

CO.RE.COM. CAL/RO

DETERMINA DIRETTORIALE N.27 DEL 11.03.2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA (Scopelliti xxxxx/Wind Telecomunicazioni xxx – utenza n. xxxxx)

IL DIRETTORE

VISTI:

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";

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;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

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" ed, in particolare, l'art. 19, comma 6, che così recita: *"la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente 500,00 (cinquecento/00) euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Direttore, salvo nei casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, che possono essere rimessi alla decisione dell'Organo Collegiale"*;

il Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, adottato con delibera n. 73/11/CONS. del 16 febbraio 2011;

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com" e successive modifiche. ed integrazioni;

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);

DATO ATTO della deliberazione Co.Re.Com. Calabria n. 234 del 17 luglio 2014, con cui il Comitato ha conferito al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all'adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (*cinquecento/00*) euro, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, sopra citata;

RICHIAMATO il punto III.5.5. dell'Allegato alla delibera AgCom 276/13/CONS "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", secondo cui: *"al fine di determinare il valore della controversia per l'applicazione della procedura semplificata di cui all'art. 19, comma 7, si avrà riguardo al valore del decisum, e non di quanto dichiarato all'atto dell'istanza. Pertanto, seppure l'utente chieda una somma superiore come indennizzo per il disservizio subito, se l'importo effettivamente liquidato è inferiore ad euro cinquecento, si provvederà con determina direttoriale"*;

VISTA l'istanza, acquisita al prot. n. 43488 del 9 ottobre 2014, con cui la ricorrente in oggetto ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società in epigrafe, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, di seguito "Regolamento";

VISTA la nota del 18 ottobre 2014, prot. n. 44723, con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

VISTA la nota pervenuta in data 19 novembre 2014, con cui la Società resistente ha prodotto la memoria difensiva nel termine di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento;

VISTE le controdeduzioni prodotte dal legale della ricorrente e tutta la documentazione in atti;

RILEVATO che l'odierna controversia attiene a : 1) interruzione servizio fonia + ADSL dal 14 al 24 luglio 2014; 2) addebito somme in fattura; 3) mancato inserimento nell'elenco telefonico abbonati dall'anno 2010 a tutto il 2014. Il tentativo di conciliazione, promosso dall'utente in relazione alla controversia *de qua*, si è concluso con il mancato accordo delle parti, come da verbale di mancata conciliazione del 24 settembre 2014, in atti. L'istante chiede un provvedimento di definizione della controversia che condanni l'operatore al riconoscimento degli indennizzi contrattuali in ragione dei sopra indicati disservizi, allo storno delle somme indebitamente corrisposte in fattura ed al rimborso delle spese per l'espletamento della presente procedura.

La società resistente, tempestivamente costituita, respinge ogni addebito, eccependo l'integrale infondatezza delle domande avversarie e chiedendone il rigetto.

- 1) Quanto alla lamentata interruzione dei servizi (fonia+ADSL) nel periodo su indicato, Wind dichiara e dimostra di avere disposto la cessazione del contratto in questione per migrazione dell'utenza verso altro operatore (su richiesta del 27 maggio 2014 da parte dell'operatore *recipient* Telecom Italia), espletata il 15 luglio successivo. Nella medesima data, stando a quanto dichiarato da Wind, l'istante ha contattato il servizio clienti per lamentare un disservizio sulla linea (interruzione dell'utenza); in data 9 ottobre 2014, ha depositato istanza per provvedimento temporaneo, lamentando l'interruzione dei servizi nel periodo su indicato ed il mancato inserimento del proprio nominativo nell'elenco telefonico abbonati dall'anno 2010 a tutto il 2014, con richiesta dei relativi indennizzi. Dunque, alla data del reclamo, ovvero il 15 luglio, l'utenza era migrata verso l'altro gestore, pertanto, il processo di portabilità non poteva più essere arrestato (vedasi art. 17, comma 7 della delibera Agcom n. 274/07/Cons.) con la conseguenza che nessuna responsabilità può essere ascritta alla società convenuta per il disservizio lamentato da parte istante nel periodo considerato. A riprova di quanto esposto, Wind esibisce in atti il dettaglio del traffico effettuato sulla linea in oggetto fino alla data del 15 luglio 2014.
- 2) Quanto alle contestazioni mosse circa le fatture indicate nel mod. GU14, Wind conferma la regolarità degli addebiti. In particolare, evidenzia come la fattura n. xxxxx, relativa al periodo 11/07/2014 - 10/09/2014,

di € 36,21, contenga l'addebito di € 35,00 + Iva per "costo di migrazione verso altro operatore" ed addebiti pari a zero per canoni e consumi; per quanto riguarda la fattura n. xxxxx, anch'essa contestata dall'utente, relativa al bimestre 11/05/2014 – 10/07/2014, la stessa riporta addebiti per canoni e consumi, generati dall'utenza in questione (come da dettaglio traffico in atti) riferiti ad un periodo antecedente i lamentati disservizi.

- 3) Infine, per quanto concerne l'omissione dei dati anagrafici dell'utente negli elenchi telefonici abbonati, l'operatore eccipisce l'assenza di qualsiasi reclamo in tal senso, durante gli anni del disservizio, e chiede che la richiesta di indennizzo venga rigettata. Invoca, al riguardo, l'applicazione del principio espresso dall'Agcom nelle "linee guida" alla risoluzione delle controversie, giusta delibera n. 276/13/Cons, secondo cui, nella liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento anche al concorso del fatto colposo del creditore. Pertanto, se l'utente-creditore ha concorso nella causazione del danno, o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa ed alle conseguenze, o non dovuto affatto. Inoltre, la stessa Agcom ha precisato, con riferimento ai criteri temporali per il calcolo dell'indennizzo, che se il comportamento dell'utente induce a ritenere, da parte sua, un completo disinteresse per il disservizio subito, perché, ad esempio, non ha reclamato per mesi o addirittura per anni, il predetto calcolo va fatto decorrere dal momento in cui l'interesse all'indennizzo si manifesta e diventa attuale attraverso un reclamo o una qualsiasi altra forma di interlocuzione con l'operatore.

Nello specifico, Wind precisa che, in fase di acquisizione vocale del consenso per il contratto in questione, il consulente Wind aveva comunicato alla cliente che era necessario restituire all'operatore il modulo ETG per l'inserimento dei dati nel database unico, giacché solo la manifestazione del consenso, espressa nelle forme indicate, autorizza l'operatore all'inserimento dei dati dell'utente negli elenchi telefonici abbonati, giuste disposizioni del Garante della privacy. Orbene, la convenuta dichiara di non aver mai ricevuto, da parte dell'odierna ricorrente, il modulo ETG, debitamente redatto e sottoscritto.

Per tutte le ragioni su esposte, la società resistente, nel respingere ogni addebito, insiste per il rigetto integrale delle richieste di parte istante.

Passando all'esame della questione,

PRELIMINARMENTE, dovendo valutare il comportamento delle parti ai fini della liquidazione delle spese di procedura, si rileva che entrambe hanno aderito al tentativo di conciliazione, senza raggiungere l'accordo, e che l'udienza di secondo grado non si è tenuta, in quanto non è stata espressamente richiesta ed è stata giudicata ininfluenza ai fini della decisione;

NEL MERITO, all'esito dell'istruttoria, è emerso quanto segue:

