

Co.Re.Com. Cal/Rep

DELIBERAZIONE N.35

**OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - DIGITAL STUDIO xxxxxx c/ WIND
TELECOMUNICAZIONI xxx. - utenza n. xxxxx**

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 24/03/2015, 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;

il 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 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. del 19 aprile 2007, "Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e ss.mm.e ii, di seguito "Regolamento";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico", di seguito "Regolamento indennizzi";

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 23 dicembre 2014, acquisita al prot. Co.Re.Com. n. 53820, con cui il succitato ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con Wind Telecomunicazioni (di seguito, per brevità, "Wind"), ai sensi degli 14 e ss del Regolamento;

la nota del 29 dicembre, prot. n. 54177, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il ricorrente, ha depositato presso questo Co.Re.Com., istanza di definizione della controversia, e ha specificato che: "ha sottoscritto un contratto mobile Wind, denominato - All'inclusive Business Smart Sim Edition -, relativo all'utenza xxxxx (identificato con il Codice cliente n. xxxxxx) che prevedeva la possibilità di effettuare telefonate urbane ed extraurbane senza limiti ed, in particolare, la connessione internet illimitata, a fronte di un canone fisso mensile di € 30,00. Ha riferito anche che il servizio ADSL non è mai stato perfettamente funzionante, poiché la connessione era lentissima e, quindi, non idonea all'uso, e che la linea voce era assente e/o cadeva improvvisamente (vedi anche nota del 10 febbraio 2014)".

Lo stesso ha specificato anche di aver reclamato i suddetti disservizi, numerose volte al servizio clienti, senza però fornire alcun elemento probatorio a sostegno della pretesa odierna.

In data 4 novembre 2014 ha promosso presso questo Co.Re.Com. il tentativo obbligatorio di conciliazione nei confronti di Wind per "malfunzionamento/ripetute sospensioni del servizio ADSL per cause tecniche, addebito somme in contestazione, mancata risposta ai reclami", conclusosi con un verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti.

Con istanza introduttiva del presente contenzioso, ha chiesto - come già detto - di definire l'odierna controversia, al fine di ottenere dall'operatore:

- "l'annullamento delle fatture successive alla disdetta";
- "l'annullamento della richiesta di pagamento della penale";
- "il risarcimento dei danni patrimoniali e non causati dall'inadempimento contrattuale dell'operatore telefonico".

Wind, con tempestiva memoria difensiva, a cui ha unito documenti, ha contestato la ricostruzione della vicenda effettuata dall'istante, rilevando, in via preliminare, l'inammissibilità dell'istanza, per assenza di elementi idonei a contestualizzare il disservizio, argomentando che:

- "l'istante ha fruito del contratto (sottoscritto in data 1 marzo 2013) per diversi mesi, senza mai eccepire alcuna segnalazione per presunto guasto";
- "in data 23 gennaio 2014 perveniva notifica di cessazione MNP della sim xxxxxx, per passaggio verso altro OLO e il successivo 27 gennaio, la predetta sim cessava per migrazione verso Vodafone";

- *“nella fattura n. xxxxxx è stato correttamente addebitato il canone fino al 26 gennaio 2014 e la TCG per il relativo mese”;*
- *“In data 25 marzo, l’istante, per il tramite del suo legale, inoltrava inspiegabilmente una richiesta di risoluzione contrattuale, quando oramai la numerazione non risultava più intestata a Wind”*

La stessa, infine, ha chiesto il rigetto di tutte le domande proposte perché infondate in fatto e in diritto.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l’istanza proposta nei confronti di Wind soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall’art. 14 del Regolamento ed è, pertanto, proponibile.

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, nonché l’eventuale riconoscimento di un congruo indennizzo, come previsto espressamente dall’art. 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 dall’odierno 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 il merito.

La presente controversia ha come oggetto il malfunzionamento del servizio adsl dell’utenza in oggetto. Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizio di telefonia. Ciò emerge in modo incontrovertito dall’esame degli atti depositati dalle parti.

2.1 Con riferimento al malfunzionamento.

Il ricorrente chiede ristoro economico al gestore, per i disagi subiti a causa del malfunzionamento della linea adsl, ma non descrive in maniera chiara e precisa i fatti. Difatti, non indica il periodo in cui si sarebbe verificato il malfunzionamento, né agli atti risultano segnalazioni e/o reclami scritti relativi al disservizio (risulta solamente un verbale di mancata conciliazione con l’operatore Wind, del 19 novembre 2014 e una nota datata 10 febbraio 2014, con cui l’istante chiede la risoluzione del contratto per inadempimento contrattuale, quando si era già verificata la cessazione MNP della sim, per passaggio ad altro OLO).

