



**CONSIGLIO REGIONALE DELLA
BASILICATA
UFFICIO PER LE POLITICHE DELLA
RAPPRESENTANZA E DELLA PARTECIPAZIONE

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI
(CO.RE.COM.)**

Deliberazione n. 45/2017

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA NEWS [REDACTED]

[REDACTED] C/WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A.

L'anno duemiladiciassette, il giorno 17 del mese di luglio presso la sede del Co.re.com. si è riunito il Comitato regionale per le comunicazioni.

Sono presenti i Signori

- | | |
|-----------------------------|------------|
| 1. LAMORTE Giuditta | Presidente |
| 2. CORRARO Armando Nicola | Componente |
| 3. LAGUARDIA Gianluigi | Componente |
| 4. RAPOLLA Morena | Componente |
| 5. STIGLIANO Carmine Sergio | Componente |

Pres.	Ass.
x	
x	
x	
x	
x	

DELIBERA N. 45/2017

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
NEW DANCE ACCADEMY A.S.D.C/ WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A.
(Prot. n. 5565/C del 26.05.2016)**

IL CO.RE.COM. DELLA REGIONE BASILICATA

NELLA riunione del 17/7/2017;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante *“Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”*;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante *“Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”*;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*;

VISTA la L.R. n.20/2000 *“Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni – Co.Re.Com.”*

VISTO 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;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale della Basilicata e il Comitato regionale per le comunicazioni della Basilicata in data 17/11/2011, e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante *“Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”*, di seguito *“Regolamento”*;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante *“Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”*;

VISTA l’istanza dell’utente News [REDACTED] presentata in data 26 maggio 2016, Prot. n. 5565/C, contro Wind Telecomunicazioni S.p.A.;

VISTI gli atti del procedimento;

Con riferimento alla procedura di definizione della controversia in oggetto, si rileva quanto segue:

1. La posizione della parte istante

All'esito del fallito tentativo di conciliazione, l'utente presentava istanza di definizione, tramite modello GU14, ove, nella parte dedicata alla descrizione dei fatti, si PRECISAVA: "In data 01.03.2011 l'associazione da me rappresentata sottoscriveva con la Wind Telecomunicazioni S.p.a. un contratto c.d. 2Wind business time". Tale contratto prevedeva l'attivazione/migrazione del servizio ADSL sull'utenza fissa avente n. [REDACTED] in uso all'associazione oltre che l'attivazione di due linee mobili SIM recanti i seguenti numeri: [REDACTED]. L'attivazione della linea ADSL non è mai avvenuta e le schede SIM non sono mai state materialmente ricevute e meno che mai utilizzate. Tuttavia, nonostante ciò, la Wind telecomunicazioni S.p.A., oltre ad aver addebitato i costi di attivazione per un servizio mai reso, ha continuato ad addebitare dal 2011 sino ad oggi sul c/c dell'associazione la somma mensile corrispondente alla tassa di concessione governativa per ciascuna delle due SIM mai ricevute e legate ad un contratto inesistente". L'istante concludeva chiedendo: "il rimborso somme addebitate su c/c per mancata attivazione del servizio adsl-mancata attivazione SIM- mancata migrazione; indennizzi automatici per disservizi". L'istante presentava memoria difensiva del 09.11.2016 a firma del suo legale Avv. Ricciardella nel corso del procedimento di definizione con cui ribadiva le proprie ragioni e pretese.

2. La posizione dell'Operatore

L'operatore telefonico, pur presenziando alla udienza di conciliazione, non intendeva aderire alle richieste formulate dall'istante nel corpo del ridetto formulario UG, non accogliendole. L'operatore presentava memoria difensiva del 03.01.2017 con cui concludeva chiedendo al Co.Re.Com. di "rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto" sollevando una serie di eccezioni.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato. Invero, dalla lettura congiunta degli atti del procedimento risulta che l'istante abbia avanzato una serie composita di lamentele: 1) mancata portabilità del servizio ADSL sull'utenza fissa [REDACTED] la mancata consegna e, conseguentemente, la impossibilità di utilizzo delle due SIM relative ai numeri [REDACTED].

Sulla base dei disservizi lamentati, l'istante chiede a) il rimborso delle somme addebitate da Wind Communication S.p.a. sul c/c della Associazione dall'inizio del rapporto contrattuale sia in riferimento all'utenza fissa sia alle due utenze mobili; b) la corresponsione degli indennizzi automatici previsti per la mancata migrazione della linea adsl sulla utenza fissa e per il mancato utilizzo del servizio sulle due utenze mobili. Risulta, dalla documentazione presente in atti, provata la conclusione del contratto come descritto dall'utente in data 01.03.2011.

Con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova in caso di lamentato inadempimento contrattuale, di seguito si riporta quanto indicato nelle c.d. "Linee Guida" (Approvate con delibera n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013) dell'AGCOM:

"III.4.2. Onere della prova:

A prescindere dai poteri d'ufficio riconosciuti al responsabile del procedimento, nella procedura di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere della prova fra le parti previste dal Codice civile ed applicabili al rito ordinario.

Ne consegue che – trattandosi della maggior parte dei casi di fattispecie inerenti a rapporti contrattuali – la norma di riferimento sarà sempre quella di cui all'art. 1218 Cod. civ., secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il creditore della prestazione, tipicamente l'utente, dovrà limitarsi a dedurre l'esistenza del contratto fra le parti ed il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati.

Varrà anche la regola sulla responsabilità per fatto degli ausiliari, art. 1228 Cod. civ., secondo cui, salva la diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro. Questo impedirà all'operatore con cui l'utente ha il rapporto contrattuale di sottrarsi alle proprie responsabilità, per esempio addebitando il ritardo nella riparazione di un guasto al comportamento dei tecnici incaricati.

A ciò si aggiunga, infine, che l'utente non sarà neanche tenuto a fornire la prova dei danni derivanti dall'inadempimento, dato che – come si vedrà *sub* art. 19 – gli indennizzi da inadempimento contrattuale, oggetto della pronuncia, sono già predeterminati."

In maniera conforme si cita delibera del **Corecom Trento Delibera n. 6/12**

"In tema di ripartizione dell'onere della prova, in base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 1218 c.c., nonché a quanto affermato dall'Agcom al punto III.3.2 della delibera n. 529/09/CONS, si deve affermare che il creditore della prestazione, tipicamente l'utente, dovrà limitarsi a dedurre l'esistenza del contratto fra le parti e il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del

proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati".

Nel caso di specie, l'operatore telefonico ha assunto una precisa posizione in merito alle due lamentele presentate dall'istante non contestando né la lamentata mancata migrazione del servizio adsl sulla linea fissa né la lamentata mancata consegna ed il conseguente inutilizzo delle due SIM.

Invero, dalla lettura della memoria difensiva della Wind del 03.01.2017, si evince la conferma della sottoscrizione del contratto in data 01.03.2011, la conferma della richiesta di migrazione della linea dati sulla linea fissa e di attivazione di due SIM mobili, nonché una chiara ammissione della mancata attivazione della linea fissa laddove Wind afferma: "l'attivazione della linea fissa non andava a buon fine in quanto perveniva esito KO da parte di Telecom Italia".

Appare accertato, dunque, che la lamentela dell'istante è fondata.

Wind tenta di escludere la sua responsabilità sul punto richiamando l'art. 2.2. delle Condizioni Generali di Contratto ove si legge: "Qualora l'attivazione del servizio non sia possibile a causa di impedimenti di carattere tecnico non imputabili a Wind, la proposta non potrà essere accettata e, comunque, il contratto eventualmente concluso si risolverà automaticamente, senza che ciò implichi alcuna responsabilità di Wind nei confronti del Cliente".

Va evidenziato, tuttavia, che, pur considerando eventuali problematiche tecniche nella esecuzione della procedura di migrazione era, comunque, preciso obbligo ed onere di Wind Telecomunicazioni S.p.a. notificare prontamente l'utente dell'esito della procedura di migrazione e della sussistenza di eventuali impedimenti tecnici imputabili a sé ovvero ad altro operatore. L'obbligo informativo non appare adempiuto nel caso di specie, atteso che Wind- che pure ha ammesso l'esito negativo della procedura di migrazione per cause tecniche ostative- non ha provato di aver prontamente informato l'utente della sussistenza di tali impedimenti e della conseguente mancata migrazione.

Sul punto si riportano alcune pronunce relative a casi simili a quello de quo.

Corecom Emilia-Romagna Delibera n. 47/11

La mancata attivazione dei servizi richiesti dall'utente e l'assenza di idonee comunicazioni da parte dell'operatore circa la pretesa impossibilità di attivazione configurano inadempimento contrattuale e conseguente relativa responsabilità di quest'ultimo.

Conformi:

Corecom Emilia-Romagna Delibera n. 26/12

Corecom Lazio Delibera n. 62/12

Corecom Lombardia Delibera n. 42/12

Corecom Lombardia Delibera n. 50/12

Corecom Puglia Delibera n. 9/10

L'operatore telefonico deve fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, anche sotto il profilo temporale. Pertanto, qualora l'utente lamenti l'inadempimento rispetto alla richiesta di attivazione della linea rispetto alle tempistiche stabilite, l'operatore per escludere la propria responsabilità deve dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa dell'operatore. Il gestore deve anche fornire prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione, dimostrando di essersi diligentemente attivato per rimuovere gli eventuali ostacoli incontrati.

Conformi:

Corecom Calabria Delibera n. 6/11
Corecom Calabria Delibera n. 11/11
Corecom Calabria Delibera n. 14/11
Corecom Calabria Delibera n. 12/12
Corecom Lazio Delibera n. 6/11
Corecom Lazio Delibera n. 7/11
Corecom Lazio Delibera n. 12/11
Corecom Lazio Delibera n. 25/11
Corecom Lazio Delibera n. 58/11
Corecom Lazio Delibera n. 67/11
Corecom Lazio Delibera n. 3/12
Corecom Lazio Delibera n. 15/12
Corecom Lazio Delibera n. 19/12
Corecom Lazio Delibera n. 37/12
Corecom Puglia Delibera n. 17/10
Corecom Puglia Delibera n. 31/11
Corecom Puglia Delibera n. 36/11
Corecom Puglia Delibera n. 20/12

Agcom Delibera n. 14/11/CIR

Sussiste la responsabilità dell'operatore qualora risulti provato che lo stesso, una volta ricevuta la richiesta di migrazione, non abbia provveduto ad attivare la procedura prevista dalla delibera Agcom n. 274/07/CONS, né abbia provveduto ad informare l'utente dell'ineseguita della richiesta.

Conformi:

Agcom Delibera n. 81/12/CIR

Quanto alla lamentata mancata consegna ed attivazione della due SIM, si evidenzia che la WIND nel corpo della sua memoria difensiva non ha mai contestato specificamente la infondatezza di quanto sostenuto dall'istante, non affermando chiaramente l'avvenuta consegna delle due SIM all'utente e soprattutto non offrendo elementi probatori che potessero comprovare l'avvenuta consegna delle stesse; scrive, in fatti, il difensore della

Wind “Le sim venivano attivate in data 08.03.2011, l’internet Pack veniva consegnata e attivata in data 15.03.2011”.

Appare “curioso” che volutamente la Wind dichiari la consegna ed attivazione dell’internet Pack e soltanto la attivazione delle due SIM, senza fare alcun riferimento alla avvenuta consegna delle stesse.

Anche in questo caso, si ritiene che fosse preciso obbligo ed onere dell’operatore provare la consegna, l’attivazione e l’utilizzo delle SIM ad opera dell’utente per escludere una sua responsabilità sul punto.

In questa sede, anche la non contestazione assume un preciso valore.

Corecom Emilia-Romagna Delibera n. 15/10

In caso di mancata contestazione da parte dell’operatore, i fatti dedotti dall’utente devono essere considerati integralmente provati. Soccorre in tal senso quanto disposto dall’articolo 115, comma 1, c.p.c., recentemente modificato ad opera della legge n. 69/2009, da considerarsi in questa sede come disposizione espressiva di un principio ordinamentale che consente di fondare la decisione, raggiungendo, per quanto riguarda questa sede, il livello di “riscontro” alla “fondatezza” dell’istanza ai sensi dell’articolo 19, comma 3, della delibera Agcom n. 173/07/CONS sui “fatti non specificamente contestati dalla parte costituita”.

Conformi:

Corecom Emilia-Romagna Delibera n. 1/11

Corecom Emilia-Romagna Delibera n. 8/11

Tanto premesso, nel caso di specie bisogna analizzare separatamente le due richieste dell’utente.

Quanto alla richiesta di corresponsione dei relativi indennizzi automatici per i disservizi subiti, nonostante quanto sopra illustrato, si ritiene, tuttavia, di accogliere la eccezione sollevata da WIND nel corpo della sua memoria difensiva in merito alla applicazione del principio del “concorso colposo del debitore” nella causazione del disagio.

Invero, risulta evidente che l’utente non abbia, prima della presentazione della istanza di conciliazione dinanzi al Corecom, avanzato alcun reclamo all’operatore in merito a tutti i disservizi lamentati, poi, nel formulario UG. Tanto è ammesso pacificamente dallo stesso utente che, nel corpo del formulario UG, ha dichiarato di non aver presentato alcun precedente reclamo in merito. Si evidenzia che le note allegate dall’utente, peraltro non corredate da ricevuta postale della eventuale raccomandata a.r.=, contengono una richiesta di disdetta del contratto relativo alle sole due utenze mobili.

In proposito, si richiama il principio, espressamente menzionato al paragrafo III.5.3. delle Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, approvate con delibera n. 276/13/CONS dell’11 aprile 2013, secondo cui “per la liquidazione degli indennizzi, si deve fare attenzione alla possibile applicazione di alcuni principi generali stabiliti dall’ordinamento, come, per esempio, quello di cui all’art. 1227 Cod. civ. sul concorso del fatto colposo del creditore. In altre parole, se l’utente, creditore dell’indennizzo da inadempimento, ha

concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto." Inoltre, le medesime Linee Guida testualmente recitano "in applicazione dei principi di proporzionalità ed equità dell'indennizzo, se dal comportamento tenuto dall'utente può desumersi un completo disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio (ad es. perché per mesi o addirittura anni non ha reclamato o avanzato richieste in proposito) il calcolo dell'indennizzo va fatto decorrere dal momento in cui un simile interesse diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l'operatore."

In maniera conforme, si cita Agcom DELIBERA n. 72/17/CONS.

L'applicazione del principio richiamato implica il rigetto della richiesta di corresponsione degli indennizzi automatici, atteso il completo disinteresse dimostrato nel corso degli anni dall'utente rispetto alla erogazione dei servizi, stante l'assenza di qualsiasi reclamo inoltrato all'operatore.

Viceversa, presupponendo, sulla base di quanto detto, l'inadempimento contrattuale ossia la mancata portabilità della linea adsl su rete fissa nonché la mancata consegna ed attivazione delle due linee mobili, ed anche in applicazione del principio di equità, nonché dei principi civilistici in materia, appare legittima la richiesta di rimborso/storno delle somme addebitata da Wind su conto corrente intestato alla associazione, in relazione sia alla linea fissa sia alle due utenze mobili, atteso che l'utente non ha mai usufruito di tutti tali servizi e, in più, ha chiesto la rescissione del contratto con riguardo alle utenze mobili mediante una comunicazione a mezzo fax.

Tanto proprio perché si ritiene che il criterio ermeneutico richiamato e stabilito dalla AGCOM nelle ridette "Linee Guida" appaia chiaramente riferito alla ipotesi di corresponsione degli indennizzi ed è, infatti, inserito nel PUNTO III.5.3. denominato "Riconoscimento degli indennizzi e criteri per la liquidazione".

4. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, vista la relazione istruttoria dell'esperto giuridico, avv. Maria Carmela [REDACTED], in parziale accoglimento dell'istanza avanzata dell'utente News [REDACTED], presentata in data 26 maggio 2016, Prot. n. 5565/C, contro Wind Telecomunicazioni S.p.A;

Delibera

La Società Wind Telecomunicazioni S.p.A. è tenuta a:

- rimborsare in favore dell'utente le somme addebitate in C/C per mancata attivazione del servizio adsl- mancata attivazione SIM- mancata migrazione", sin dalla data di sigla del contratto in relazione sia all'utenza fissa sia alle due utenze mobili.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n.259;

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

LA DIRIGENTE
Dr.ssa Vesna Alagia



LA PRESIDENTE
Giuditta Lamorte



