

Co.re.com. Cal./Vic

DELIBERAZIONE N. 131

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - RINARIELLO xxx C./ WIND TELECOMUNICAZIONI xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 26/06/2013, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Mangano	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali - Affari generali e legali del Comitato;

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";

Vista l'istanza del 04 aprile 2013, acquisita al prot. Co.re.com. Calabria n. 15676, con cui il sig. Rinariello xxx ha chiesto l'intervento del Co.re.com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Wind Telecomunicazioni xxx 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.;

Vista la nota del 10 aprile 2013 (prot. n. 16758), 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;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Nell'istanza introduttiva della odierna procedura l'utente Rinariello xxx ha lamentato l'indebita fatturazione posta in essere da Wind Telecomunicazioni xxx nonostante si sia avvalso della facoltà di recesso mediante l'invio di formale disdetta del rapporto in essere. L'istante, in particolare, ha rappresentato di aver aderito in data 18 maggio 2011 a proposta di abbonamento contrattuale relativa alla propria utenza telefonica residenziale, avente ad oggetto la fornitura del servizio "absolute adsl". Al momento dell'adesione l'operatore ha garantito la copertura adsl nella zona ove l'utenza era ubicata salvo poi a comunicare all'utente, solo a seguito dell'attivazione del servizio, che in effetti siffatta copertura era "virtuale". Apprendendo la circostanza, asseritamente omessa da Wind, l'istante, come già precisato, entro dieci giorni dall'attivazione del servizio ha esercitato il diritto di recesso. L'operatore con comunicazione del 4 luglio 2011 ha dichiarato di non poter dar corso alla disattivazione del collegamento, in quanto la richiesta dell'utente risultava incompleta poichè carente della indicazione della volontà di voler ripristinare il servizio con Telecom Italia. L'operatore ha continuato quindi ad emettere fatture per un servizio dichiaratamente mai erogato e giammai fruito. Seguivano una serie di reclami al servizio clienti dell'operatore cui veniva inoltrata ulteriore lettera raccomandata nella quale l'utente ha ribadito, reiterandola, la volontà di recedere dal contratto. Stante l'infruttuosità delle segnalazioni e delle missive tutte regolarmente ricevute dalla convenuta l'utente ha depositato in data 22 febbraio 2013 istanza per tentativo di conciliazione, risultato infruttuoso. Successivamente ha presentato istanza per la definizione della controversia, ribadendo doglianze e richieste già prospettate in primo grado, richiedendo l'annullamento delle fatture pretese da Wind ed ammontanti ad €. 82,80, il ritiro della pratica di recupero credito presso "Par Crediti" ed un congruo indennizzo proporzionato al disagio patito.

A seguito di lettera di avvio del procedimento del 10 aprile 2013 con cui il Co.Re.Com. ha chiesto ad entrambe le parti del procedimento i chiarimenti istruttori ritenuti necessari, l'operatore ha presentato una memoria autorizzata, in cui ha rilevato la tardività del recesso comunicato dall'utente oltre i termini previsti per l'esercizio dello stesso. Ha dedotto inoltre che il recesso, per come comunicato, oltre ad essere tardivo risultava incompleto in quanto carente della scelta della modalità di disattivazione. Per tale motivo ha continuato a fatturare fino a quando il servizio non è stato disattivo per morosità. Ha infine respinto ogni addebito chiedendo il rigetto della istanza attorea siccome infondata. Il ricorrente, dal canto suo, con memoria di replica ha contestato quanto *ex adverso* sostenuto da Wind, deducendo, preliminarmente la mancanza di trasparenza nel comportamento posto in essere dall'operatore che avrebbe garantito all'utente una copertura di rete in realtà inesistente, senza dare corso alla volontà di recesso legittimamente manifestata. Ha quindi precisato di aver avuto contezza dell'assenza di copertura solo dopo l'avvenuta installazione degli apparati e di aver pertanto manifestato regolare disdetta così come previsto dal Codice del Consumo e dalla Carta dei Servizi Wind. Ha inoltre contestato la ricostruzione dei fatti effettuati dall'operatore, rilevando che la tardività del recesso non gli è mai stata comunicata prima e, comunque, la presunta incompletezza dello stesso in realtà non sussisterebbe in quanto la comunicazione della volontà di voler riattivare o meno il servizio con altro operatore è meramente eventuale e non è requisito per sindacare la validità del recesso. Ha rilevato inoltre la pretestuosità delle asserzioni di controparte secondo l'utente non avrebbe collaborato con l'operatore per la gestione della procedura di recesso considerato che il servizio clienti ha sempre assicurato all'utente che la disdetta era stata lavorata, salvo poi a scoprire che la situazione era in effetti molto diversa nel momento in cui gli sono state recapitate le fatture e le diffide del recupero crediti. Ha quindi insistito per l'accoglimento di tutte le richieste e conclusioni di già rassegnate in memoria. Espletata l'attività istruttoria, il fascicolo è stato trattenuto per la decisione.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Riguardo al merito.

2.1. Sulla scorretta gestione del cliente e sull'inadempimento dell'operatore

La vicenda qui esaminata ha per oggetto alcuni asseriti inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore ed, in particolare, una condotta non completamente improntata ai canoni di trasparenza e di chiarezza informativa.

L'istruttoria svolta ha consentito di accertare l'esistenza di un contratto di abbonamento telefonico stipulato tra l'utente e Wind. L'istante, ha lamentato la mancata fruizione del servizio stante l'assenza di copertura della rete, circostanza questa deliberatamente omessa dall'operatore in sede di adesione contrattuale. Ha dedotto e provato di aver esercitato il diritto di recesso che l'operatore non ha mai lavorato sul presupposto che la volontà all'uopo espressa sarebbe stata carente di taluni requisiti. All'uopo si osserva che in effetti la dichiarazione di volontà dell'utente deve essere correttamente qualificata come risoluzione del contratto per inadempimento dell'operatore, poiché l'utente ha espressamente motivato la sua comunicazione, con la mancata copertura di rete per il servizio oggetto del contratto, copertura che in sede di adesione alla proposta di abbonamento contrattuale era stata garantita come certa dal gestore. Secondo l'ordinario criterio della ripartizione dell'onere della prova al creditore attore è richiesto di provare la fonte contrattuale del suo diritto e il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto esatto adempimento, ovvero dall'imputabilità dell'inadempimento a fatto altrui (Cass. civ., sent. n. 7996/2006). Nessuna prova è stata al riguardo fornita da Wind e pertanto, in presenza della contestazione dell'istante, è da ritenersi accertato che il servizio non sia stato correttamente somministrato, conseguendone da un lato che le fatture emesse dall'operatore costituiscono indebita richiesta a fronte del proprio inadempimento, dall'altro lato che la volontà manifestata dall'utente è da qualificarsi come risoluzione del contratto in essere per inadempimento della controparte. Giova precisare che, trattandosi di risoluzione, indebiti sono *per tabulas* i costi, le penali e gli addebiti per recesso anticipato eventualmente richiesti e che ogni disposizione contrattuale in materia di modalità di comunicazione del recesso è nel caso inapplicabile. Conseguentemente Wind è tenuta a annullare tutte le fatture emesse per il contratto in essere e a restituire all'utente quanto eventualmente corrisposto.

Tanto premesso, alla luce delle considerazioni svolte e della documentazione acquisita la società convenuta non ha rispettato i propri oneri informativi circa le modalità, i tempi e gli eventuali impedimenti alla realizzazione di quanto previsto nel contratto sottoscritto dall'utente. Infatti, in occasione della adesione contrattuale era stata assicurata all'istante la copertura di rete necessaria per poter fruire del servizio in effetti mai goduto stante l'assenza della copertura *de qua*, circostanza questa deliberatamente omessa dall'operatore. Ne deriva che il contratto stipulato dal sig. Rinariello risulta viziato sin dall'origine: l'istante non avrebbe preso in considerazione e sottoscritto la proposta commerciale se fosse stato correttamente informato dalla convenuta. La comunicazione resa al cliente è risultata del tutto inidonea a garantire la chiarezza e completezza informativa necessarie per poter procedere ad una decisione consapevole. Ebbene, solo nella fase immediatamente successiva alla installazione degli apparati l'utente è stato informato della mancanza di copertura di rete che gli avrebbe impedito di fruire del servizio. Apprendendo ciò il ricorrente ha provveduto a risolvere il contratto esprimendo all'uopo idonea volontà, comunicata con a.r. per ben due volte, inspiegabilmente ignorata dall'operatore che ha continuato ad emettere fatture malgrado l'assenza del servizio.

Alla luce delle predette considerazioni, la condotta dell'operatore in esame risulta censurabile ai sensi degli artt. 5, comma 3, 20, comma 2, 21, 22, 23, comma 1 lettera e) del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge; essa risulta inoltre in contrasto sia con i principi di trasparenza e completezza informativa di cui al Codice delle comunicazioni elettroniche (art. 70) e di cui alla sopra citata Delibera n. 179/03/CSP (art. 4, in particolare commi 1 e 2), sia con il principio del diritto di scelta dell'utente finale di cui all'art. 3, comma 5, della medesima delibera. Infatti, gli utenti hanno diritto ad essere informati in modo chiaro, esatto e completo delle specifiche tecniche ed economiche dei servizi, nonché delle relative modalità di fornitura, poiché solo in questo modo viene realmente tutelato il diritto di scelta dell'utente finale e la conseguente possibilità di orientamento verso una diversa offerta commerciale. La trasparenza delle condizioni generali ed economiche di offerta dei servizi telefonici, infatti, è parte sostanziale del gioco competitivo dei mercati, senza la quale il consumatore non può fare scelte ottimali e consapevoli e beneficiare dei vantaggi della concorrenza. Per tutto quanto sopra esposto, in assenza di prova contraria, la responsabilità per non aver rispettato i propri oneri informativi circa le modalità, i tempi e gli eventuali impedimenti alla realizzazione di quanto stipulato, è esclusivamente imputabile all'operatore Wind.

Ai fini del calcolo dell'indennizzo, tenuto conto che l'utente ha atteso un lungo lasso di tempo (quasi due anni dalla prima contestazione scritta) prima di presentare l'istanza per tentativo di conciliazione con ciò manifestando implicitamente una qualche forma di disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio si ritiene, anche in ossequio alla recente delibera 276/13/CONS che sia equo e proporzionato al pregiudizio effettivamente subito dallo stesso liquidare l'importo di € 1.000,00.

2. Sulle spese del procedimento

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed 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, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

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

In accoglimento dell'istanza formulata in data 21 marzo 2013 Wind Telecomunicazioni xxx. è tenuta a corrispondere all'utente Rinariello xxx, mediante assegno o bonifico bancario le somme così liquidate:

1) €. 1.000,00 per le causali di cui al punto 2.1;

2) €. 100,00 a titolo di spese di procedura.

La società convenuta è tenuta altresì ad annullare tutte le fatture emesse per il contratto in essere e a restituire all'utente quanto eventualmente pagato.

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 risoluzione della controversia;

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. 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'art.19, comma 3, della delibera n. 173/07/CONS 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.

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.

La società Wind Telecomunicazioni xxx, è tenuta 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 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 Dirigente

f.to Avv. Rosario Carnevale