

DELIBERA DL/069/17/CRL/UD del 08 maggio 2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

P. MENNA/ WIND TELECOMUNICAZIONI XXX/TELECOM ITALIA XXX

(LAZIO/D/799/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 08 maggio 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”;

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 e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 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 P. Menna presentata in data 10.10.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti di Wind XXX (di seguito per brevità “Wind”) e Telecom Italia XXX (“Telecom”), l’attivazione di un contratto mai richiesto (Wind), il ritardato rientro in Telecom con interruzione del servizio, la mancata risposta al reclamo.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nelle memorie, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- a. In data 16.2.2012, constatava il passaggio della propria linea da Teletu a Wind senza aver mai firmato un contratto ma pagava tutte le fatture per non incorrere nella sospensione del servizio.

- b. Il 19.12.2013 sottoscriveva un contratto per rientrare in Telecom: apprendeva poi, dal servizio clienti Telecom, rispettivamente nelle date del 20.12.2013, 23.1.2014 e 7.2.2014 che il codice di migrazione fornito con la richiesta era errato e pertanto la migrazione non poteva procedere.
- c. In data 11.3.2014 formalizzava con l'operatore una nuova richiesta di rientro che si perfezionava con il passaggio di linea ed attivazione dei servizi il 14.4.2014
- d. Tuttavia in data 7.4.2014 si era verificata l'interruzione del servizio e per ciò era stato richiesto un provvedimento urgente al Corecom.

Alla luce di quanto esposto richiedeva:

- 1. L'annullamento e rimborso delle fatture Wind per contratto mai richiesto;
- 2. Indennizzi automatici non corrisposti per Euro 5.720,00;
- 3. Indennizzo per mancata migrazione del servizio dal 19.12.2013 al 14.4.2014 per Euro 1.160,00;
- 4. Indennizzo per n.4 giorni di interruzione del servizio per Euro 40,00.
- 5. Indennizzo da mancata risposta al reclamo, dal 17.3.2014 al 1.10.2014, data dell'udienza di conciliazione, per Euro 1.070,00.
- 6. Oltre a Euro 1.000,00 a titolo di rimborso spese di entrambe le procedure, nonché di spese vive sostenute dall'utente.

2. La posizione dell'operatore Telecom

Il gestore evidenziava quanto segue.

Sosteneva di aver fatto diversi tentativi di importazione della risorsa, in dicembre 2013, febbraio 2014 e marzo 2014, andato poi a buon fine.

In tale ultima occasione era stato registrato un nuovo verbal order e il processo concluso con attivazione alla data del 9.4.2014 e invio della welcom letter.

Sosteneva pertanto che pur non essendo stata possibile l'attivazione a decorrere dal primo verbal order (dicembre 2013), tuttavia la responsabilità di aver utilizzato un codice di migrazione sbagliato non poteva essere attribuita a Telecom poiché il CDM, come da regolamentazione, è fornito dall'utente, e ancor prima dall'operatore Donating; impregiudicata quindi la responsabilità nell'errore dell'una o dell'altro Telecom, messa nell'impossibilità tecnica di concludere la procedura, non poteva farsi carico di errori commessi da altri.

Precisava che la fatturazione Telecom era corretta poiché emessa a partire dal 3° bimestre/2014.

Concludeva per il rigetto dell'istanza.

2. La posizione dell'operatore Wind

L'operatore, in merito alla contestazione sul contratto, precisava che con Recall del 28.01.2012, la cliente confermava la volontà di attivazione del contratto stipulato. L'ordine di importazione era stato pertanto espletato il 16.2.2012; nella stessa data l'utente contattava il servizio clienti per disconoscere il contratto sostenendo di non aver mai dato conferma dello stesso. In seguito, il 17.2.2012, la cliente inviava un fax nel quale, pur lamentando la conclusione del contratto, chiedeva di revocare il precedente disconoscimento.

Successivamente non perveniva alcun reclamo dall'utente sul contratto, né alcuna contestazione sulle fatture delle quali si chiede il rimborso.

Perveniva poi, quale unica richiesta di migrazione, l'ordine del 21.3.2014 con rilascio della Fase 2, il 27.3.2014; l'ordine proseguiva con espletamento al 9.4.2014.

Quanto all'errore sulla comunicazione del codice di migrazione, la stesso risulta destituito di fondamento in quanto risultante dalle fatture.

