

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 84

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Cozzupoli Xxxxxxx c/ Wind Telecomunicazioni Xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 20/05/2013, 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";

l'istanza acquisita al prot. Corecom Calabria n. 49132 del 9 novembre 2012, con cui l'utente Cozzupoli Xxxxxxx ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria 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 succ. modif. ed int.;

la nota del 14 novembre 2012 (prot. n. 49879/12), 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 della deferita controversia;

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

Dato atto che l'istante, dopo aver richiesto l'udienza di discussione, vi ha rinunciato con nota del 20 marzo 2013, prot. n. 13343;

Considerato quanto segue

Oggetto delle controversie e risultanze istruttorie

Il sig. Cozzupoli Xxxxxxx ha promosso, dinanzi al Corecom Calabria, un procedimento di conciliazione nei confronti della società Wind Telecomunicazioni Xxx. La conciliazione si è conclusa con esito negativo.

Il 9 novembre 2012, l'istante ha domandato a questo Corecom la definizione della controversia.

Il ricorrente ha esposto di aver stipulato, il 2 giugno 2012, un contratto di utenza telefonica fissa residenziale con l'operatore Wind, per l'attivazione dei servizi voce e adsl, con assegnazione di una nuova numerazione telefonica. I servizi, malgrado i numerosi reclami dell'istante, non sono stati attivati.

L'istante ha, pertanto, domandato:

- a) la corresponsione di un indennizzo di € 1.200,00 (€ 7,50 pro-die per 160 giorni di ritardo) per la mancata attivazione del servizio, ai sensi dell'art. 3, delibera n.73/11/Cons,
- b) un indennizzo di € 300,00, ai sensi dell'art.3 comma 4 della predetta delibera (per il ritardo nell'attivazione dei servizi accessori);
- c) il riconoscimento di un indennizzo di € 300,00, ai sensi dell'art. 11, comma 1, delibera n.73/11/Cons, per la mancata risposta ai reclami;
- d) il risarcimento del danno, quantificato in € 5.000,00;
- e) la corresponsione di € 2.000,00, a titolo di spese legali, oltre iva e cpa come per legge.

Wind Telecomunicazioni Xxx, tempestivamente costituita, ha eccepito quanto segue :

- 1) Il 15 giugno 2012, l'istante ha chiesto l'attivazione di una linea non attiva ("LNA") con numerazione Xxxxxxx. Wind ha, quindi, avviato il relativo provisioning che, tuttavia, è stato riscontrato negativamente da Telecom Italia. Wind, pertanto, ha aperto una segnalazione verso Telecom, per monitorare lo stato della rimodulazione della Data di Attesa Consegna (DAC) disposta da quest'ultima società.
- 2) Il 23 ottobre 2012, l'ordinativo di attivazione è stato espletato da Telecom Italia, con notifica al 31 ottobre 2012. Il 5 novembre 2012, è stata, poi, completata l'attivazione.
- 3) Nessuna responsabilità può essere imputata alla resistente la quale ha prontamente avviato il provisioning di attivazione, in seguito riscontrato negativamente da Telecom.
- 4) Ai sensi dell'art. 3,1.1, delle condizioni generali di contratto, ultimo capo verso: *"per le nuove linee, il Servizio Infostrada come Operatore Unico verrà attivato entro sessanta giorni dalla richiesta"*.
- 5) La mancata risposta al reclamo, lamentata dall'istante è rimasta un'affermazione generica, sfornita di prova. Le verifiche eseguite sugli applicativi Wind, infatti, non hanno rilevato la presenza di alcuna segnalazione.

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

Il gestore ha depositato:

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

In sede di replica, l'istante ha dedotto il mancato assolvimento, da parte del gestore, all'obbligo precedentemente assunto di attivare la linea entro 10 o al massimo 20 giorni. Il sig. Cozzupoli ha altresì precisato che il servizio è stato attivato solo il 6 novembre 2012, in seguito ad un provvedimento d'urgenza adottato da questo Co.re.com.. Secondo il ricorrente, il ritardo nell'attivazione è imputabile solo alla società Wind, non essendo Telecom parte del rapporto contrattuale interessato dalla presente vertenza. Di tal guisa, eventuali responsabilità da parte dell'ex monopolista potranno essere fatte valere dalla resistente solo all'esito del presente procedimento e con apposita azione. Da ultimo, il sig. Cozzupoli ribadisce di aver presentato numerosi reclami senza ricevere alcun riscontro da Wind.

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 procedibile.

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. 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.

Il ricorrente lamenta, come visto, la mancata attivazione dei servizi voce e adsl dal 2 giugno 2012 al 6 novembre 2012.

Wind, invece, afferma di aver prontamente avviato il processo di attivazione, non concluso nei termini a causa di una rimodulazione della D.A.C. ricevuta da Telecom.

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

Wind, pur sollevando delle eccezioni puntuali, non deposita una prova idonea ad escludere la propria responsabilità. L'unico documento depositato è un estratto dell'applicativo gestito dalla resistente, contenente solo la data di provisioning, quella di attesa consegna, il numero interessato, la data di invio dell'ordine a Telecom, nonché quella di completamento dell'attivazione (6 novembre 2012). Il documento è privo di reale efficacia probatoria, in quanto piuttosto che riprodurre integralmente una copia della schermata di sistema, configura un riepilogo manuale di dati, come tale, poco apprezzabile. In ogni caso, poi, l'esibizione non conforta le argomentazioni espresse da Wind, non indicando le ragioni e soprattutto il tempo della rimodulazione. Non è infatti indicato nel documento, il giorno in cui sarebbe avvenuta la predetta variazione della D.A.C..

Per altro verso, poi, i rilievi mossi da Wind non chiariscono le ragioni per cui la rimodulazione sarebbe dipesa da fatto imputabile alla società Telecom, piuttosto che al cliente o alla stessa Wind. In tal senso, la delibera 274/07/CONS, all'art. 17 bis (Modalità di Attivazione dei servizi di accesso), dispone che *"gli operatori recipient e donating possonoomissis..... richiedere la rimodulazione della data attesa di consegna solo in casi eccezionali e non dipendenti dalla propria volontà, secondo quanto previsto all'art. 17 comma 12"*; ovvero solo allorché ricevano la notifica di una delle causali di rimodulazione contenute nell'elenco esaustivo concordato con gli altri operatori.

Wind, pertanto, avrebbe dovuto indicare la causale della rimodulazione ed il momento in cui la stessa le era stata notificata al fine di non incorrere in responsabilità, ovvero di suddividerla con l'altro operatore in relazione al mutato quadro prospettico.

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 dimostrato l'assenza di una propria responsabilità riguardo al ritardo nell'attivazione della nuova utenza, né ha dimostrato di aver tempestivamente comunicato all'istante le ragioni ostative all'attivazione.

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"*.

2.2 Sulla mancata risposta ai reclami.

L'istante ha dedotto di aver proposto numerosi reclami.

Wind eccepisce all'uopo di aver eseguito le opportune ricerche senza rinvenire sui propri sistemi alcuna segnalazione.

L'analisi delle contrapposte argomentazioni conduce al rigetto della domanda del ricorrente in quanto rimasta sfornita di prova.

Nessun documento, infatti, è stato depositato dal sig. Cozzupoli a sostegno delle sue affermazioni. Parimenti, il ricorrente non ha indicato né il giorno del reclamo, né il codice identificativo o il cognome dell'addetto Wind contattato in occasione della presunta segnalazione.

Non appare, in tal senso, pleonastico sottolineare che a fronte dell'onere posto in capo all'operatore di dimostrare di aver assolto l'obbligo della risposta scritta al reclamo, incomba sul cliente un onere di

allegazione. L'istante, dunque, avrebbe dovuto indicare, quantomeno il giorno, anche approssimativo, del reclamo ed il codice identificativo o il nominativo dell'addetto del call center contattato, oppure produrre idonea documentazione probatoria (es. il fax o la raccomandata a/r di reclamo). In mancanza di tale allegazione, quanto dedotto dall'utente resta una mera affermazione generica, inidonea a sostenere l'addebito di una responsabilità nei confronti dell'operatore.

Per quanto sopra, la domanda di indennizzo per mancata risposta ai reclami non merita accoglimento.

3 Indennizzi, rimborsi e storni.

All'istante va riconosciuto un indennizzo per la mancata attivazione dei servizi voce e adsl, delimitando però l'arco temporale di riferimento.

Il *dies a quo* è il 2 giugno 2012. Seguendo le affermazioni dell'istante, non adeguatamente contestate da Wind, la richiesta di attivazione dei servizi risale a tale data. Secondo l'operatore, invece, la richiesta del cliente risalirebbe al 15 giugno 2012. Tuttavia l'estratto della schermata OLO depositato, indica espressamente, quale data di avvio del provisioning tecnico, il 15 giugno 2012, facendo apparire verosimile, in mancanza di prova contraria, a carico dell'operatore, che l'attivazione fosse stata richiesta dal cliente in data antecedente. Nell'ambito di una ripartizione cronologica, infatti, la richiesta del cliente precede sempre il provisioning tecnico. Diversamente, l'operatore avrebbe dovuto depositare una copia del contratto o della registrazione telefonica, attraverso cui rinvenire la data di stipula dell'accordo.

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) - a fronte del contratto stipulato in data 2 giugno 2012, l'attivazione dei servizi sarebbe dovuta avvenire entro l'1 agosto successivo. Il periodo valutabile, pertanto, ai fini del calcolo dell'indennizzo è quello intercorrente tra quest'ultima data e quella del 6 novembre 2012, corrispondente al giorno di attivazione della linea.

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".

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

€ 727,50 (settecentoventisette /50), per 97 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio voce;

€ 727,50 (settecentoventisette/50), per 97 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio adsl.

Come da orientamento consolidato, il calcolo dell'indennizzo, si conforma altresì ai principi di proporzionalità ed adeguatezza, che presuppongono una corrispondenza tra l'indennizzo erogato ed il pregiudizio subito.

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 all'udienza di conciliazione, l'accoglimento dell'istanza, 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 dal sig. Cozzupoli Xxxxxxx.

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

€ 727,50 (settecentoventisette /50), per il ritardo nell'attivazione del servizio voce;

€ 727,50 (settecentoventisette/50), per il 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