

DELIBERA N. 3/2019

Oggetto: Approvazione della proposta di definizione della controversia tra XXX e Wind xxx (ex Infostrada), GUI4 n.41/17.

Il 6 febbraio 2019, alle ore 15, presso la sede del Consiglio - Assemblea legislativa delle Marche, in Piazza Cavour n. 23 ad Ancona, si è riunito il Comitato Regionale per le Comunicazioni delle Marche (Corecom Marche).

Sono presenti il Presidente, Cesare Carnaroli; il Vicepresidente, Domenico Campogiani e il componente, Manuele Maffei.

Assistono il dirigente del Servizio Supporto agli Organismi Regionali di Garanzia, Elisa Moroni, ed il Segretario del Corecom Marche, Angela Ruocco.

IL CORECOM MARCHE

VISTA 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) e la legge 31 luglio 1997, n. 249 (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 (Codice delle comunicazioni elettroniche);

VISTO l'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto il 21 novembre 2017;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni, sottoscritta tra l'AGCOM, il Consiglio regionale delle Marche, la Giunta regionale delle Marche e il Corecom, il 28 dicembre 2017 e, in particolare, l'articolo 5, comma 1, lettera e);

VISTA la delibera AGCOM n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007 (Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti), di seguito denominato "Regolamento", e la delibera AGCOM n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 (Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori) di seguito denominato "Regolamento indennizzi";

VISTA la legge regionale 27 marzo 2001, n. 8 (Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni – Corecom);

VISTA l'istanza prot. n. 1097 del 9 febbraio 2017 con cui la società istante chiedeva l'intervento del Corecom per la definizione della controversia in essere con la Wind XXX, ai sensi dell'articolo 14 del Regolamento;

VISTA la nota prot. n. 5173 del 26 giugno 2017 con cui questo Ufficio ha comunicato alle parti, ai sensi degli articoli 15 e 16 del Regolamento, l'avvio del procedimento e la convocazione per l'udienza di

discussione del 18 settembre 2017;

VISTI gli atti del procedimento;

ESAMINATO il verbale di udienza del 18 settembre 2017, chiuso senza l'accordo delle parti;

UDITA la proposta di decisione del responsabile del procedimento;

CONSIDERATO, in particolare, quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante lamenta una mancata pubblicazione nell'elenco abbonati per l'utenza fissa numero 0732-25XXXX. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nella memoria integrativa e nel corso dell'udienza di discussione, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- a. da una casuale consultazione degli elenchi telefonici l'istante, Avvocato XXX, con studio in Fabriano, Via XXX, si è avveduto del fatto che nelle annualità 2014/2015 – 2015/2016 e 2016/2017, la propria attività professionale non è stata inserita sia negli elenchi telefonici che in quelli delle Pagine Gialle Lavoro del territorio di Ancona e Provincia, né sotto il nome di XXX Avv. XXX, né sotto quello di Studio Legale Avv. XXX;
- b. la conseguenza della suddetta omissione è che la propria attività, nominativo e titolo professionale, per chi avesse avuto la necessità di consultare gli elenchi, sono risultati inesistenti;
- c. detta omissione costituisce grave inadempimento contrattuale e sviamento di clientela, considerando, soprattutto, che trattandosi di studio legale con netta prevalenza di operatività nel settore penale, necessita di una pronta reperibilità.

In base a tali premesse, l'istante ha richiesto, quanto segue:

- i. gli indennizzi previsti dagli articoli 11 e 13 dall'allegato A della delibera n. 73/11/CONS, per le utenze professionali "affari" pari ad euro 2.400,00 (duemilaquattrocento/00);
- ii. l'immediato inserimento, con qualunque mezzo, nell'elenco telefonico e nelle Pagine Gialle Lavoro;
- iii. il risarcimento danni e non, quantificati in euro 15.000,00 (quindicimila/00) come da allegata diffida.

2. La posizione dell'operatore

Wind, con memoria, depositata nei termini previsti nell'avvio della procedura, ha chiesto il rigetto dell'istanza di definizione per inammissibilità di ogni richiesta risarcitoria del danno e per infondatezza delle richieste avanzate a titolo di indennizzo.

In particolare, la Wind ha dedotto quanto segue:

- a) ogni richiesta risarcitoria del danno è espressamente esclusa in sede Corecom dalla normativa Agcom;
- b) solo in data 6 ottobre 2016 perveniva a mezzo pec documentazione scritta con la quale il cliente contestava la mancata pubblicazione in elenco dell'utenza 0732-25XXXX, relativamente agli anni 2014/2015/2016;
- c) in fase di gestione del reclamo, il Servizio Clienti comunicava che la linea in questione era disattiva sui sistemi Wind dal 9 agosto 2016 per migrazione verso altro operatore, che per l'anno in corso i dati dell'utenza comparivano su Pagine Bianche *on line* e Pagine Gialle e che per qualunque ulteriore richiesta l'istante avrebbe dovuto rivolgersi al nuovo gestore o direttamente a Seat;

- d) il reclamo essendo pervenuto solo il 6 ottobre 2016, l'operatore nulla poteva fare per la risoluzione dell'eventuale mancata pubblicazione per gli anni 2014 e 2015, non avendo avuto contezza di tale anomalia;
- e) l'utente ha concorso nel fatto colposo della omessa pubblicazione non avendo precedentemente reclamato tale disservizio;
- f) in riferimento alle Pagine Gialle, trattasi di una pubblicazione che riguarda un rapporto commerciale interno tra l'utente e la suddetta società Seat.

3. Motivazione della decisione

A) Nel merito

Sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, le richieste formulate dalla parte devono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato.

Con riferimento alla richiesta *sub iii)*, di risarcimento danni, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica ed utenti, l'oggetto delle pronunce esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere Agcom.

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

Pertanto, sul punto, viene accolta l'eccezione di inammissibilità alla domanda avanzata da Wind, precisando però che lo stesso istante, nella memoria di replica, ha chiarito che si trattava di richiesta da proporre in sede giudiziaria, terminata la procedura innanzi al Corecom Marche.

Parimenti e per le medesime ragioni su espresse non può trovare accoglimento la richiesta *sub ii)*, in quanto avente ad oggetto la condanna ad un *facere* dell'operatore, esclusa dal contenuto vincolato del provvedimento di definizione della controversia. La domanda non può essere accolta anche perchè all'epoca dell'inoltro dell'istanza di definizione (febbraio 2017), il nuovo operatore, verso cui la numerazione 0732-25XXXX è stata fatta migrare, ha regolarmente adempiuto all'inserimento del nominativo dell'utente nel relativo elenco.

Venendo ad esaminare l'oggetto specifico e centrale dell'inadempimento da parte di Wind (ex Infostrada) nei confronti dell'istante, che ha dato luogo alla presente controversia, ovverosia, l'omesso inserimento negli elenchi telefonici cartacei per le tre annualità 2014, 2015 e 2016, occorre richiamare i principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, più volte affermati nella consolidata giurisprudenza di legittimità (v., per tutte, Cass., SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass., SS. UU., 6 aprile 2006, n. 7996), secondo i quali 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 limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento, ovvero, che l'inadempimento o il disservizio sia dipeso da cause a lui non imputabili.

Tanto premesso, all'esito delle risultanze istruttorie, emerge che il reclamo dell'utente, in riferimento alla mancata pubblicazione, è pervenuto il 6 ottobre 2016, cioè successivamente alla cessazione dell'utenza sui sistemi Wind, migrata verso altro operatore l'8 agosto 2016. Pertanto, in riferimento all'annualità 2016, nulla avrebbe potuto fare l'operatore Wind per la risoluzione del disservizio. Infatti, essendo l'utenza disattiva alla data del reclamo, l'istante avrebbe dovuto rivolgersi al nuovo gestore o direttamente a Seat. A ciò aggiungasi anche la circostanza di fatto che, per l'anno 2016, i dati dell'utente risultavano pubblicati sia su Pagine Bianche *on line* sia su Pagine Gialle, come comunicato all'istante in fase di gestione del reclamo dal Servizio Clienti Wind.

In virtù delle suddette considerazioni la domanda di indennizzo per il disservizio subito deve essere accolta limitatamente alla mancata pubblicazione nell'elenco abbonati per gli anni 2014 e 2015.

Infatti, si deve evidenziare che la Wind (ex Infostrada) non ha fornito alcuna motivazione tecnico-giuridica relativamente al mancato inserimento negli elenchi telefonici per l'annualità 2014 e 2015 contestate. Sempre dall'istruttoria dei complessivi atti difensivi è emerso che l'odierno ricorrente è diventato cliente Wind (ex Infostrada) il 7 dicembre 2010 e che, come dallo stesso specificato e mai rinnegato dall'operatore, la Wind aveva provveduto da subito al corretto inserimento negli elenchi telefonici della numerazione fissa dello Studio Legale. Coerenza vuole, pertanto, che Wind sarebbe chiamata a rispondere per il mancato inserimento nell'elenco abbonati 2014 e 2015, poiché l'istante non ha mai comunicato alcuna variazione al riguardo, né l'operatore ha prodotto agli atti eventuale comunicazione dell'utente di modifica o cancellazione dei dati dagli elenchi in questione, ovvero, altra motivazione che possa aver giustificato l'omissione.

Accertato, quindi, che la responsabilità per inadempimento contrattuale è ascrivibile alla società Wind XXX (ex Infostrada) limitatamente alle annualità 2014 e 2015, in parziale accoglimento dell'istanza si condanna l'operatore alla corresponsione della somma di euro 1.600,00 (milleseicento/00), computata in base al parametro previsto dall'art. 10, comma 1, dell'All. A alla delibera n. 73/11/CONS, secondo il quale l'omesso inserimento o errato inserimento dei dati relativi all'utenza negli elenchi di cui all'art. 55 del Codice delle comunicazioni elettroniche comporta il diritto dell'utente ad ottenere un indennizzo, da parte dell'operatore responsabile del disservizio, pari ad euro 200,00 (duecento/00) per ogni anno di disservizio, parametro quest'ultimo che deve essere quadruplicato, in conformità a quanto previsto dall'art. 12, comma 2, della citata delibera se l'utenza interessata dal disservizio è di tipo "affari".

B) Sulle spese del procedimento

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è prevista dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "*del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*".

Nel caso di specie, considerate la partecipazione e le difese svolte dalle parti, si ritiene equo e congruo liquidare l'importo di euro 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e di definizione

CONSIDERATO, per quanto precede, che la domanda formulata da XXX nell'istanza di definizione della presente controversia vada accolta parzialmente;

UDITA la relazione del Consigliere Domenico Campogiani;

Con votazione all'unanimità, resa in forma palese;

DELIBERA

a definizione della controversia tra l'utente XXX e l'operatore Wind XXX (ex Infostrada):

1. di accogliere parzialmente l'istanza prot. n. 1097 del 9 febbraio 2017 avanzata da XXX contro la Wind XXX e, conseguentemente, di ordinare alla Wind XXX di riconoscere, mediante assegno bancario o bonifico emesso in favore dell'istante:

a) la somma di euro 1.600,00 (milleseicento/00), a titolo di indennizzo per l'omessa indicazione negli elenchi telefonici;

b) la somma di euro 100,00 (cento/00) per spese di procedura;

2. di dare atto che il presente provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259;

3. di dare atto che la presente delibera può essere impugnata davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso;

4. di dare atto che l'utente può chiedere, in sede giurisdizionale, il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito;

5. di dare mandato all'ufficio competente di notificare alle parti la presente delibera e di pubblicarla sul sito web del Corecom Marche (www.corecom.marche.it); nonché di trasmetterla all'Autorità (www.agcom.it).

La Società Wind XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento della presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Il Presidente
(Cesare Carnaroli)

Il Consigliere relatore
(Domenico Campogiani)

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
Il Dirigente del Servizio Organismi regionali di garanzia
(Elisa Moroni)

La presente deliberazione si compone di 5 pagine.

Il segretario
(Angela Ruocco)