

DELIBERA DL/072/17/CRL/UD del 08 maggio 2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

V. DE BERARDINIS / WIND TELECOMUNICAZIONI XXX

(LAZIO/D/565/2015)

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 del 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 Sig. V. De Bernardinis presentata in data 02/07/2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore Wind Telecomunicazioni XXX (da ora in poi “Wind”) di avere aderito ad una proposta di contratto, attivato in data 11/07/2014. Da subito, però, tramite segnalazioni telefoniche, l’utente contestava la mancata attivazione dello stesso. Dopo due giorni un tecnico si recava presso la sua abitazione, garantendo la risoluzione del problema entro 48 ore. Il 29/07/2014, l’utente inviava raccomandata A/R di disdetta contrattuale, a causa del disservizio subito. In data 08/08/2014, inviava formale reclamo per diffidare il gestore ad addebitare costi per un servizio mai fruito. Reclamo rimasto inevaso, al quale, anzi, seguiva l’addebito della somma di € 146.79. In data 01/12/2014, inviava nuovo reclamo, rimasto a tutt’oggi inevaso.

Sulla base di tali premesse, l’utente richiedeva:

- Rimborso di € 120.12, per un servizio mai erogato e/o funzionante:

- Indennizzo per ritardata attivazione di ciascun servizio, nel periodo dal 11/07/2014 al 21/08/2014 (ultimo giorno contabilizzato in fattura), per un totale di 615.00 €;
- Indennizzo per il mancato rispetto degli oneri informativi;
- Indennizzo per malfunzionamento di ciascun servizio, dal 11/07/2014 al 21/08/2014, per un totale di 410 €.

2. La posizione dell'operatore Wind

Wind nella propria memoria difensiva, individuava e descriveva il piano tariffario in questione, Absolute ADSL. Precisava che l'offerta garantiva, oltre che una velocità massima di trasmissione, anche una velocità minima.

Il servizio veniva, dunque, correttamente erogato, ma in data 14/08/2014 riceveva una segnalazione dell'utente che lamentava una velocità di navigazione non soddisfacente. La convenuta, da subito, effettuava verifiche aprendo una segnalazione di guasto, chiusa in data 18/08/2014 ed emetteva una nota di credito di 5.45 €.

Sulla base di ciò, l'operatore, declinava ogni responsabilità dall'accaduto, poiché, sul sito ufficiale Infostrada, sono pubblicate le tabelle, per ogni offerta ADSL, sulle prestazioni minime garantite.

In forza di ciò, deduceva l'operatore, l'AGCom ha avviato un progetto di monitoraggio della qualità degli accessi ad internet da postazione fissa, mettendo in condizione l'utente di valutare la qualità del proprio accesso ad internet, attraverso specifici software gratuiti quali Ne.Me.Sys e MisuraInternet Speed Test.

Nel caso di specie, l'istante, non ha mai inoltrato il predetto certificato, non mettendo in condizione la convenuta di effettuare le opportune verifiche in merito.

3. La replica dell'utente

L'utente ha presentato in data 19/09/2015 memoria di replica, contestando in toto la memoria difensiva del gestore, in quanto i servizi non sono stati affatto attivati in data 11/07/2014; infatti a seguito dei numerosi reclami, il tecnico si recava presso l'abitazione e confermava l'isolamento dell'utenza.

Eccepiva la mancata presentazione, da parte dell'operatore, dei tabulati di traffico relativi al periodo contestato, senza provare, quindi, l'effettivo utilizzo dei servizi.

4. Motivazione della decisione

L'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

4.1 Sulla mancata attivazione e malfunzionamento dei servizi.

L'istante ha lamentato nei confronti dell'operatore l'impossibilità di fruire dei servizi, attivati in data 11/07/2014, a seguito dell'intervento di un tecnico.

La controparte deduce, invece, che tale disservizio era dovuto alla lentezza della connessione e, considerato il mancato utilizzo da parte dell'utente degli strumenti di misurazione certificati disponibili, declina ogni responsabilità sull'accaduto, pur avendo riscontrato la segnalazione

dell'utente con nota di credito di € 5.45.

E' noto che, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, la 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), ritiene che 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.

Ai sensi della Delibera n.179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

A fronte della prova documentale della conclusione del contratto inter partes, peraltro non contestato da Wind, che prevedeva l'attivazione dei servizi voce e Adsl, era dunque onere dell'operatore fornire la prova di avere attivato i servizi e di averli forniti in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali e, a fronte della contestazione di inadempimento sollevata dall'utente, a dover fornire la prova di avere correttamente adempiuto il contratto ovvero che l'inadempimento è dipeso da causa ad esso non imputabile ex art. 1218 cod. civ, o da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Wind non ha fornito la prova dell'attivazione, essendosi limitata a dichiarare in memoria difensiva di avere attivato il contratto, senza nulla depositare a riprova di tale assunto, neppure la schermata tecnica relativa all'attivazione dei servizi.

Occorre pertanto accertare in quali termini e tempistiche Wind si era obbligata verso il cliente all'attivazione dei servizi, al fine di verificare se vi sia stato ritardo e conseguentemente inadempimento parziale al contratto sottoscritto, come da deduzione dell'utente, e se conseguentemente la domanda di pagamento di un indennizzo per la mancata attivazione del servizio Adsl proposta dall'utente possa essere accolta.

Le C.G.C. dell'operatore, all'art. 3.1.1 stabiliscono che: *"...Per le nuove linee, il Servizio Infostrada come Operatore Unico verrà attivato entro sessanta giorni dalla richiesta"*.

Dunque, a fronte della formale stipula contrattuale del 28/06/2014, Wind avrebbe dovuto attivare i servizi entro il successivo 27/08/2014. L'utente ha inviato formale disdetta in data 29/07/2014, manifestando così espressamente e formalmente la propria volontà di rinuncia al contratto, quando ancora non era decorso il tempo massimo previsto contrattualmente per l'erogazione della prestazione.

Pertanto, non sussistendo ritardo rispetto ai tempi di attivazione del servizio previsti dal contratto, ed avendo l'utente inviato disdetta anticipatamente rispetto allo spirare del termine, nessuna responsabilità è imputabile a Wind per la lamentata mancata attivazione dei servizi.

Le domande di indennizzo sulla mancata/ritardata attivazione e/o sul malfunzionamento, non possono dunque essere accolte.

È invece accoglibile la richiesta di rimborso parziale della fattura 7915292110, per € 120.12 (i.e.), poiché, nulla è dovuto all'operatore non essendo mai stata perfezionata l'attivazione.

Non è, altresì, accoglibile la richiesta di indennizzo per omessi oneri informativi poiché, prioritariamente rappresenta una duplicazione dell'indennizzo richiesto per la mancata attivazione e, nel caso esaminato, non sussisterebbe comunque in ragione dell'insussistenza dell'inadempimento principale.

4. 2. Sulla mancata risposta al reclamo.

Infine, l'utente ha chiesto liquidarsi l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami del 08/08/2014 e 01/12/2014.

Rileva, in proposito, 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, 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.

Tuttavia, agli atti del presente procedimento, non è presente il reclamo scritto del 08/08/2014, con contestuale prova dell'invio al gestore, che comunque è successivo alla disdetta. È presente, invece, l'email del 01/12/2014, il cui destinatario non è riconducibile in alcun modo alla sfera giuridica del gestore; e comunque anche tale comunicazione risulta inviata in tempi largamente successivi alla risoluzione del contratto.

La domanda dell'utente è infondata e deve essere rigettata.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza dell'utente V. De Bernardinis nei confronti della società WIND TELECOMUNICAZIONI XXX, con integrale compensazione delle spese del procedimento di definizione e di quello di conciliazione. La Wind Telecomunicazioni XXX è tenuta a rimborsare in favore dell'istante, la somma di € 120.12 i.e., relativa alla fattura 7915292110.

2. La Wind Telecomunicazioni XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

3. 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.

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

5. 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