Concludeva per il rigetto dell'istanza.

4. Motivazione della decisione

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Tuttavia deve rilevarsi l'inammissibilità della richiesta di risarcimento del danno, improponibile in questa sede ai sensi dell'art.19, comma 4 del Regolamento che limita la cognizione del Corecom alla disposizione di rimborso/storno di somme non dovute o alla liquidazione di indennizzi in conseguenza dell'accertamento di inadempimento contrattuale. Per l'accertamento del danno sussiste giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

Tale, deve eventualmente intendersi la richiesta di liquidazione delle spese da parte dell'associazione di consumatori patrocinante a nome dell'utente per Euro 1.000,00. Peraltro, in tema di liquidazione delle spese del procedimento, ai sensi dell'art.16, comma 4, rileva la particolare modalità di estensione dell'istanza di definizione, ridondante e al contempo lacunosa rispetto all'istanza di conciliazione, non aggiornata al tempo del deposito (senza menzione dell'attivazione, medio tempore avvenuta) contraddittoria negli argomenti, inconferente nei richiami regolamentari e normativi, inutilmente prolissa e defatigatoria per l'organo giudicante e tendenzialmente lesiva del principio del contraddittorio per la tardiva precisazione delle richieste.

Di tale violazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti dovrà pertanto tenersi conto in tema di liquidazione delle spese.

E' inoltre inammissibile la richiesta di corresponsione retroattiva degli indennizzi automatici non prevista da alcuna norma regolamentare, né compatibile con l'instaurazione del contenzioso.

4.1 Sul contratto

Sostiene l'utente di non aver mai sottoscritto, né accettato il contratto Wind per il quale chiede il rimborso di tutte le fatture pagate.

Controparte ha depositato schermata di sistema attestante il consenso fornito all'atto del Recall del cliente e del successivo disconoscimento da parte della stessa del contratto, nonché un fax dell'utente col quale revocava il disconoscimento del contratto.

In base ai principi generali sull'onere della prova, in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale 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 e, se previsto, del termine di scadenza, 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.

Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

A fronte della contestazione della fonte negoziale e dei corrispettivi a tale titolo corrisposti, spettava dunque a Wind fornire la controprova della vigenza della stessa e della regolare fatturazione. Tale prova è stata raggiunta mediante il deposito di controprova dell'assunto di parte istante, essendo di univoca interpretazione il tenore letterale della comunicazione dell'utente inviata con fax del 28.2.2012 avente ad oggetto "Revoca del disconoscimento richiesto in data 16 febbraio 2012", con la quale, nonostante le contestazioni sulle modalità di stipula, revocava il disconoscimento della pratica n. 707011974 effettuata il 16 febbraio 2012, con la seguente motivazione *"in ogni caso ci ho riflettuto e ho deciso per ora di tenermi Wind/Infostrada con la tariffa agevolata ..."*. Né risultano provati dall'utente ulteriori contestazioni sul contratto o sulle fatture fino al dicembre 2013, quando ha richiesto la migrazione in Telecom.

La domanda di restituzione di quanto versato a Wind in pendenza di contratto, peraltro domanda non supportata dalle fatture, deve pertanto essere rigettata.

4.2 Sulla migrazione

Deduce l'utente che, a fronte di richiesta del 19.12.2013, di rientrare in Telecom, la stessa non veniva evasa fino al 14.4.2014, riferendo Telecom che il CDM fornito era errato (per tre ordini) e che solo a seguito di nuova registrazione vocale la migrazione si perfezionava.

Wind eccepisce di aver riscontrato unicamente un ordine, in data 21.3.2014, espletato il successivo 9.4.2014 e che ogni eventuale responsabilità a proprio carico è da escludersi in quanto il codice compare inconfutabilmente in fattura. (cfr schermata di sistema).

Telecom non contesta la stipula di dicembre 2013 e di aver effettuato tre tentativi nello stesso mese e nei successivi, senza poter portare a termine la procedura, ma imputa la problematica alla fornitura (da parte dell'utente o di Wind) di un codice errato che andava in scarto; forniva schermata Pitagora dell'ultimo tentativo, andato a buon fine, del 29.3.2014.

La domanda dell'utente è fondata, per la seguente ragione.

Le schermate di dialogo di sistema fornite dai due gestori, sono concordi e coerenti quanto all'ordine di migrazione espletato, ultimo in ordine di tempo di marzo 2014, per il quale i tempi di attesa ed espletamento sono conformi alla normativa citata.

Telecom tuttavia, per sua stessa ammissione, conferma la necessità di aver dovuto riformulare il vocal order, in quanto quello di dicembre 2013 non si era perfezionato per il problema tecnico rappresentato dal codice di migrazione.

Ferma l'evidenza documentale che il codice di migrazione è regolarmente presente sulle fatture Wind in deposito e che è quello corretto, per avere Wind fornito evidenza informatica del suo utilizzo nell'ordine positivo di marzo 2014, spettava a Telecom in qualità di Recipient, responsabile dell'inserimento a sistema dell'ordine di validazione del codice, provare i precedenti ordini andati in KO da dicembre a febbraio al fine di dare prova, in primis di averli tempestivamente e consecutivamente inseriti; oppure di aver inserito il CDM corretto, evidenziando un errore di validazione di Wind, o di averne inserito uno sbagliato per responsabilità dell'utente e pertanto fornire la traccia del vocal order; nessuna evidenza

probatoria è stata invece fornita dell'attività svolta da Telecom/Recipient nel periodo dicembre 2013 - marzo 2014 e pertanto l'operatore è responsabile di tale ritardo.

La necessità di una nuova stipula telefonica per acquisire di nuovo i dati dall'utente, portano ad escludere una responsabilità di quest'ultimo, almeno tecnicamente, nella fornitura del codice.

Avendo confermato l'operatore l'inserimento di un primo ordine a dicembre 2013 e facendo riferimento alla riferita e non contestata data di stipula del 19.12.2013, Telecom avrebbe dovuto attivare i servizi al più tardi il 18.1.2014 e pertanto spetta all'utente un indennizzo per il ritardo nella migrazione ai sensi dell'art. 3, comma 3 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS,- essendo, nelle more, l'utente rimasto attivo con Wind- fino al 29.3.2014, data di creazione dell'ordine espletato tempestivamente e positivamente, per l'importo di Euro 210,00.

Quanto alla riferita interruzione del servizio, dedotta dall'utente dal 7.4.2014 al 14.4.2014, gli operatori, anche in sede di risposta all'avvio di procedura d'urgenza, hanno provato l'espletamento, con DAC rimodulata, al 9.4.2014 e pertanto nessun indennizzo è riconoscibile in ragione del tempo minimo di disservizio, tollerato dalla regolamentazione di settore, soprattutto in presenza di formalizzata rimodulazione della data di attesa consegna.

4.2 Sul reclamo

E' in atti un reclamo del 17.3.2014 indirizzato a Wind, relativo alle contestazioni sul contratto asseritamente non richiesto e sui tentativi falliti di rientro in Telecom.

Non risulta alcuna risposta da parte dell'operatore .

Rileva il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

L'utente ha richiesto l'applicazione del parametro indennizzatorio più favorevole della Carta Servizi Wind, ai sensi dell'art.2, comma 1 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS. Si riconosce pertanto il diritto dell'utente alla corresponsione dell'indennizzo per la mancata risposta dal 17.3.2014 (detratto il termine di 45 giorni utili alla risposta ex Carta Servizi Wind) fino all'1.10.2014 (data dell'udienza di conciliazione, prima occasione utile di interlocuzione tra le parti) per euro 750 ai sensi dell'art.3.3 Carta Servizi Wind

Spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equa la compensazione tra le parti, attesa la parziale soccombenza e in applicazione dell'art.19, comma 6 ex Delibera 173/07/CONS, in relazione alle modalità di redazione dell'istanza avuto riguardo a quanto prescritto dall'art.16, comma 2 .

Tutto ciò considerato

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. L'accoglimento dell'istanza presentata dall'utente P. Menna, nei confronti di Wind Telecomunicazioni XXX e Telecom Italia XXX.
2. La società Telecom Italia è tenuta a pagare in favore dell'istante la somma di euro 210,00 (duecento dieci /00) ai sensi dell'art.3, comma 3 dell'allegato A alla Delibera 73/11/CONS.
3. La società Fastweb XXX è, tenuta a pagare in favore dell'istante la somma di Euro 750,00 quale indennizzo ai sensi del combinato disposto dell'art.2, comma 1 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS e art. 3.3 della Carta Servizi Wind.
4. Telecom e Wind sono altresì tenute a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. 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 sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 08/05/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto