

DELIBERA DL/064/17/CRL/UD del 11 aprile 2017
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
ASSOCIAZIONE LUMINA XXX/ WIND TELECOMUNICAZIONI XXX
(LAZIO/D/566/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 11 aprile 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 Associazione Lumina XXX in data 2.07.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti di Wind Telecomunicazioni XXX (di seguito per brevità “Wind”) la mancata attivazione di una nuova linea, l’omessa indicazione negli elenchi telefonici e la mancata risposta ai reclami.

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

- a. di avere, in data 11.9.2014, richiesto on line l’attivazione di una nuova utenza, nonché di avere inviato nello stesso giorno, tramite fax, la proposta contrattuale debitamente sottoscritta, a seguito del ricevimento della mail di conferma di Wind di richiesta del servizio;

- b. a seguito del mancato riscontro di un sollecito telefonico del 15.10.2014 e di un secondo per ritardo nell'attivazione della linea, in cui gli operatori assicuravano di aver aperto rispettivamente le segnalazioni n. RQ41EA e n. QR66Z0, inviava un reclamo con fax del 5.11.2014, chiedendo il completamento della pratica senza ricevere, tuttavia, alcun riscontro da parte del gestore;
- c. nonostante i ripetuti reclami al servizio clienti, Wind non ha mai attivato alcuna utenza.
- d. a causa dell'omessa attivazione dell'utenza, non è stato possibile, nonostante la richiesta effettuata, apparire negli elenchi telefonici per l'anno 2015.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto nei confronti dell'operatore:

- € 4.290,00 a titolo di indennizzo per ritardata attivazione del servizio Adsl;
- € 4.290,00 a titolo di indennizzo per ritardata attivazione del servizio voce;
- l'indennizzo per mancato rispetto degli oneri informativi;
- € 800,00 a titolo di indennizzo per omessa indicazione negli elenchi telefonici;
- l'indennizzo per mancata risposta ai reclami nella misura massima di € 300,00;
- spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore Wind.

Wind, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata nella quale ha richiesto il rigetto delle domande precisando quanto segue.

- i. A seguito della richiesta dell'utente, Wind registrava in data 9.11.2014 un ordine di attivazione per una nuova linea.
- ii. Avendo ricevuto un contratto non firmato, provvedeva in data 7.10.2014 ad inviare all'utente un nuovo contratto.
- iii. Il 18.10.2014 il gestore riceveva il contratto conforme e completo di tutte le firme, ad eccezione del modulo per la pubblicazione in elenco, che l'utente decideva di non inviare.
- iv. in data 4.11.2014 il cliente, contattato dal tecnico, rifiutava l'intervento in sede per l'installazione della LNA.
- v. in data 6.11.2014 il cliente, contattato al suo numero mobile, confermava al consulente Wind il rifiuto per l'installazione della nuova linea, la cui attivazione quindi non veniva mai completata.
- vi. Fino alla data dell'11.05.2015, data di presentazione dell'istanza di conciliazione, l'utente non ha mai più reclamato la mancata attivazione del servizio.
- vii. Il reclamo inviato via fax di sollecito non è stato mai ricevuto dal gestore poiché veniva inoltrato ad una numerazione non corretta.
- viii. Relativamente al mancato inserimento in elenco, il contratto sottoscritto è pervenuto privo del relativo modulo.

3. La replica dell'utente.

L'utente contestava la ricostruzione dei fatti rappresentata dal gestore e ribadiva di aver inviato in data 11.9.2014 la proposta contrattuale completa di tutte le firme, come si evince dalla documentazione allegata.

Quanto alla omessa indicazione negli elenchi telefonici, ribadiva il mancato invio da parte del gestore dei relativi moduli di richiesta, avendo quest'ultimo inoltrato con la welcome letter dell'11.9.2014 solo ed esclusivamente il contratto da firmare.

Contestava inoltre quanto asserito da Wind in merito all'inoltro del reclamo ad una numerazione non corretta, poiché tale numerazione risultava non solo dalla comunicazione del gestore di conferma di richiesta del servizio, ma anche dal sito www.infonstrada.it.

Infine precisava che Wind non aveva fornito prova di quanto asserito nelle schermate video depositate in merito ai rifiuti di attivazione della linea, tra l'altro del tutto incoerenti con la sua segnalazione del 5.11.2014 di contrario avviso.

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.

4.1 Sulla mancata attivazione della linea

L'utente lamenta la mancata attivazione di una nuova linea, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

La domanda dell'utente è fondata e va accolta.

Al riguardo, 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.

Nel merito si osserva che, in base alla direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, delibera Agcom n.179/03/CSP, e secondo il consolidato orientamento dell'Agcom, gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale. Pertanto, ove l'utente lamenti il ritardo relativamente alla richiesta di attivazione di una nuova linea telefonica rispetto alle tempistiche stabilite nelle condizioni generali di contratto o con lo specifico accordo delle parti, l'operatore,

per escludere la propria responsabilità, è tenuto a 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.

Nella fattispecie in esame, il gestore ha dichiarato dapprima di non aver ricevuto il contratto sottoscritto, depositando le registrazioni effettuate sul sistema informatico di tale circostanza e le procedure seguite per la regolarizzazione; tuttavia detta fonte, predisposta unilateralmente da controparte, perde di efficacia probatoria in quanto in contrasto con il deposito effettuato dall'utente del contratto debitamente sottoscritto ed inviato alla data del 11.9.2014 (cfr. ricevuta fax in atti) al numero di fax dedicato; il gestore, che ha dedotto una successiva data di perfezionamento del contratto, non la prova, depositando il fax ricevuto dall'utente privo di registrazione di alcuna data di ricezione e che, inoltre, reca una PDA sottoscritta, perfettamente sovrapponibile a quella depositata da parte istante.

Nè può essere esclusa la responsabilità di Wind, dalla asserita circostanza del rifiuto dell'intervento del tecnico presso la propria abitazione (il 4.11.2014), rifiuto confermato successivamente all'operatore della Wind (il 6.11.2014), che provvedeva a contrattarlo a seguito di tale diniego (cfr. schermate); infatti l'utente, in quegli stessi giorni e, precisamente, il 5.11.2014, inviava un reclamo scritto per mancata attivazione della linea, manifestando quindi formalmente al gestore la propria volontà di dare seguito agli impegni contrattuali presi, contrariamente ai rifiuti registrati dagli operatori dell'assistenza.

Non è nemmeno accoglibile l'eccezione di controparte che la segnalazione sia stata inviata ad una numerazione fax non corretta in quanto, quand'anche fosse, non sarebbe sufficiente ad esimere dalla responsabilità di gestione del reclamo, in quanto pur sempre pervenuto entro la sfera giuridica di interesse del gestore; in particolare, poi, nel caso in esame, è del tutto plausibile sollecitare l'attivazione di un contratto al numero cui lo stesso è stato inoltrato ai fini della sua efficacia.

Per sciogliersi dall'obbligazione assunta con il contratto, pertanto, sarebbe stato necessario acquisire una manifestazione formale di volontà contraria. In mancanza, Wind è da ritenersi responsabile della mancata attivazione dei servizi.

Vista la Carta dei Servizi dell'operatore (2.1 Attivazione del servizio - il 70° giorno solare successivo al perfezionamento della richiesta di accesso diretto o indiretto ai servizi di telefonia fissa o servizi voce e internet a banda larga ovvero della richiesta di trasloco;) spetterebbe quindi all'utente un indennizzo per mancata attivazione della linea voce e internet per il periodo dal 20/11/2014 (tempo massimo come da Carta Servizi) al 2.7.2015 (data di presentazione dell'istanza di definizione) con conseguente diritto ai sensi degli artt. 3, comma 1 e 12, comma 2 dell'Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, alla liquidazione di una somma pari a € 6.720,00.

Tuttavia, non può non rilevare ai sensi dell'art.1227 del c.c. il comportamento dell'utente, che si è limitato a reclamare telefonicamente la mancata attivazione quando ancora non erano scaduti i termini utili per l'esecuzione della prestazione, quindi a ridosso della stipula, per poi non farlo più fino al reclamo scritto del 5.11.2014 ed astenendosi da qualsiasi ulteriore interlocuzione col proprio dante causa fino all'instaurazione del contenzioso circa sei mesi di distanza dall'ultima – e unica- segnalazione; né, medio tempore, ha attivato presso il Corecom una procedura

d'urgenza per l'attivazione dell'utenza, che in soli 10 giorni gli avrebbe consentito di ottenere quanto richiesto.

Tale comportamento, non integra certamente il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia "in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico" (Cass. n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09).

Alla luce di tutti gli elementi richiamati si ritiene equo, in applicazione dell'art.1227 c.c., decurtare l'indennizzo così computato nella proporzione del 50%, risultando pertanto una somma dovuta pari a € 3.360,00.

Non può invece essere accolta la richiesta di indennizzo per mancato rispetto degli oneri informativi, avendo già riconosciuto l'indennizzo dell'art. 3, comma 1 dell'Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS per mancata attivazione della linea voce e dati ed essendo, per consolidato orientamento di questo Corecom e dell'Agcom, l'indennizzo di cui al comma 2 assorbito dall'inadempimento principale.

4.2. Sulla richiesta di indennizzo per la mancata indicazione dell'utenza negli elenchi telefonici

L'utente ha richiesto un indennizzo per la mancata indicazione dell'utenza de qua negli elenchi telefonici del 2015.

In particolare, l'utente contesta il mancato invio da parte del gestore del modulo di raccolta del consenso per la pubblicazione negli elenchi telefonici, avendo inviato, a seguito della richiesta on line di attivazione del servizio, soltanto la proposta contrattuale da sottoscrivere e non la predetta modulistica.

Il punto tuttavia non rileva affatto, per la seguente ragione.

L'approccio alla controversia è infatti di tipo sistematico e non formalistico, il che non consente di ammettere la sussistenza di un autonomo inadempimento -e conseguentemente, di indennizzo- relativamente ad un'obbligazione accessoria, quale quella in esame, condizionata alla realizzazione dell'obbligazione principale (si verte, giova precisare, nel caso di prima attivazione di una nuova linea) e pertanto ad essa subordinata.

Ciò è confermato, ove ce ne fosse bisogno, dall'art.8 delle c.g.c. Wind, che prevede che l'esecuzione della prestazione di inserimento negli elenchi viene eseguita solo a seguito del completamento dell'attivazione dei servizi.

Ammettere che dalla mancata pubblicazione dei dati dell'utenza in elenco, possa derivare un disagio per l'utente, distinto ed ulteriore- e per questo autonomamente indennizzabile- rispetto a quello della mancata attivazione e fruizione dell'utenza stessa, non pare né ragionevole né conforme all'impianto indennizzatorio della Del.73/11/CONS, che riconosce l'indennizzabilità delle mancate prestazioni accessorie, solo a servizi principali attivi e funzionanti.

La domanda, pertanto, è rigettata.

4.3 Sulla mancata risposta ai reclami

L'utente chiede un indennizzo per mancata risposta ai reclami nella misura massima di € 300,00.

Risulta l'allegazione del reclamo telefonico del 15.10.2014 e del successivo di apertura dei rispettivi ticket n. RQ41EA e n. QR66Z0, nonché la segnalazione inoltrata con fax del 5.11.2014, tutti aventi ad oggetto la medesima doglianza.

I reclami del 15.10.2014, non possono essere presi in considerazione in quanto inoltrati ancora in pendenza del termine utile per l'adempimento richiesto.

Al reclamo del 5.11.2014, invece, non risulta alcuna risposta, attesa la mancata attivazione.

Spetta pertanto all'utente, l'indennizzo di cui all'art. 11, commi 1 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS dal 20.12.2015 (detratti i giorni utili alla risposta come da carta Servizi Wind) fino alla al 4.6.2015 (data dell'udienza di conciliazione in occasione della quale le parti hanno interloquito), per la somma totale di € 166,00.

5. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n.173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di € 100,00 (cento/00) da porsi a carico di Wind, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza dell'Associazione Lumina XXX nei confronti della Wind Telecomunicazioni XXX.

2. La Wind Telecomunicazioni XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- € 3.360,00 (tremila trecentosessanta/00) a titolo di indennizzo ex artt. 3, comma 1 e 12, comma 2 allegato A alla Delibera n.73/11/CONS e 1227 c.c.;

- € 166,00 (cento sessantasei/00) a titolo di indennizzo ex art. 11, comma 1, allegato A alla Delibera n.73/11/CONS.

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

4. 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.

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

6. 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, 11/04/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto