

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 19

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA – Grande xxx c/WIND TELECOMUNICAZIONI

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 24/01/2014, 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:

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";

l'istanza del 9 ottobre 2013, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 43467, con cui la sig.ra xxx, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con la Wind; 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 17 ottobre 2013 (prot. n. 44806), 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;

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il ricorrente ha depositato, presso questo Co.Re.Com., istanza di definizione della controversia, lamentando che:

- *"a causa di disservizi sulla propria utenza telefonica ha dovuto cambiare gestore telefonico (da Wind a Telecom) e nonostante ciò la Wind ha preteso pagamenti non dovuti".*

Per i suesposti motivi, l'istante ha esperito davanti a questo Co.Re.Com., il tentativo di conciliazione, che si è concluso con un verbale di mancata conciliazione.

Consequentemente il 9 ottobre 2013 con istanza introduttiva del presente contenzioso, ha chiesto: *"storno di tutti gli importi richiesti da Wind e blocco dell'eventuale fatturazione successiva con ritiro della pratica recupero crediti pari a € 1.776,61 e cancellazione dalle liste Wind".*

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 17 ottobre 2013, sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari. Entrambe hanno prodotto documentazione a supporto della rispettiva posizione.

L'operatore Wind, con propria memoria inviata il 18 novembre 2013, ha specificato che:

- *"la fase 2 Donating 688222 ricevuta il 5 gennaio 2011 e chiusa in KO il 12 gennaio 2011 per Linea in fase di trasformazione tecnica";*
- *"la fase 2 Donating 700681 ricevuta il 19 gennaio 2011 e chiusa in OK";*
- *"la fase 2 Donating 700681 pervenuta il 26 gennaio 2011 con attesa di consegna (i.e. DAC) fissata al 10 febbraio 2011, chiusa in KO il 13 maggio 2011";*
- *"nel caso di specie non è stata esplicitata la motivazione di scarto fornita da Telecom alla richiesta di migrazione di cui al codice di sessione 700681";*
- *"a tali lavorazioni non risulta pervenuta alcuna ulteriore richiesta di migrazione e/o disattivazione";*
- *"la convenuta ha lasciato la situazione contrattuale invariata e quindi il contratto attivo";*
- *"varie fatture emesse risultano insolite per un importo pari a € 1.584,84";*
- *"il 25 maggio 2012, la convenuta ha trasmesso all'istante mediante raccomandata a/r, preavviso di risoluzione contrattuale";*
- *"il 19 luglio 2012, perdurando la suddetta morosità il contratto è stato disdetto".*

L'istante con note di replica inviate il 27 novembre 2013 ha evidenziato che:

- *"nel periodo in questione era titolare dell'utenza xxxx";*
- *"a causa del mancato funzionamento dei servizi voce e adsl offerti da Wind ha dovuto chiedere la migrazione della linea ad un altro operatore nel mese di gennaio 2011";*
- *"ha reclamato il disservizio numerose volte";*
- *"l'istante ha richiesto l'attivazione di una nuova linea intestata al marito";*
- *"la Wind non mai informato circa gli impedimenti per l'espletamento della procedura";*
- *"Wind non ha prodotto le fatture relative all'insoluto contestato".*

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale, ai fini della liquidazione delle spese di procedura, come si evince dal verbale agli atti: l'operatore Wind, ha aderito all'udienza di conciliazione ed ha prodotto memoria e documentazione a supporto della propria posizione.

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.

Riguardo al merito.

La presente controversia ha come oggetto l'addebito di somme in contestazione da parte dell'operatore Wind Telecomunicazioni.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia. 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 la trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

2.1 Sulla richiesta dell'annullamento delle fatture.

L'istante chiede l'annullamento delle fatture emesse dall'operatore telefonico Wind Telecomunicazioni per un importo totale di Euro 1.776,00 (millesettecentosettantasei/00).

Il gestore ha ribadito la regolarità di tale fatturazione, in quanto successivamente all'esito negativo del processo di migrazione (ha ricevuto vari KO da parte di Telecom), non ricevendo disdetta del contratto da parte della sig.ra Divina, ed ha proseguito il rapporto in essere.

Wind, ha sostenuto di aver rispettato nell'emissione della fatturazione, le direttive emesse dall'Autorità in materia, di aver applicato regolarmente i costi dell'offerta commerciale, ed inoltre che il ricorrente non le ha mai inviato alcuna missiva di contestazione di detti importi.

Il ricorrente ha replicato sostenendo che gli importi oggetto di contestazione, non appaiono congrui e motivati in quanto nel mese di gennaio 2011 ha chiesto la migrazione del numero ad un altro operatore a causa dei continui disservizi subiti.

Pur tuttavia, nel caso di specie, si deve osservare che l'istante, oltre a non aver indicato le fatture da annullare e/o allegato le stesse in atti, non ha dato prova di:

- aver contestato le fatture emesse dalla Wind;
- aver esercitato il diritto di recesso.

In questa fattispecie, la valutazione del comportamento delle parti, deve essere 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, al comma 2, che "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

Il gestore, da parte sua, non ha dimostrato di aver informato l'istante circa le cause e/o gli impedimenti per l'espletamento della procedura di migrazione. Inoltre avrebbe anche dovuto fornire la prova dell'erogazione del servizio richiesto, così da poter giustificare l'emissione delle fatture prodotte.

Dall'esame puntuale delle stesse, non si evince alcuna voce relativa a traffico telefonico generato dell'utenza interessata.

La normativa in materia stabilisce che, l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma è solo un atto unilaterale, di natura contabile, diretto a comunicare all'utente la prestazione già eseguita ed il convincimento dell'operatore telefonico; sono quindi rettificabili in caso di divergenza con i dati reali (Cassazione Civile, sez. III, sentenza del 17/02/1986, n. 947).

Nel caso di specie Wind, non ha fornito alcun elemento di prova idoneo a dimostrare la correttezza degli addebiti contestati, né documentando attraverso tabulati o schermate, l'effettività del traffico.

Da tale ricostruzione della vicenda emerge una responsabilità dell'istante per non essersi adoperato per diminuire il danno, contestando le fatture emesse e inviate da Wind (e non a distanza di 2 anni), nonché una parziale inadempienza da parte del gestore.

Per quanto sopra esposto, si accoglie la richiesta di parte relativa alla regolarizzazione della posizione amministrativa nella misura del 50% - mediante l'annullamento parziale delle fatture oggetto di contestazione.

Quindi, rispetto alle richieste del gestore telefonico dirette ad ottenere il pagamento totale dell'insoluto pari a Euro 1.584,00 (millecinqueottantaquattro/00), quale fatture emesse e non pagate, il ricorrente è tenuto al pagamento della somma pari a Euro 792,00 (settecentonovantaquattro/00).

3. Sulle spese di procedura.

L'art. 19 al comma 6, del Regolamento allegato alla delibera Agcom n. 173/07/ CONS, 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 artt. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione".

Per quanto è emerso nella procedura in esame, non ricorrono le condizioni per il rimborso delle spese.

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. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge.

DELIBERA

1) L'accoglimento parziale, nei termini esposti in motivazione dell'istanza presentata dalla sig.ra xxx il 9 ottobre 2013, nei confronti dell'operatore Wind Telecomunicazioni.

Per il che la società è tenuta a effettuare il seguente adempimento:

a) regolarizzazione della posizione amministrativa nella misura del 50% - mediante l'annullamento parziale delle fatture oggetto di contestazione.

2) E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'articolo 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;

3) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "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";

4) 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;

5) Il gestore è tenuto 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 135, comma 1, lett. 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'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 Direttore

f.to Avv. Rosario Carnevale