

DELIBERA DL/045/17/CRL/UD del 11 aprile 2017
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
D. M. PUSCAS / WIND TELECOMUNICAZIONI XXX
(LAZIO/D/705/2016)

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 Lazio 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.ra D. M. Puscas del 28 settembre 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'Istante

L'istante ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti di Wind, in relazione ad una utenza mobile (XXXXX61792), il malfunzionamento dei servizi voce e dati, nonché la mancata risposta al reclamo.

Nell'istanza di definizione l'utente ha lamentato quanto segue.

- i. Nelle date del 27.12.2014 e 28.12.2014 l'istante subiva l'interruzione del servizio dati e l'irregolare funzionamento dei servizi voce;
- ii. In data 30.6.2015 inoltrava reclamo scritto, a mezzo fax, con il quale rappresentava di aver subito il citato disservizio e chiedeva la liquidazione del risarcimento del danno, senza ricevere, tuttavia, alcun riscontro da parte del gestore.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto all'operatore:

- 1) indennizzo per il disservizio del 27 e 28 dicembre 2014;

- 2) indennizzo per la mancata risposta al reclamo;
- 3) spese di procedura.

La somma complessivamente richiesta veniva quantificata in Euro 1.100,00.

2. La posizione dell'operatore

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. Non risultano segnalazioni tempestive del guasto occorso nelle date del 27 e 28 dicembre 2014; l'istante inoltre non ha mai reclamato, nelle forme corrette, il disservizio, tale da renderne edotto l'operatore. Il reclamo del 30 giugno 2015 veniva inoltrato con modalità non previste contrattualmente e, comunque, il gestore, in data 8 luglio 2015, contattava il cliente, comunicandogli le modalità corrette di inoltro del reclamo.
- ii. Ai sensi della Delibera Agcom n. 69/11 /CIR non è possibile affermare la responsabilità del gestore per il malfunzionamento della linea qualora l'utente non provi di aver esperito, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo;
- iii. Wind ha regolarmente erogato i servizi di telefonia mobile in favore dei propri clienti, garantendo la copertura su tutto il territorio nazionale. Al riguardo, il Ministero dello Sviluppo Economico nel dicembre 2011 ha certificato che il gestore ha correttamente adempiuto agli obblighi di copertura sull'intero su tutto il territorio nazionale.
- iv. Con riferimento alla natura del servizio di telefonia mobile, l'Agcom ha chiarito espressamente nella Del. n. 65/16/CIR che il gestore assicura e pubblicizza una copertura territoriale dei propri servizi progressivamente estesa ma mai una certa e totale copertura.
- v. Il reclamo inoltrato dall'utente non richiedeva alcuna risposta scritta, prevista ai sensi dell'art. 11 Co. 2 Del. 179/03/CSP soltanto "nei casi di rigetto", laddove il reclamo era stato accolto per facta concludentia.

3. La replica dell'utente

L'utente, in via preliminare, eccepisce l'inammissibilità della memoria depositata dall'operatore perché non inviata al recapito indicato nella lettera di avvio del procedimento.

Nel merito, precisa che i disservizi del 27 e 28 dicembre 2014 hanno interessato moltissime utenze di Wind sul tutto il territorio nazionale come ampiamente messo in risalto dagli organi di stampa e d'informazione e che, nei giorni interessati dal disservizio, ha tentato di contattare il numero di assistenza del gestore senza successo, poiché la numerazione 155 risultava irraggiungibile, così come sono rimasti infruttuosi i vari tentativi di invio via fax del reclamo nei giorni 19, 20 e 21 gennaio 2015 alle varie numerazioni dedicate di Wind.

Quanto al reclamo, esso è stato inviato e correttamente ricevuto da Wind, avendo utilizzato sia il numero di fax della sede legale del gestore sia un altro numero di fax che, per stessa ammissione di Wind, era destinato alla ricezione di transazioni conciliative.

4. Motivazione della decisione

Preliminarmente, è infondata l'eccezione sollevata dall'istante di inammissibilità della memoria depositata dall'operatore perché non inviata al recapito indicato nella lettera di avvio del procedimento.

Come da interpretazione autentica dell'Autorità dell'art. 16, comma 2 del Regolamento, l'inammissibilità/irricevibilità delle memorie è prevista con riferimento al solo termine di scadenza ed in relazione al solo deposito al fascicolo del Corecom/Autorità, dovendosi, in caso di mancato recapito alla controparte, disporsi la mera rimessione nei termini per repliche della parte lesa nella difesa, ai fini del ripristino del contraddittorio. Ciò, a fortiori, esclude qualunque ipotesi di inammissibilità/stralcio in relazione alle modalità di trasmissione.

L'invio alla controparte all'indirizzo indicato nel GU14, anche se differente da quello indicato nella lettera di avvio del procedimento, non costituisce dunque motivo di inammissibilità della memoria, ma, semmai, nel caso in cui la parte dimostri di non esserne venuta a conoscenza per tale ragione, può costituire motivo di rimessione in termini per garantire il diritto di difesa.

Nella fattispecie, l'eccezione è ancor più infondata considerato che l'atto trasmesso da Wind ha raggiunto il suo scopo, come dimostrano le compiute repliche svolte dall'istante.

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

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante non possono essere accolte per le seguenti ragioni.

4.1 Sulla interruzione del servizio.

L'istante ha richiesto un indennizzo per l'interruzione del servizio dati e l'irregolare funzionamento del servizio voce subito nelle giornate del 27 e 28 dicembre 2014.

La domanda non può essere accolta per i motivi di seguito esposti.

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.

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

Ciò premesso, sul piano probatorio, la memoria del gestore è inconferente, rispetto alla notorietà dell'episodio lamentato e della provata ammissione da parte del gestore del disservizio occorso alla propria clientela. Il gestore infatti si è difeso vantando la regolare copertura del proprio servizio mobile su tutto il territorio nazionale, al pari di qualsivoglia disservizio sulla fonia mobile riferibile ad un caso singolo.

Nulla quaestio invece sull'effettiva verifica dell'evento, in quanto l'utente ha provato con documentazione la circostanza che il disservizio lamentato avesse impattato una rilevante parte della clientela e che ciò fosse noto, mediante organi di informazione, e pacificamente ammesso dalla stessa Wind nel proprio sito, laddove dichiarava, in data 27 dicembre 2014, che i propri tecnici erano al lavoro per verificare e risolvere nel più breve tempo possibile le problematiche di accesso ad internet.

E' altresì pacifico che il disservizio in questione è stato risolto entro la giornata del 28 dicembre 2014, laddove l'operatore su piattaforma social Twitter, comunicava nella mattina dello stesso giorno che i tecnici avevano risolto la problematica. Al riguardo, lo stesso istante dichiara nella replica che il servizio era "regolarmente funzionante già in data 29 dicembre .2014" e nella comunicazione del 30 giugno dichiara, altresì, che "si sono verificati disservizi dalle ore 17.00 del 27 dicembre alle ore 13 circa del 28 dicembre 2014", confermandone la durata di poche ore.

L'art. 2.2 della Carta Servizi Wind prevede l'impegno dell'operatore "ad eliminare eventuali irregolarità funzionali del servizio entro il quarto giorno non festivo successivo a quello in cui è pervenuta la segnalazione, ad eccezione dei guasti di particolare complessità che verranno comunque riparati con la massima tempestività". Il successivo art. 3.3 prevede: "Nei casi di mancato rispetto dei termini di cui ai punti n. 2.2, 2.3, il Cliente ha diritto ad un indennizzo di entità commisurata alla durata del disservizio ed ai volumi di traffico sviluppati, fino ad un massimo di € 5 per ogni giorno di ritardo e comunque non superiore complessivamente a 100 euro".

Dal combinato disposto di tali articoli, discende dunque che alcun indennizzo può essere riconosciuto nei casi in cui, come quello oggetto di controversia, il disservizio abbia avuto una durata di circa 24 ore.

Per tale motivo la richiesta di indennizzo non può essere accolta.

Tra l'altro l'utente richiede un indennizzo di Euro 300,00 che non trova comunque riscontro in alcun parametro indennizzatorio ex Del. 73/11/CONS e che pare integrare una richiesta risarcitoria, estranea alla cognizione del Corecom.

4.2 Sulla mancata risposta al reclamo

L'utente ha richiesto, altresì, un indennizzo per la mancata risposta al reclamo inoltrato in data 30 giugno 2015.

La domanda non può essere accolta per la seguente ragione.

La lettera inviata dall'utente a Wind non rappresenta un reclamo da cui poter far derivare il diritto alla liquidazione di un indennizzo per la mancata risposta.

In essa infatti l'utente, per il disservizio subito il 27 e il 28 dicembre 2014, come da lui stesso affermato in replica (.. *"l'oggetto della comunicazione inviata in data 30 giugno 2015 non era attinente evidentemente al ripristino del servizio, regolarmente funzionante già in data 29 dicembre 2014, ma alla richiesta di indennizzo per il disservizio subito..."*) non avanza una pretesa riguardante il contratto in essere secondo specifiche e requisiti posti dalla Delibera 179/03/CSP in punto di reclamo, bensì, nominalmente e sostanzialmente una vera e propria richiesta di risarcimento danni che certamente non attiene ad alcun obbligo contrattualmente assunto dal dante causa, ma ottenibile mediante accesso alla tutela giudiziale.

Alcun obbligo di risposta pertanto incombeva a Wind a fronte di una richiesta di risarcimento del danno che non attiene al rapporto contrattuale e, pertanto inconferente e non ottenibile, se non accedendo allo strumento giurisdizionale.

5. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo compensare tra le parti le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, in considerazione della soccombenza dell'istante e delle difese svolte

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza del sig.ra D. M. Puscas nei confronti della società Wind Telecomunicazioni XXX, compensando le spese di procedura.
2. Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. 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.
3. Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.
4. La presente determina 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