

Co.Re.Com. Cal./BA

DELIBERAZIONE N.266/12

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA –Rago xxx xxx/WIND TELECOMUNICAZIONI xxx.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 19 dicembre 2012, 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, 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 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., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e ss.mm. e ii.;

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 11 ottobre 2012, rubricata al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 44193, con cui il signor **Rago xxx xxx** ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con la Società 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 ss. mm. e ii.;

la nota del 16 ottobre 2012, prot. n.44904, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio 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

Il signor Rago **xxx xxx**, ha promosso dinanzi al Co.Re.Com. Calabria, il 31 agosto 2012 procedimento di Conciliazione contro l'operatore telefonico Wind Telecomunicazioni xxx., avente ad oggetto: "sospensione servizio adsl per cause tecniche". A seguito della mancata conciliazione, ha introdotto il presente giudizio, rappresentando quanto segue:

- 1) Il ricorrente è titolare di contratto telefonico "Happy NoLimit" con l'operatore Wind dal 18 ottobre 2007. Tale piano tariffario prevede un costo fisso mensile per le chiamate, senza limiti, su tutti i numeri di rete fissa locali e nazionali, nonché adsl a consumo;
- 2) la linea adsl, ha funzionato inizialmente, ma dopo qualche mese (inizio anno 2008), è stata improvvisamente sospesa;
- 3) il signor Rago, ha più volte contattato telefonicamente l'operatore al fine di segnalare il disservizio, senza ricevere alcun riscontro;
- 4) nell'area clienti del sito Wind, nella sezione "offerta attiva", risulta l'offerta telefonica Happy NoLimit;
- 5) alla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia, l'istante è ancora sprovvisto della linea adsl;

6) nel corso dell'udienza di conciliazione, tenutasi il 21 settembre 2012, la società Wind, ribadisce: *"l'impossibilità di attivare il servizio ADSL e che il cliente non ne ha mai richiesto l'attivazione"*.

Sulla scorta di tali premesse, il signor Rago, ha richiesto con istanza di definizione della controversia:

*"-rimborso spese di procedura;
indennizzo per mancato rispetto degli oneri informativi;
indennizzo per malfunzionamento del servizio;
indennizzo per mancata risposta ai reclami
risarcimento di tutti i danni.*

In seguito all'avvio del procedimento, avvenuto il 16 ottobre 2012, la Wind nel rispetto dei termini assegnati, ha prodotto memorie e documenti. In particolare l'operatore, contesta le domande del ricorrente, eccependo in particolare che:

- 1) il cliente, reclama la mancata attivazione della linea adsl, a partire dall'inizio del 2008;
- 2) dal contratto stipulato il 18 ottobre 2007, si evince che il ricorrente, ha richiesto l'attivazione del servizio "Happy No Limit", il quale prevede la possibilità di effettuare chiamate urbane e interurbane illimitate, al fronte del pagamento di un contributo fisso mensile;
- 3) il servizio adsl, non è attivo, in quanto non espressamente richiesto dal signor Rago. A parere del gestore telefonico, per tale piano tariffario, la componente adsl, non può essere attivata contemporaneamente al servizio voce, (per come affermato dall'istante in sede di conciliazione); ma, deve esserne fatta espressa richiesta;
- 4) Tuttavia, per il cliente in questione, il servizio non risulta disponibile con Wind;
- 5) l'istante contattato il servizio clienti il 25 agosto 2010, riceve conferma dell'indisponibilità del servizio adsl;
- 6) dagli applicativi del gestore non risulta alcun reclamo effettuato dal ricorrente, diretto a segnalare la mancata attivazione del servizio adsl.

Con memorie di replica, ad integrazione di quanto già affermato con istanza di definizione ed in risposta alla memoria difensiva depositata il 14 novembre 2012 dal gestore, il ricorrente ha precisato che: non vi è alcuna richiesta, da parte sua, di attivazione della linea adsl, in quanto l'offerta alla quale ha aderito, di per se ne prevede l'allaccio. Ha effettuato numerose chiamate al servizio clienti dell'operatore per segnalare il disservizio, ma non hanno sortito alcun effetto. Il ricorrente è stato edotto dell'impossibilità dell'attivazione -della linea adsl- solo in seguito alla chiamate del 25 agosto 2010, e quindi, ben oltre tre anni dalla stipula del contratto. Lo stesso gestore telefonico conferma che, ancora ad oggi, la linea adsl risulta inattiva. Chiede infine, che l'operatore venga condannato al pagamento degli indennizzi per come richiesto in atti.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. Si rammenta, altresì, che ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria, giacché è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Tuttavia, resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno.

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale: entrambe le parti hanno aderito all'udienza di conciliazione.

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 domanda del signor Rago xxx xxx verte sostanzialmente sull'inadempimento parziale del contratto dallo stesso sottoscritto il 18 ottobre 2007 con l'operatore Wind, sulla mancata attivazione del servizio Adsl, e sulle domande – indennizzi e rimborsi – conseguenti agli inadempimenti dedotti.

2.1 Sulla mancata attivazione del servizio adsl

Dall'esame della documentazione prodotta e stando alle dichiarazioni del ricorrente, il contratto di abbonamento che il signor **Rago xxx xxx** ha stipulato, concerne l'attivazione del Piano tariffario "Happy NoLimit".

Stando sempre alle memorie dello stesso, il servizio adsl, è stato in un primo momento attivato e successivamente, senza alcuna comunicazione in merito, disattivato. Al riguardo, invece, la Wind, nella propria difesa, parla di mancata attivazione del servizio di accesso a internet in modalità adsl, in quanto attivazione mai richiesta dall'istante, e, servizio non disponibile con Wind. Sostiene, peraltro, che dall'esame dei sistemi, non sono emerse segnalazioni in merito a tale disservizio.

Quale che sia la causa tecnica ostativa del processo di attivazione della linea adsl, resta l'evidenza dell'inadempimento contrattuale di Wind nei confronti dell'odierno istante.

Inoltre in base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ed al principio più volte affermato dalla consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 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 può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente assumere tale inesattezza, gravando sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

Perciò, a fronte dei lamentati disservizi, spetta all'operatore provare di aver fornito i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni e di essere tempestivamente intervenuto per risolvere le problematiche segnalate dall'utente.

Alla luce di tali principi, avendo l'utente provato la fonte negoziale del suo diritto ed avendo lamentato l'inadempimento dell'operatore, spettava a quest'ultimo provare il contrario.

Wind, nel caso in questione, non ha fornito la prova di avere reso il servizio adsl, in modo continuo e senza interruzioni, né che la mancata attivazione sia dipesa da causa alla stessa non imputabile, ex art. 1218 c.c., sicché deve esserne dichiarata la responsabilità per inadempimento parziale alle obbligazioni contrattualmente assunte, con conseguente riconoscimento all'utente del diritto agli indennizzi.

Tuttavia, bisogna tener conto al fine della definizione della presente controversia, anche del comportamento tenuto dall'istante, il quale, sostiene di aver lamentato più volte la mancata attivazione della linea adsl, ma non produce nessun riferimento temporale in merito alla presentazione di tali richieste di attivazione. Unica eccezione, si evince indirettamente dalle memorie Wind, ed è la segnalazione del 25 agosto 2010. L'operatore a tale richiesta, risponde dicendo che non è possibile attivare la linea adsl, in quanto "non disponibile".

Considerata la natura del disservizio e il notevole lasso di tempo intercorso dalla data di sottoscrizione del contratto, il ricorrente avrebbe potuto lamentare per iscritto il disservizio subito e/o richiedere la risoluzione del contratto, soprattutto successivamente alla comunicazione ricevuta da Wind nell'agosto del 2010 (nei termini di cui sopra). Lo stesso non chiede la risoluzione del contratto, e ad oggi è ancora cliente Wind.

Quindi, ai fini della determinazione del periodo indennizzabile, in mancanza di precisa indicazione, da parte dell'istante, o di elementi che consentano, *aliunde*, di individuare la data del primo reclamo/segnalazione, non si può che considerare come prima data utile quella dell'unica prova in atti, ossia la risposta di Wind alla segnalazione del 25 agosto 2010.

Non può condividersi la richiesta dell'utente secondo cui l'indennizzo andrebbe commisurato dagli inizi del mese di febbraio 2008 – data della prima richiesta al servizio clienti –. In questa fattispecie, la valutazione è stata temperata con l'ulteriore principio fissato dall'art. 1227 cod. civ., che – com'è noto – impone al creditore di adoperarsi per attenuare e diminuire il danno, prevedendo addirittura, al comma 2, che *"il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"*.

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. Quanto alla misura dell'indennizzo, si ritiene pertinente l'art. 3 comma 3, della Delibera n.73/11/CONS, rubricato "indennizzo per ritardata attivazione del servizio", il quale al comma 1, stabilisce un indennizzo giornaliero pari a € 7,50 per ogni giorno di ritardo nel trasloco dell'utenza, per ciascun servizio non accessorio; al comma 3 " se il ritardo riguarda procedure per il cambio di operatore gli importi di cui al comma 1 sono ridotti di un quinto".

Nel caso di specie, deve essere calcolato dalla data del 25 agosto 2010, data di segnalazione del guasto sulla linea telefonica alla Wind, alla data del 10 ottobre 2012, data di presentazione dell'istanza di definizione, per complessivi 775 giorni per un totale di Euro 1.162,5 (millecentosessantadue/50).

3. Mancata risposta reclami

La domanda dell'utente è da ritenere parzialmente fondata per le seguenti ragioni. Posto che non vi è alcuna traccia documentale in ordine ai reclami asseritamente effettuati dall'istante nel corso del rapporto contrattuale, si ritiene di dover considerare quale reclamo ricevuto da Wind, la segnalazione del 25 agosto 2010.

Sostiene l'istante, di aver più volte sollecitato l'attivazione della linea adsl, ma agli atti non vi è precisa indicazione di reclami/segnalazioni. Si ribadisce, anche con riferimento all'indennizzo per mancata risposta al reclamo, che nella determinazione della misura dell'indennizzo non si può prescindere dalla valutazione complessiva della fattispecie e dalle ripercussioni che, secondo un criterio di ragionevolezza, possono essere derivate dal difetto di interlocuzione, dovendosi impedire che da tale incomunicabilità con l'operatore – certamente imputabile a quest'ultimo in quanto soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato – possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate. Lo stesso operatore ammette che in data 25 agosto 2010, contattato dal signor Rago, ha comunicato allo stesso l'impossibilità a fornire la linea adsl. Si rileva, che non è stata data all'istante un'informazione chiara e precisa, dei motivi ostativi circa la mancata attivazione del servizio adsl.

Alla luce di tali considerazioni, questo Comitato, ritiene equo e proporzionale liquidare (ricordato che l'art.84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche fa espresso riferimento all'equità) un indennizzo di Euro 100,00 (cento/00).

4. Con riferimento alle spese di procedura

L'art. 19, comma 6, del Regolamento 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 " e che "quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi" vadano comunque "rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, l'udienza di conciliazione si è conclusa con verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti e entrambe le parti hanno partecipato attivamente in tutte le fasi del contenzioso. Per quanto sopra precisato, 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., 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

L'accoglimento nei limiti esposti in motivazione dell'istanza presentata dal signor **Rago xxx xxx** per la richiesta di indennizzo per mancato funzionamento del servizio Adsl, per il che la società Wind Telecomunicazioni xxx. è tenuta a corrispondere a favore dell'istante mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

- 1) indennizzo per mancato funzionamento del servizio Adsl per la somma complessiva di Euro Euro 1.162,5 (millecentosessantaque/50).
- 2) Indennizzo per mancata risposta ai reclami pari ad Euro 100,00 (cento/00);
- 3) le spese di procedura sono interamente compensate tra le parti;

- 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 subito, come previsto dall'art. 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.;
- Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 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'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 Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore del Co.Re.Com.

f.to Avv. Rosario Carnevale