- 1) stando alle dichiarazioni dell'operatore, non confutate da controparte e suffragate dalle schermate di sistema, in atti, l'utenza in oggetto è migrata verso Telecom in data 16 luglio 2014; il giorno prima della conclusione della procedura suddetta, è emerso che l'istante aveva contattato il servizio clienti per segnalare un disservizio sulla propria linea. Wind afferma che, dalla registrazione del contatto, l'utente avesse manifestato la volontà di recedere dal contratto e di arrestare/invertire il processo di migrazione, ma che la richiesta fosse tardiva e, pertanto, inutile, dal momento che il processo di portabilità dell'utenza *de qua* era ormai giunto a conclusione. L'assunto dell'operatore è in linea con quanto disposto dalla delibera Agcom n. 274/07/Cons, che individua, tra l'altro, specifiche modalità e termini per il recesso del cliente dal contratto (concluso con l'operatore *recipient*) e, di conseguenza, per l'arresto del processo di portabilità. Nel caso che ci occupa, la cliente avrebbe dovuto, nei termini indicati dalla delibera citata, manifestare tale volontà all'operatore *recipient*, Telecom, al fine di interrompere il processo di migrazione in atto. Ancora, si evidenzia che, ai sensi della normativa su richiamata, il passaggio dell'utenza tra gli operatori coinvolti nel processo di portabilità, deve avvenire con il minimo disagio per l'utente, garantendo la sincronizzazione delle procedure, affinché la linea non resti "disservita". Ciò posto, al fine della liquidazione di un eventuale indennizzo alla ricorrente, occorre verificare se l'interruzione dei servizi (fonia+ADSL), dalla stessa lamentati, nei giorni 14 e 15 luglio 2014, abbia effettivamente interessato l'utenza in questione.

A tal riguardo, Wind esibisce i tabulati di traffico, da cui risulta che, nel breve periodo anzidetto, l'utenza ha generato traffico e si è regolarmente connessa ad internet. Ne consegue che, in mancanza di prova del disservizio, deve disporsi il rigetto della domanda di indennizzo.

- 2) Quanto alle richieste di storno delle fatture emesse da Wind, citate nell'odierna istanza di definizione, si osserva che la fattura n. xxxxx, relativa al bimestre 11/05/2014 – 10/07/2014, ovvero al periodo antecedente i disservizi sopra riferiti, riporta addebiti per canoni e consumi, che risultano correttamente contabilizzati in base al piano tariffario sottoscritto dalla cliente e regolarmente generati dall'utenza in oggetto. Per quanto sopra, la richiesta di storno della fattura suddetta non può essere accolta.

Quanto alla domanda di storno della fattura n. xxxxx, relativa al periodo 11/07/2014 – 10/09/2014, dell'importo di € 36,21, la domanda viene accolta per le ragioni che seguono: la fattura riporta un addebito di € 35,00 + Iva per "costo di migrazione verso altro operatore" ed importi pari a zero per consumi.

Orbene, ai sensi dell'art. 1, comma 3 della legge n. 40/2007 (c.d. "Decreto Bersani"), gli utenti hanno facoltà di trasferire le linee telefoniche presso altri operatori senza vincoli temporali né spese. In seguito, l'Autorità ha precisato che gli unici importi ammessi a carico degli utenti, sono quelli "giustificati" da "costi" sostenuti dagli operatori, per cui sia dimostrabile un "pertinente e correlato costo dai primi sopportato per procedere alla disattivazione o al trasferimento". Nel caso delle migrazioni, l'Autorità ha inoltre sottolineato che "generalmente le attività di disattivazione della configurazione preesistente coincidono con le attività tecniche da effettuarsi in fase di attivazione dall'operatore che acquisisce il cliente. Esse sono dunque già remunerate da quest'ultimo. In tali casi, pertanto, eventuali costi di disattivazione posti a carico dell'utente non sono in linea di massima giustificati".

Passando al caso che ci occupa, in aggiunta all'indirizzo dell'Autorità, testé riportato, si evidenzia che la linea in questione è migrata, con effetto dal 16 luglio 2014, verso l'operatore Telecom, che, di norma, addebita al nuovo utente un "costo" per l'attivazione del servizio; inoltre, la fattura in esame non riporta addebiti per consumi.

Alla luce di tutto quanto sopra rilevato, ravvisata l'iniquità di tale addebito, che si aggiunge al costo sostenuto dalla ricorrente per l'attivazione del servizio presso il nuovo operatore, in accoglimento della domanda dell'istante, si dispone che la società Wind provveda allo storno integrale della fattura n. xxxxx, di € 36,21 e che, qualora la stessa sia stata, nel frattempo, saldata, provveda al rimborso del relativo importo in favore della ricorrente.

- 3) Infine, per quanto concerne la richiesta di indennizzo per omissione in elenco, la domanda viene accolta nei termini seguenti.

Sotto il profilo normativo, il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 15 luglio 2004, modif. dal provvedimento dell'1 aprile 2010, impone agli operatori telefonici, in qualità di titolari del trattamento, l'inserimento dei dati dei propri clienti, nonché l'aggiornamento periodico degli stessi, nel Data Base Unico (DBU), "conformemente alle manifestazioni di volontà degli interessati" ed in risposta al questionario contenuto nel modulo di informativa e raccolta del consenso che ciascun operatore deve aver sottoposto ai propri clienti al momento della conclusione del contratto (o di conferma del medesimo, nel caso di stipulazione di un contratto a distanza).

Ai sensi dell'art. 4, comma 3, lett. f) della delibera Agcom n. 179/03/CSP, "gli organismi di telecomunicazioni si impegnano ad informare gli utenti del loro diritto di scelta di essere inseriti o meno negli elenchi telefonici a disposizione del pubblico e circa le modalità dell'inserimento, della modifica, dell'utilizzo, della cancellazione dei dati personali ..."; in fattispecie analoga, l'Agcom ha statuito che "in assenza di tale esplicita informativa all'utente da parte dell'operatore, non può non rilevarsi una responsabilità in capo all'operatore stesso" (giusta delibera n. 1/11/Cir).

Nel caso che ci occupa, la società resistente ha dedotto l'infondatezza della domanda avversaria, dichiarando che, al momento della conclusione del contratto, la cliente fosse stata informata della facoltà di essere inserita in elenco, previa compilazione e inoltro dell'apposito modello ETG.

Orbene, dall'esame della documentazione in atti, non emerge se, all'epoca della conclusione del contratto qui considerato, Wind avesse trasmesso all'odierna ricorrente il modulo di che trattasi, per la richiesta di inserimento nell'elenco abbonati, né se detto modulo sia mai stato restituito all'operatore, da parte dell'utente; infine, non vi è prova che la cliente sia stata debitamente informata circa le modalità di riconsegna del modulo e le conseguenze derivanti dalla sua eventuale mancata restituzione.

Ai sensi dell'art. 4, comma 3, lett. f) della delibera Agcom n. 179/03/CSP, su richiamata, ed in ossequio ai principi civilistici di buona fede e diligenza nell'esecuzione dei contratti, l'operatore deve fornire tali

anzidette informazioni all'utente, affinché questi valuti consapevolmente se scegliere o meno di essere inserito negli elenchi in questione e comunichi l'eventuale suo consenso all'operatore. Sia l'Autorità garante dei dati personali, che l'Agcom, del resto, hanno previsto che l'inserimento dei dati personali degli utenti nel *database unico* (c.d. DBU) possa avvenire solo sulla base del consenso espresso degli abbonati medesimi.

Ciò premesso, considerato che l'istante eccepisce di non aver mai ricevuto alcun modulo per esprimere tale consenso e rilevato che il convenuto operatore non ha fornito la prova contraria; rilevato, altresì, che la clausola inserita nei contratti sottoscritti dalla ricorrente (il primo, risalente al 2010 e la modifica contrattuale del 2013) prevedono espressamente il subentro del gestore in tutti i rapporti dell'utente con il gestore precedente, ciò posto, in applicazione dei principi sopra richiamati, si conclude per l'accoglimento della detta richiesta di indennizzo. Tuttavia, nella controversia *de qua* è necessario valutare, unitamente alla condotta dell'operatore, anche la condotta dell'utente in relazione al rispetto dei fondamentali doveri di diligenza, lealtà e correttezza contrattuale. Dall'istruttoria è emerso che, durante la vigenza del contratto, l'odierna istante non ha mai reclamato per il disservizio di che trattasi e che soltanto all'atto del deposito dell'istanza per provvedimento temporaneo, in data 9 ottobre 2014, ha reclamato ed ha chiesto il pagamento dell'indennizzo dall'anno 2010.

Si evidenzia che gli utenti hanno l'onere di inoltrare reclami/segnalazioni agli operatori in relazione ai disservizi riscontrati e che l'assolvimento di tale onere fa nascere, in capo agli operatori, l'obbligo di attivarsi tempestivamente per rimuovere gli inconvenienti medesimi.

Orbene, in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale (fatto proprio dall'Agcom), che trae fondamento dall'art. 1227 c.c., nella liquidazione dell'indennizzo, va tenuto presente l'eventuale concorso del fatto colposo del creditore; pertanto, se l'utente-creditore ha concorso nella causazione del danno (disservizio) o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo che gli spetta può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa, o non dovuto affatto.

Nel caso di specie, usando la normale diligenza, l'utente avrebbe dovuto accorgersi, a tempo debito, del disservizio in questione e segnalarlo tempestivamente all'operatore, mentre, per come emerge dall'istruttoria, la segnalazione è intervenuta con notevole ritardo; di contro, si osserva che, nemmeno in fase di modifica delle condizioni di contratto, nel 2013, l'operatore ha dato prova di avere informato la cliente della necessaria compilazione e restituzione del modulo ETG suddetto, per la pubblicazione/aggiornamento dei dati in elenco.

Per tutto quanto sopra, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 1227 c.c. e dell'art. 10 della delibera Agcom n. 73/11/Cons, si ritiene equo riconoscere alla sig.ra Scopelliti due anni di disservizio per il mancato inserimento nell'elenco telefonico abbonati, per la complessiva somma di € 400,00 (quattrocento/00).

RITENUTO, che gli indennizzi 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;

RITENUTO che, ai sensi dell'art. 19, comma 6 del Regolamento di procedura, nella quantificazione di rimborsi ed indennizzi, deve tenersi conto "*del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*";

CONSIDERATO che, nonostante la fondatezza del ricorso, il tentativo di conciliazione si è concluso con il mancato accordo delle parti e l'utente è stato onerato di ulteriori ed inutili spese per la presentazione dell'istanza di definizione della controversia e per predisporre la difesa, in ragione di quanto appena espresso, ricorrono le condizioni per riconoscere alla ricorrente la somma di € 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura;

Per tutto quanto sopra esposto

DETERMINA

1) La società Wind Telecomunicazioni è tenuta ai seguenti adempimenti in favore della sig.ra Scopelliti A:

Via C.. Portanova – Palazzo Campanella – 89124 Reggio Calabria - Tel 0965/814984 – 810227 – Fax 0965/810301

- a) stornare integralmente la fattura n. xxxxx, relativa al periodo 11/07/2014 – 10/09/2014, dell'importo di € 36,21;
 - b) corrispondere, a mezzo bonifico o assegno bancario, l'importo di € 400,00 (quattrottozero/00) a titolo di indennizzo per omissione in elenco;
 - c) corrispondere l'importo di € 100,00 (cento/00) per le spese di procedura;
- 2) Il rigetto della domanda di indennizzo per interruzione della linea voce + ADSL, avanzata dalla sig.ra Scopelliti con l'odierna istanza di definizione nei confronti di Wind;
 - 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 definizione della controversia;
 - 4) E' in facoltà della ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;
 - 5) Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Regolamento "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità", come disposto dall'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259";
 - 6) La presente determina 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;
 - 7) La società resistente è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente determina 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 decreto legislativo 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

Reggio Calabria, 10 marzo 2015.

Il Responsabile del Procedimento
F.to D.ssa Caterina Romeo

Il Direttore del Co.Re.Com. Calabria
F.to Avv. Rosario Carnevale