

**DELIBERA DL/038/17/CRL/UD del 14 marzo 2017**  
**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**  
**G. COSENTINO / WIND TELECOMUNICAZIONI XXX**  
**(LAZIO/D/771/2015)**

**IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO**

NELLA riunione del 14 marzo 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 G. COSENTINO presentata in data 17.09.2015 nei confronti dell’operatore WIND TELECOMUNICAZIONI XXX;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

**1. La posizione dell’utente.**

L’utente, all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione discusso all’udienza del 17.09.2015, ha introdotto il presente contenzioso, lamentando la mancata attivazione del servizio Adsl di cui al contratto “Absolute Adsl” sottoscritto via web il 29.1.2015, che prevedeva la migrazione del servizio voce già attivo su linea fissa in Telecom e l’attivazione, ex novo, del servizio Adsl. Il servizio voce veniva regolarmente migrato, mentre il servizio Adsl non veniva mai attivato. Ciononostante Wind emetteva fatture addebitando costi per entrambi i servizi. Con raccomandata a.r. del 10.4.2015, ricevuta da Wind il 13.4.2015, l’utente esercitava il diritto di

recesso dal contratto per inadempimento di Wind, specificando che allorchè aveva ricevuto dai tecnici Wind l'informazione che il servizio Adsl non poteva essere attivato, aveva concordato con questi che l'intero contratto sarebbe stato annullato, anche relativamente alla componente voce. L'utente chiedeva pertanto il rimborso delle fatture pagate e lo storno di quelle insolute, oltre all'indennizzo per la mancata attivazione del servizio Adsl dal 10.2.2015 al 12.5.2015, e per la mancata risposta al reclamo del 10.4.2015, oltre al rimborso delle spese di procedura.

## **2. La posizione di Wind.**

Con memoria difensiva tempestivamente depositata Wind deduceva di avere attivato il contratto in data 23.2.2015, e di averlo cessato il 12.5.2015 a seguito di recesso dell'utente. Wind deduceva altresì di non avere mai ricevuto alcuna segnalazione di malfunzionamento del servizio e che pertanto alcun indennizzo era dovuto all'utente per tale disservizio; la disdetta del 10.4.2015 era stata regolarmente e tempestivamente gestita dall'operatore, mediante cessazione del contratto in data 12.5.2015.

L'operatore concludeva pertanto per il rigetto dell'istanza.

## **3. La replica dell'utente.**

L'utente contestava la memoria difensiva di Wind, con particolare riferimento all'asserita mancanza di reclami in ordine al malfunzionamento, atteso che l'inadempimento lamentato atteneva non ad un malfunzionamento del servizio, bensì alla mancata attivazione del servizio Adsl che era onere di Wind dimostrare di avere regolarmente attivato. L'utente insisteva pertanto nelle proprie richieste.

## **4. Motivi della decisione**

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

### **4. 1. Sulla mancata attivazione del servizio Adsl.**

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), 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 del servizio Adsl oltre alla migrazione del servizio voce su linea fissa già attiva in Telecom, era dunque onere dell'operatore fornire la prova di avere attivato il servizio e di averlo fornito 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 a lui 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 della detta 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 del servizio Adsl, a ciò non ostando la normativa relativa alla conservazione dei dati relativi al traffico generato dall'utenza di cui all'art. 123 D. Lgs. 196/2003 invocata dal gestore telefonico.

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

Nessuna delle parti ha prodotto copia delle condizioni generali e particolari di contratto, né la carta servizi, utili al fine di stabilire i tempi di attivazione previsti da Wind; né l'utente ha specificato gli eventuali tempi di attivazione promessi da Wind in sede di trattativa o di conclusione del contratto.

L'Allegato A alla delibera n.179/03/CSP (rubricato "*Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249*") prevede, all'articolo 11, comma 2, che "*Per gli inadempimenti contrattuali ed il mancato rispetto degli standard di qualità di cui all'articolo 10, comma 1, lettera a, gli organismi di telecomunicazioni fissano ed indicano nelle carte dei servizi e nella documentazione di fatturazione, i casi di indennizzo a richiesta e di indennizzo automatico e i relativi importi che devono essere univocamente determinabili e proporzionati al pregiudizio arrecato. In ogni caso, gli organismi di telecomunicazioni corrispondono un indennizzo rispondente ai requisiti sopra indicati*

*per i ritardi nella fornitura del collegamento iniziale, ivi compresi i casi in cui il collegamento è fornito al proprio cliente mediante servizi di accesso disaggregato a livello di rete locale”.*

E', dunque, nelle Carte dei servizi dei vari operatori che vanno ricercati i parametri di qualità dei servizi erogati, ivi compresi i tempi di attivazione dei servizi.

Nel caso di Wind, l'art. 2.1 (Attivazione del servizio) della Carta Servizi prevede che il servizio, *“fatti salvi i casi di particolare difficoltà tecnica”*, sia attivato *“entro 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”*.

