ha introdotto 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. In particolare, l'articolo 17, comma 2, stabilisce 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; tale disposizione ribadisce principi già sanciti da alcune previsioni del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche", secondo cui i tempi di attivazione, e correlativamente di disattivazione, del servizio, costituiscono elementi che devono necessariamente far parte del contenuto minimo del contratto sottoscritto fra utente e operatore (cfr. articolo 70, comma 1, lettera b). A tal fine, le modalità di gestione dei servizi di accesso prevedono procedure di consegna del servizio a data certa, indicata dal recipient (c.d. D.A.C. data di attesa consegna) in fase di invio dell'ordine sulla base delle indicazioni del cliente. Inoltre 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"*.

Wind aveva pertanto l'onere di dimostrare l'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 la responsabilità contrattuale di Wind, ex art. 1218 c.c.. Riguardo alla prova, inoltre, vige il principio di cui l'art. 2697 (onere della prova), in base al quale "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento" e "chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda".

Più in particolare, in tema di contratti telefonici, le questioni relative all'onere della prova sono pacificamente risolte in tal senso: *"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).

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

Nella fattispecie, l'utente ha lamentato il mancato rientro in Wind dal 20 ottobre 2011 al 12 febbraio 2012.

Nel caso di specie, il termine massimo per la portabilità della numerazione non deve superare i dieci giorni dalla richiesta, come previsto dalla vigente normativa sopra richiamata, da calcolare dal decimo giorno successivo alla ricezione della raccomandata (relativa alla richiesta di rientro in Wind).

L'utente ha pertanto diritto all'indennizzo richiesto per ritardato rientro in Wind Telecomunicazioni dal 4 novembre 2011 al 12 febbraio 2012, per complessivi 100 giorni da calcolarsi al parametro giornaliero di Euro 5,00, conformemente a quanto stabilito dal combinato disposto di cui agli artt. 6 comma 1, e 12 comma 2 (utenza di tipo "affari"), della delibera 73/11 CONS, allegato A;

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

- l'indennizzo pari a € 1.000,00 (mille/00) per mancato rientro, per il periodo dal 4 novembre 2011 al 12 febbraio 2012, per complessivi 100 giorni, al parametro giornaliero di euro 5,00, conformemente a quanto stabilito dal combinato disposto di cui agli artt. 6 comma 1, e 12 comma 2 (utenza di tipo "affari"), 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 dal sig. **xxxx**, in data 10 aprile 2012. Per il che la società Wind Telecomunicazioni è tenuta a corrispondere all'utente, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

a) l'indennizzo pari a € 1.000,00 (mille/00) per mancato rientro, per il periodo dal 4 novembre 2011 al 12 febbraio 2012, per complessivi 100 giorni, al parametro giornaliero di euro 5,00, conformemente a quanto stabilito dal combinato disposto di cui agli artt. 6 comma 1, e 12 comma 2 (utenza di tipo "affari"), della delibera 73/11 CONS, allegato A.

b) 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