Nel caso di specie, a quanto riferisce il ricorrente, non si è trattato di un’interruzione del servizio, perché ne ha continuato a fruire, seppure con modalità parzialmente diverse da quelle attese, ma di una irregolare e discontinua erogazione di servizio, attesa anche la natura dello stesso, in quanto fruibile da utenza mobile e non da una postazione fissa.

In base alla disciplina generale dell’onere della prova dettata dall’art. 2697 codice civile ed al principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. 11 novembre 2008, n. 26953, Cass. 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. 20 gennaio 2010 n. 936), il creditore che agisce per l’adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell’inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall’avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell’obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l’onere di dimostrare l’avvenuto esatto adempimento.

Di conseguenza, nel caso in cui l’utente lamenti disservizi e problematiche di connessione, spetta all’operatore provare di aver fornito i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzione e di essere tempestivamente intervenuto per risolvere le problematiche; così come, a fronte di problemi di lentezza del collegamento internet rispetto a quello contrattualmente previsto dall’operatore, spetta a quest’ultimo fornire la prova di aver invece puntualmente adempiuto, anche tramite il deposito di prove tecniche effettuate.

A tal proposito, si richiama l'art. 1175 c.c., il quale impone sia al debitore sia al creditore di comportarsi secondo le regole della correttezza e di buona fede, per le quali ognuno ha l'obbligo di salvaguardare l'utilità dell'altro, nei limiti di un sacrificio apprezzabile. Dunque, da una parte, il debitore deve eseguire tutte quelle prestazioni necessarie per realizzare compiutamente l'interesse del creditore, mentre, dall'altra, il creditore è tenuto a quella cooperazione che è d'uso tra persone corrette, per facilitare al debitore l'adempimento, o almeno per evitargli inutili aggravii.

Assolvendo all'onere di reclamo, gli utenti potranno dimostrare di aver agito con diligenza e potranno validamente eccepire l'inadempimento contrattuale della controparte, invocando tutte le tutele offerte dalle norme in materia.

Tanto premesso, pur avendo ben chiaro il principio espresso dall'art. 3, comma 4, della delibera Agcom n. 179/03/CSP, secondo cui gli organismi di telecomunicazione sono tenuti ad erogare i servizi dedotti in contratto in modo regolare, preciso e senza interruzioni, non può sottacersi che l'istante, nel caso de quo, non è riuscito a fornire alcun elemento di prova a sostegno dell'esistenza dei disservizi lamentati, come, ad esempio, una richiesta di ripristino del servizio formulata al momento dell'asserito malfunzionamento del servizio medesimo, che possa avallare l'attendibilità della richiesta.

Parimenti, per quanto riguarda la lentezza della linea Adsl, lo stesso, si è limitato a contestare la velocità di connessione, adducendo che questa fosse al di sotto dei parametri previsti nel contratto sottoscritto, senza provare tramite il deposito di prove tecniche, la lentezza del servizio ed, anche in questo caso, agli atti non risulta prova che egli abbia segnalato il problema all'operatore. Per questo tipo di problemi gli utenti finali hanno a disposizione lo strumento di test di velocità per dimostrare la lentezza del collegamento adsl.

Di converso, Wind, per i principi sopra richiamati di buona fede nell'esecuzione del contratto, fornisce i dettagli del traffico dati delle connessioni effettuate comprovanti la regolarità dell'utilizzo del servizio (disponibile negli archivi Wind, ovvero dall'1 marzo 2013 al 28 gennaio 2014), nonché la relativa documentazione tecnica (nota del Ministero dello Sviluppo Economico - Dipartimento comunicazione, datata 12 dicembre 2011, prot. DGSCER/1/MAR/101151).

La problematica connessa alla lentezza del servizio adsl, è disciplinata dalla delibera n. 244/08/CSP, che all' art. 8, comma 6, prevede che: *"qualora il cliente riscontri valori misurati degli indicatori peggiorativi rispetto a quelli di cui sopra può presentare, entro 30 giorni dalla ricezione del risultato della misura, un reclamo circostanziato all'operatore e ove non riscontri il ripristino dei livelli di qualità del servizio entro 30 giorni dalla presentazione del predetto reclamo, egli ha facoltà di recedere senza penali dal contratto per la parte relativa al servizio di accesso a Internet da postazione fissa, con un preavviso di un mese, mediante comunicazione inviata all'operatore con lettera raccomandata"*.

In conclusione, considerata la fattispecie nel suo complesso, valutata la documentazione prodotta dall'operatore, si ritiene di dover rigettare la richiesta di indennizzo per malfunzionamento.

3) Con riferimento all'annullamento delle fatture e della penale.

L'istante chiede l'annullamento delle fatture successive alla disdetta, nonché l'annullamento della penale (ossia dei costi per la dismissione del servizio).

Preliminarmente, risulta provato che tra le parti è intercorso un contratto di somministrazione di servizi telefonici di rete mobile, attivato in data 1 marzo 2013 e che detto contratto è stato risolto in data 27 gennaio 2014, su richiesta dell'utente, dopo la migrazione verso altro operatore. Tali dati si ricavano *per tabulas* dalla memoria prodotta da Wind, in cui si legge *"...in data 25 gennaio 2014, dunque a distanza di quasi un anno dalla originaria attivazione, perveniva notifica di cessazione MNP della sim xxxxxx, per passaggio verso altro OLO. Il successivo 27 gennaio (...) la sim veniva cessata per migrazione verso Vodafone..."*

Orbene, come si evince dalla documentazione in atti, la decisione di sciogliere il contratto de quo è stata liberamente assunta dall'istante. L'operatore nella memoria prodotta evidenzia chiaramente che l'utenza di che trattasi è migrata verso altro operatore dopo circa un anno dall'attivazione del contratto e che la richiesta di risoluzione è stata avanzata quando già era avvenuto il passaggio ad altro operatore. Tale circostanza non risulta, peraltro, confutata dall'istante.

Relativamente all'annullamento delle fatture, l'istante ha prodotto la fattura n. xxxxxx di Euro 126,64 (ultima fattura emessa da Wind, considerato che il passaggio ad altro OLO è avvenuto il 27 gennaio 2014), dalla quale si evince che l'operatore ha addebitato il canone mensile fino al 26 gennaio 2014, la tassa di concessione governativa dal 1 gennaio al 31 gennaio 2014, nonché il contributo per disattivazione per recesso anticipato della sim, pari a Euro 80,00 (data cessazione 27 gennaio 2014, con scadenza contrattuale 14 marzo 2015).

La legge n. 40/2007, come confermato nelle Linee guida della Direzione Tutela dei consumatori di Agcom, stabilisce che, a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso, gli unici importi che possono essere posti a carico dell'utente sono quelli giustificati da costi degli operatori, ovvero le spese per cui sia dimostrabile e dimostrato un pertinente e correlato costo sopportato per procedere alla disattivazione.

A tal proposito, la giurisprudenza di merito ha chiarito che i contratti contenenti offerte promozionali derogano al divieto contenuto nell'art. 1 della L. 40/2007, e che nel caso di risoluzione contrattuale anticipata, la *ratio* giustificativa delle penali risiede nella necessità di garantire all'operatore un ritorno economico al fine di ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio del contratto e di riequilibrare i benefici economici concessi al cliente con un riallineamento forfetario alle condizioni economiche dei contratti base (in tal senso, la sentenza del Consiglio di Stato n. 1442/2010, nonché la sentenza del Tar del Lazio n. 5361/2009 e n. 4269/2009).

Pertanto, nel caso di specie, sarebbe stato utile conoscere la tipologia del contratto sottoscritto dalle parti, al fine di poter valutare la fondatezza degli addebiti contestati. Nessuna delle due parti ha prodotto e/o fornito copia del contratto, relativo all'offerta cui ha aderito il ricorrente (All'inclusive Business Smart Sim Edition), per di più, non risulta agli atti neppure disdetta contrattuale effettuata da parte istante. Come evidenziato *ut supra*, il ricorrente ha inoltrato solo una istanza di risoluzione del contratto per inadempimento contrattuale (nota datata 10 febbraio 2014, senza la prova della ricevuta A/R), dopo la migrazione verso altro OLO, avvenuta il 27 gennaio 2014.

Considerato che l'istanza è generica, e non è supportata da idonea documentazione, è rigettata anche la richiesta di annullamento delle fatture e della penale formulata dall'istante.

4) Con riferimento alle spese di procedura.

Nulla è riconosciuto 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

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

- 1) Il rigetto dell'istanza presentata dalla signor Zumbo R. M., nella qualità di legale rappresentante della D. RC, in data 22 dicembre 2014;
- 2) E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/CONS;
- 3) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento sopra citato "Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;
- 4) La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Co.Re.Com. e dell'Autorità (www.agcom.it), assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;
- 5) Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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 Dott. Gregorio Corigliano

F.to Prof. Carmelo Carabetta

Il Presidente

F.to Prof. Alessandro Manganaro

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

Il Direttore

F.to Avv. Rosario Carnevale