Dunque, a fronte del contratto sottoscritto il 29.1.2015, Wind avrebbe dovuto attivare il servizio Adsl entro il successivo 9.4.2015. A quella data l'utente era stato informato dai tecnici Wind che l'attivazione del servizio Adsl non era possibile, tanto che è lo stesso utente a menzionare tale circostanza nella raccomandata di recesso del 10.4.2015 (circostanza ribadita anche in memoria difensiva ove l'utente dichiara *“data del 10 aprile 2015 quando il tecnico ha comunicato ufficialmente che non vi era posto in centralina per la fornitura dell'ADSL”*).

Non sussistendo ritardo rispetto ai tempi di attivazione del servizio previsti dalla Carta Servizi Wind, ed essendo l'utente stato reso tempestivamente edotto dell'impossibilità di attivazione, alcuna responsabilità è imputabile a Wind per la lamentata mancata attivazione del servizio Adsl.

La domanda di rimborso delle somme pagate e di storno delle fatture insolute non può essere accolta, non avendo l'utente fornito la prova dell'addebito di costi per il servizio Adsl. L'utente ha infatti depositato copia della sola prima pagina delle fatture contestate, dalla quale non si evince l'addebito di costi per il servizio Adsl non attivato, ma unicamente l'addebito omnicomprendente per *“Abbonamenti, traffico e contributi”*, senza alcuna distinzione tra costi fissi relativi al servizio voce e costi relativi al traffico voce – comunque non contestati e dovuti dall'utente – e costi fissi relativi al servizio Adsl; dalle medesime copie prodotte, inoltre, non si evince l'eventuale addebito di costi per recesso anticipato lamentati dall'utente.

#### **4. 2. Sulla mancata risposta al reclamo.**

Infine, l'utente ha chiesto liquidarsi l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 10.4.2015.

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.

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

Deve infatti rilevarsi l'impossibilità di ricondurre la fattispecie concreta alla ipotesi disciplinata dall'articolo 8, comma 4, allegato A, della delibera Agcom n. 179/03/CSP in combinato disposto con l'articolo 11 comma 2, allegato A, della medesima delibera, che prevede l'obbligatorietà della risposta in forma scritta entro quarantacinque giorni in caso di rigetto del reclamo, e il cui mancato rispetto è idoneo a far sorgere, in capo all'utente, il diritto al riconoscimento di un indennizzo.

*“Deve rilevarsi, difatti, che l'articolo 1, comma 1, lettera d), allegato A, della delibera n. 179/03/CSP, definisce il “reclamo” come “l'istanza con cui l'utente si rivolge direttamente all'organismo di telecomunicazioni per segnalare un disservizio, ovvero una questione attinente l'oggetto, le modalità o i costi della prestazione erogata”. Le norme definitorie hanno la funzione di individuare l'ambito di riferimento della disciplina, limitandone altresì l'ambito di applicazione, con la conseguenza che deve ritenersi esclusa l'applicabilità delle disciplina contenuta nella delibera n. 179/03/CSP a tutte le comunicazioni che non siano riconducibili alla nozione di reclamo ivi contenuta (Agcom Delibera n. 46/10/CIR).*

A tal proposito, si rileva come l'istante, nella lettera del 10.4.2015 inviata all'operatore, si limiti ad esercitare il diritto di recesso dal contratto per dedotto inadempimento di Wind. Pertanto tale comunicazione non risulta diretta a segnalare un disservizio o una problematica attinente la prestazione erogata e, quindi, la mancata risposta da parte dell'operatore non giustifica il riconoscimento di un indennizzo. *“Mediante lo strumento del reclamo, infatti, è data la possibilità all'utente di interagire con il proprio operatore ed ottenere, in tempi brevi, la risoluzione di un problema; e, solo ove si riscontri un ritardo nella gestione del reclamo ovvero la fondatezza della contestazione il cliente potrà avere diritto ad un indennizzo” (Agcom Delibera n. 60/11/CIR).*

Con la raccomandata del 10.4.2015, come detto, l'utente non ha chiesto la risoluzione di un problema, bensì ha esercitato il diritto di recesso, tempestivamente gestito da Wind che entro i successivi 30 giorni dalla ricezione (13.4.2015, come da raccomandata in atti) ha disposto la cessazione del contratto, accogliendo la richiesta dell'utente.

## **5. Sulle spese del procedimento.**

Le spese di procedura devono essere integralmente compensate, atteso il rigetto integrale dell'istanza di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto

### **IL CORECOM LAZIO**

vista la relazione del responsabile del procedimento;

### **DELIBERA**

1. Rigetta l'istanza dell'utente G. COSENTINO nei confronti della società WIND TELECOMUNICAZIONI XXX, con integrale compensazione delle spese del procedimento di definizione e di quello di conciliazione.

2. 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](http://www.agcom.it)).

Roma, 14/03/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto