

DELIBERA N. 149/2022/CRL/UD del 22/07/2022

**A. CXXX XXX / WINDTRE
(ISTANZA LAZIO/D/664/2017)**

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella riunione del 22/07/2022;

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 28 novembre 2017, approvato con Deliberazione n. 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018;

VISTA la Legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Corecom);

VISTA la Deliberazione 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 Deliberazione 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 di A. Cxxx xxx di cui al prot. D4447 del 07.07.2017;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L'istante in relazione a servizi di telefonia mobile e personale utenza Business forniti da Wind Tre 3 S.p.A, sull'utenza 0697xxx, lamentava interruzione/sospensione del servizio POS.

Illustrava quanto di seguito indicato:

- il negozio è rimasto per 87 giorni privo di POS, prima che WIND inviasse il modem utile a risolvere il problema, l'istante subiva ingenti perdite che quantifica in € 17.880,34, che richiede come risarcimento del danno subito a Wind.

In particolare, l'istante precisava che dal 28/11/2016 il negozio intestato ad Appia Cellulari sas sito in Roma Via delle Cave 71 di cui l'istante è Legale Rappresentante rimaneva con il servizio POS disattivo a causa di Wind.

In data 28/11/2016 l'istante inviava reclamo, a cui seguiva per il tramite del suo avvocato istanza di riattivazione urgente al Corecom e contestuale istanza di conciliazione modello UG.

Effettivamente la linea veniva riattivata, così come anche l'ADSL, però il POS rimaneva inattivo sino al 23/02/2017, quando finalmente perveniva nuovo modem con il quale il POS finalmente si riattivava.

In particolare, nelle memorie di replica l'istante precisa che non avrebbe provveduto a sospendere la propria attività commerciale durante i giorni di non funzionamento del "pos", come invece riferito da Wind nelle proprie memorie.

L'utente afferma altresì che, se è vero che il danno evidenziato da Appia Cellulari in sede di istanza di avvio del procedimento costituisce voce risarcitoria da sottoporre all'attenzione dell'Autorità giurisdizionale, è altrettanto vero che la stessa viene assunta dalla società istante quale parametro per evidenziare la gravità del nocumento patito dalla società cliente Wind, al fine di parametrare l'indennizzo di cui agli artt. 5 e 6 della Delibera n. 73/11/CONS nella loro estensione più elevata: vorrà dunque l'adito Corecom considerare un vulnus indennizzabile, in capo all'Appia Cellulari S.a.s., non inferiore ad € 10,00 per ogni giorno, e così per l'intero lasso di 87 giorni, con ogni riserva avuto riguardo al danno economico e morale sofferto.

Ciò anche al fine di smentire quanto riferito da Wind, laddove riferirebbe che l'indennizzo pari ad € 100,00 già corrisposto, sarebbe presuntivamente idoneo a chiudere l'intera pratica risarcitoria.

2. La posizione dell'Operatore

La convenuta eccepisce la improcedibilità e/o inammissibilità laddove si richiede un indennizzo per danno morale ed economico. Infatti, tale domanda avversaria non è demandabile, per espressa previsione normativa (art. 19, commi 4 e 5, Allegato A, Delibera 173/07/CONS), all'Autorità adita, che potrà, in caso di eventuale fondatezza della domanda, limitare l'eventuale pronuncia di condanna ai casi di "rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto,

dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità”.

Infine, Wind Tre eccepisce, inoltre, l'improcedibilità della presente istanza di definizione ex art. 2, comma I, Allegato A Delibera 73/11/CONS.

Infatti, Wind Tre, a prescindere dalla fondatezza di tale contestazione, ha già provveduto ad indennizzare l'istante, in data 01.03.2017, mediante compensazione su fattura n°W1702689614 dell'importo di €100,00, secondo Carta Servizi. (allegato situazione amministrativa).

Come dispone la sopra citata Delibera, e come più volte chiarito dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (cfr. Delibera n. 12/14/CIR), l'istanza di definizione afferente a una causa petendi per la quale l'operatore abbia già corrisposto l'indennizzo, prima dell'instaurarsi della controversia, è improcedibile.

È ferma convinzione della convenuta, pertanto che l'istanza di definizione debba essere dichiarata improcedibile limitatamente a tali richieste.

Il gestore ricostruisce poi la vicenda come di seguito.

In data 28 novembre 2016 l'istante contattava il servizio clienti per lamentare un malfunzionamento di linea. Veniva aperta regolare segnalazione di guasto, per ASSENZA RANDOMICA DI PORTANTE; tale guasto veniva chiuso in data 05 dicembre 2016 a seguito di intervento di TI.

In data 02 dicembre 2016 l'utente promuoveva, dinanzi al Corecom Lazio, un'istanza ex art. 5 del Regolamento finalizzata all'adozione di un provvedimento temporaneo d'urgenza nei confronti del gestore Wind Tre; in risposta alla stessa, con nota datata 9 dicembre 2016, la convenuta confermava al Corecom che: “Con riferimento all'istanza pervenuta si rappresenta che abbiamo provveduto a contattare l'istante in data 07/12 ma senza alcun esito in quanto irreperibile. Contattato in data odierna richiede di ricontattarlo intorno la metà della prossima settimana poiché deve prima far intervenire in sede il tecnico del pos.”.

In data 12 dicembre 2016 in seguito a contatto effettuato dal gruppo preposto, il cliente confermava il corretto funzionamento del servizio Voce e Dati ma riscontrava problemi nell'utilizzo del POS, si provvedeva ad aprire segnalazione di guasto e veniva richiesta gestione prioritaria.

Mentre in data 03 gennaio 2017 specifica al già menzionato Corecom che: “Ad integrazione delle note precedentemente trasmesse si rappresenta che dalle verifiche effettuate non si riscontrano problemi a livello commutativo, pertanto, si consiglia di far verificare la configurazione del pos con la banca che gestisce il servizio”.

In data 10 gennaio 2017 veniva, in ogni caso, predisposta la sostituzione del modem.

In data 10 febbraio 2017, a seguito di contatto Outbound, il cliente, che lamentava il persistere del malfunzionamento del POS, comunicava, altresì, la chiusura del negozio

per ristrutturazione locale fino al 20 febbraio 2017; Si concordava, pertanto, nuova ed eventuale sostituzione apparato alla riapertura del negozio.

In data 21 febbraio 2017 veniva inserito ordine di sostituzione apparato, a seguito del quale in data 24 febbraio 2017, a fronte di contatto Outbound, il cliente confermava il corretto funzionamento del servizio POS.

In data 01 marzo 2017 si provvedeva, inoltre, ad emettere lettera di accredito di € 100,00 in applicazione della carta Servizi. Il cliente veniva informato mediante invio di e-mail all'indirizzo del legale ed in cc all'indirizzo info@appiacellulari.com.

In merito alla richiesta di indennizzo per presunto mancato riscontro al reclamo, la convenuta rappresenta che i riscontri sono stati regolarmente forniti come anche da provvedimento ex art.5.

Conclude per il rigetto dell'istanza.

3. Motivi 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 ed ammissibile.

In relazione alle richieste di improcedibilità sollevate dal gestore si deve chiarire che:

- in relazione alla improcedibilità e/o inammissibilità laddove l'istante richiede un indennizzo per danno morale ed economico, in applicazione del criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione e sulla base della documentazione prodotta dall'istante, la domanda di risarcimento deve essere intesa quale domanda di condanna dell'operatore al pagamento di un indennizzo in conseguenza di un eventuale comportamento illegittimo dell'operatore, quindi la richiesta di improcedibilità non merita accoglimento;

- in relazione alla improcedibilità eccepita da Wind Tre relativamente al fatto di aver già provveduto ad indennizzare l'istante, in data 01.03.2017, mediante compensazione su fattura n°W1702689614 dell'importo di €100,00, secondo Carta Servizi. (allegato situazione amministrativa), la richiesta di improcedibilità non merita accoglimento, in quanto tale indennizzo è stato corrisposto in modo volontario da parte di wind senza alcun accordo transattivo concordato con l'utente.

Dall'istruttoria emerge che:

- in data 30/11/2016 viene inviata PEC di reclamo dall'Avvocato A. Mxxx, avvocato nominato da A. Cxxx xxx a Wind Telecomunicazioni S.p.A., lamentando il mancato funzionamento dei servizi telefonici e POS e chiedendo la riattivazione urgente di tali servizi (viene allegata ricevuta di invio e ricezione),

- in data 02/12/2016 viene inviato modello UG all'AGCOM da parte di A.Cxxx xxx,

- in data 01/03/2016 viene inviata dall'Operatore mail all'avvocato del ricorrente comunicando il riconoscimento di un indennizzo volontario di € 100,00,

- entrambe le parti concordano che in data 24/02/2017 i servizi venivano riattivati.

Analizzando le richieste dell'istante e tenendo conto degli esiti istruttori sopra evidenziati, si dispone quanto segue.

- In relazione al riconoscimento di indennizzo per mancata risposta al reclamo del 02/12/2016, e relativamente alla richiesta di indennizzo come da delibera AGCOM 73111/Cons, dall'istruttoria risulta 1 reclamo inviato in data 02/12/2016: con cui l'istante contesta il mancato funzionamento del servizio internet e POS si osserva che il gestore non ha documentato in alcun modo un riscontro a tale reclamo.

Nel caso di rigetto del reclamo il gestore ha l'obbligo di comunicazione per iscritto adeguatamente motivato, il gestore non ha documentato riscontri motivati a tali reclami. Quindi secondo l'articolo 12 all. A della Delibera 73/11/CONS, non avendo il gestore mai risposto ai reclami spetta il massimo di € 300,00 di indennizzo, essendo tale limite superato dal calcolo pro die.

- In relazione al riconoscimento dell'indennizzo per malfunzionamento del servizio internet e POS, l'istante lamenta di aver subito una illegittima disattivazione del servizio di collegamento al POS.

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. II 20 gennaio 2010 n. 936), ha avuto modo di affermare più volte 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.

Qui il gestore non ha fornito a supporto delle proprie eccezioni prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento... o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile spetta, pertanto, all'utente l'indennizzo di cui all'art. 5 dell'Allegato "A" alla deliberazione 73/11/CONS pari ad euro 5,00, per ogni giorno di interruzione. Nel caso di utenza business l'indennizzo deve essere computato in misura pari al doppio.

In questo caso il disservizio è durato dal 30/11/2016 al 24/02/2017 per un totale di 86 giorni quindi l'indennizzo riconosciuto è pari ad euro 860,00.

4. Sulle spese di procedura.

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 euro 100,00 (cento/00) da porsi a carico di WINDTRE spa.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza dell'utente A. Cxxx xxx nei confronti della società WINDTRE Spa.
2. La società WINDTRE Spa è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, l'importo complessivo di € 1160,00, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.

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.

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

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente Deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it), raggiungibile anche da link del sito di questo Corecom.

Roma, 22/07/2022

Il Dirigente

Dott. Roberto Rizzi

f.to

Il Presidente

Avv. Maria Cristina Cafini