

**Co.Re.Com. Cal/Ri**

**DELIBERAZIONE N. 66**

**Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**

**xxx Xxx di Nasso Xxxxxxx c/ Wind Telecomunicazioni Xxx**

## **IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI**

nella seduta del giorno 15/04/2013, 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:

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 di approvazione del testo del codice civile;

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";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Corecom" 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.;

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

gli artt. 17 e 17 bis della Delibera n. 274/07/Cons, "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

la Delibera 664/06/Cons, allegato A;

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 Corecom 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";

le istanze rispettivamente acquisite al prot. Corecom Calabria n. 44640, del 15 ottobre 2012 e n. 52193, del 29 novembre 2012, con cui la ditta xx Xxx di Nasso Xxxxxxx ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione delle controversie 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 succ. modif. ed int.;

le rispettive note del 18 ottobre 2012 (prot. n. 45427/12) e del 13 dicembre 2012 (prot. n. 54663/12), 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 delle deferite controversie;

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

Dato atto che nessuna delle parti ha richiesto l'udienza di discussione;

Ritenuto di disporre, ai sensi dell'articolo 18, comma 4, della delibera n.173/07/CONS, la riunione dei due procedimenti in esame, in considerazione della natura omogenea delle due controversie intercorrenti tra le parti medesime.

Considerato quanto segue

### **Oggetto delle controversie e risultanze istruttorie**

La società xxx Xxx di Nasso Xxxxxxx ha promosso, dinanzi al Corecom Calabria, due procedimenti di conciliazione nei confronti della società Wind Telecomunicazioni Xxx. Le conciliazioni si sono entrambe concluse con esito negativo.

Il 15 ottobre 2012, l'istante ha domandato a questo Corecom la definizione delle controversie.

Con i due procedimenti la ricorrente ha esposto di aver stipulato – rispettivamente il 16 maggio 2012, per il procedimento n. 44640 (di seguito, primo procedimento) ed il 7 luglio 2012, per quello n. 52193 (di seguito, secondo procedimento) – due contratti, con l'operatore Wind, per l'attivazione di due linee telefoniche fisse, servizi voce e adsl, uno per il punto vendita ubicato in xxx (RC) e l'altro per il punto vendita aperto in xxx (RC). Nonostante continui solleciti il servizio non è mai stato attivato. Wind ha

contattato più volte la ricorrente per pianificare un appuntamento, tuttavia i tecnici non sono mai giunti presso la sede.

L'istante ha, quindi, domandato per ciascuna utenza:

- a) la corresponsione di un indennizzo per la mancata attivazione del servizio;
- b) il risarcimento del danno.

Con riferimento al primo procedimento, la ricorrente ha depositato, tra l'altro, la copia di una missiva spedita e sottoscritta da un soggetto qualificatosi come agente monomandatario della società Wind, il quale ha dichiarato di aver inserito, nei sistemi telematici del gestore, un contratto con numero identificativo xxx, intestato all'azienda xxx Xxx – sede di xxx, diretto all'attivazione di una linea adsl con due canali voce (oltre ad una sim).

Wind Telecomunicazioni Xxx, tempestivamente costituita, ha eccepito di aver ricevuto, il 9 luglio 2012, una proposta di contratto per i servizi convergenti "One Company Office", con richiesta di attivazione, per la parte fissa, di una linea ISDN con numerazioni nuove e per la parte mobile di una sim.

L'ordine di attivazione del servizio mobile è stato evaso nella stessa giornata, quello relativo alla telefonia fissa è stato riscontrato negativamente con dei KO ricevuti, rispettivamente, il 25 luglio 2012, il 16 agosto 2012, il 4 ed il 13 settembre 2012. Infine, il 5 ottobre 2012, la società Wind ha avviato un nuovo ordine di migrazione con codice n. xxx che, il 12 novembre 2012, è stato rigettato da Telecom Italia con un KO notificato per la causale "cliente finale assente".

Alla luce delle argomentazioni espresse, la società resistente ha chiesto il rigetto delle avverse domande.

Il gestore ha depositato:

- a) una copia del contratto;
- b) una copia della schermata dell'applicativo OLO inerente l'ordine di attivazione.

Nessuna replica è stata depositata dal ricorrente rispetto al primo procedimento.

Rispetto al secondo procedimento Wind, tempestivamente costituita, ha riproposto le stesse eccezioni sollevate nel primo, fornendo gli identici riferimenti e le stesse date di ricezione dei KO. Ha poi esercitato talune difese in relazione ad un disservizio (interruzione di linea) estraneo agli odierni procedimenti.

In sede di replica, l'istante ha comunque risposto agli ultimi rilievi mossi dalla resistente, deducendo di non aver mai segnalato un malfunzionamento, stante la mancata attivazione della linea. Ha altresì precisato che l'interruzione del servizio, descritta dal gestore, si riferisce verosimilmente ad un'ulteriore sede, ubicata in diversa località, interessata da una diversa vertenza già definita con accordo transattivo.

## Motivi della decisione

### 1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che le istanze soddisfano entrambe i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'**art. 14 del Regolamento** e sono pertanto procedibili.

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.

E' fatto salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria per il maggior danno.

## 2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono fondate e meritano accoglimento nei limiti del dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia fissa e mobile. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

In particolare, nel contratto di somministrazione *"una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose"*(art. 1559 c.c.).

Nell'ambito del contratto, le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione. Il Gestore, infatti, propone all'utente offerte contrattuali diverse, con tariffe predeterminate, limitandosi alla trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

### 2.1 Con riferimento alla mancata attivazione dei servizi.

La ricorrente lamenta, come visto, la mancata attivazione dei servizi voce e adsl per alcune utenze di telefonia fissa ubicate in due località diverse.

Wind invece, **rispetto al primo procedimento**, non offre alcuna valida difesa. La memoria di costituzione, infatti, si riferisce chiaramente alla seconda istanza, allorché si osservi che anche nella copia della proposta contrattuale, depositata in occasione della costituzione, non viene mai indicata la sede di xxx, oggetto del procedimento; piuttosto, il predetto documento reca, nel campo dedicato all'anagrafica della sede da attivare, i dati del punto vendita di xxx. Anche i periodi interessati dalla vertenza sono diversi rispetto a quelli indicati dall'istante, coincidendo significativamente con quelli oggetto della seconda controversia. Similmente, anche l'estratto della schermata di dialogo - esibito dal gestore - sembra interessare solo il successivo procedimento.

**Con riferimento al secondo procedimento**, invece Wind, pur sollevando delle eccezioni puntuali, non deposita alcun documento. Giova comunque osservare che l'esame dell'estratto - acquisito agli atti della prima vertenza - non potrebbe invertire la sorte dell'odierna controversia, né potrebbe ridurre l'arco temporale indennizzatorio. I rilievi mossi da Wind non chiariscono, infatti, le ragioni per cui i KO sarebbero da imputare ad un terzo o alla ricorrente piuttosto che alla resistente.

Parimenti, l'estratto rinvenuto in atti è privo di reale efficacia probatoria. Esso non rappresenta, infatti, una copia della schermata di sistema, bensì un riepilogo manuale di dati, come tale, suscettibile di alterazione.

D'altronde, anche a voler soppesare la produzione documentale inerente il diverso procedimento, non appare pleonastico osservare che l'estratto esibito descrive solo i dettagli dell'ordine emesso il 5 ottobre 2012, lasciando i periodi precedenti completamente disancorati da elementi indiziari.

Ciò posto, la domanda dell'utente è, come già anticipato, fondata e merita accoglimento entro i limiti di quanto sotto delineato.

A tale proposito occorre ribadire che, conformemente ad un indirizzo consolidato in seno all'Agcom (*ex multis*, delibera 116/11/CIR), gli operatori devono fornire - anche sotto il profilo temporale - i

servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto. Qualora l'utente lamenti, pertanto, l'inadempimento o il ritardo rispetto alla richiesta di attivazione della linea, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, deve dimostrare che i fatti oggetto di doglianza siano stati determinati da circostanze non imputabili all'operatore stesso. Il gestore deve altresì provare di aver adeguatamente informato l'utente delle eventuali difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione. Non è da ritenersi sufficiente, quindi, un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, bensì l'utente deve essere messo in grado di comprendere quanto accaduto.

Parimenti, l'operatore deve anche dimostrare di essersi diligentemente attivato per rimuovere gli ostacoli amministrativi o tecnici incontrati, per esempio documentando la tempestività delle richieste inviate alla Pubblica Amministrazione, laddove necessarie per l'esecuzione di lavori. In tutti i casi contrari, l'utente ha diritto ad un indennizzo per il periodo di tempo direttamente imputabile all'operatore.

Sotto diverso profilo, si rammenta poi che nell'ambito dei rapporti contrattuali, è principio assolutamente pacifico quello secondo cui *"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).

Nel caso di specie, Wind non ha precisato, rispetto al primo procedimento, le ragioni che hanno determinato la mancata attivazione della nuova utenza, né ha dimostrato di aver tempestivamente comunicato all'istante le ragioni ostative all'attivazione.

Con riferimento poi alla seconda vertenza, gli elementi indiziari prodotti, oltre ad avere - per le modalità con cui è stato eseguita la produzione - scarso valore probatorio, sono stati allegati ad una diversa istanza (la prima); pertanto, il loro mancato deposito nel procedimento di interesse non ha consentito alla ricorrente di esercitare le sue difese.

La mancanza di idonea prova, dunque, dell'esatto adempimento da parte dell'operatore Wind, appalesa la sua responsabilità contrattuale, in quanto non ha provato - **ex art. 1218 c.c.** - che *"l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*.

### 3 Indennizzi, rimborsi e storni.

All'istante va riconosciuto un indennizzo per la mancata attivazione dei servizi voce e adsl. A tal fine occorre però delimitare l'arco temporale di riferimento.

Il *dies a quo* è il 16 maggio 2010. Seguendo le affermazioni dell'istante, non contestate da Wind e parzialmente documentate da un elemento indiziario, la richiesta di attivazione del servizio presso la sede di xxx (oggetto del primo procedimento) risale a tale data.

A tal proposito si rileva che - in considerazione della tempistica di 60 giorni lavorativi dalla data di perfezionamento della richiesta di accesso diretto ai Servizi di telefonia fissa, prevista dalla Carta dei Servizi del gestore (art. 2.1) per la procedura di attivazione della linea - a fronte del contratto stipulato in data 16 maggio 2012, l'attivazione dei servizi sarebbe dovuta avvenire entro il 15 luglio successivo. Il periodo valutabile, pertanto, ai fini del calcolo dell'indennizzo è quello intercorrente tra quest'ultima data e quella del 29 novembre 2012, corrispondente al giorno del deposito dell'istanza di definizione della seconda controversia.

Con riferimento al *quantum*, invece, l'articolo 3, delibera 73/11/CONS (Indennizzo per ritardata attivazione del servizio), testualmente recita: "1. Nel caso di ritardo nell'attivazione del servizio rispetto al termine massimo previsto dal contratto, ovvero di ritardo nel trasloco dell'utenza, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio pari ad euro 7,50 per ogni giorno di ritardo. 2. Ai fini di cui al comma 1 è applicato l'indennizzo anche nei casi di ritardo per i quali l'operatore non abbia rispettato i propri oneri informativi circa i tempi della realizzazione dell'intervento o gli eventuali impedimenti, ovvero nel caso di affermazioni non veritiere circa l'esistenza di impedimenti tecnici o amministrativi". Siffatto parametro è poi da raddoppiare, ai sensi dell'articolo 12, comma 2, dello stesso regolamento, in considerazione della natura "business" delle utenze interessate dal disservizio.

L'indennizzo, infine, - sulla scia di un orientamento definitorio consolidato presso questo Comitato ed in conformità ai regolamenti emanati dall'Agcom - merita di essere ricondotto entro i termini della proporzionalità ed adeguatezza rispetto al pregiudizio concretamente arrecato e lamentato dalla ricorrente (art. 11, c. 2, del. AGCOM 179/03/CSP). Di guisa, esso viene riconosciuto in misura unitaria - prescindendo dal numero di utenze interessate - in conformità al principio espresso dall'Articolo 12 della delibera 73/11/CONS, che fa salva tale facoltà nel caso di pluralità di utenze, laddove, per la natura del disservizio subito, la pedissequa applicazione della norma appaia contraria al principio di equità.

All'utente dovrà, dunque, essere corrisposto un indennizzo, così determinato:

€ 2.040,00 (duemilaquaranta/00), per 136 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio voce (*rectius*: per la mancata attivazione);

€ 2.040,00 (duemilaquaranta/00), per 136 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio adsl (*rectius*: per la mancata attivazione);

#### 4 Sulle spese di procedura.

L'art. 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".

A tale proposito, è d'uopo sottolineare, la partecipazione di un delegato del ricorrente alle udienze di conciliazione, l'accoglimento delle istanze, le eccezioni proposte e le difese. Si riconosce, pertanto - in conformità a quanto previsto dall'articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS - l'importo di € 100,00 (cento/00), in favore dell'istante, a titolo di rimborso spese di procedura.

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. Alessandro Manganaro, nell'odierna seduta; All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

## DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza proposta dalla società xxx Xxx di Nasso Xxxxxxx.

La società Wind Telecomunicazioni Xxx è tenuta a riconoscere e versare alla ricorrente, attraverso assegno bancario e/o bonifico:

€ 2.040,00 (duemilaquaranta/00), per 136 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio voce;

€ 2.040,00 (duemilaquaranta/00), per 136 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio adsl;

€ 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso spese di procedura.

Con la precisazione, 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.

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, pubblicata nel Bollettino ufficiale, sul sito *web* dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sul sito web del Corecom Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della Legge 69/2009.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica 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 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. CALABRIA

f.to Avv. Rosario Carnevale

