

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
A. D'ONOFRIO / WIND TELECOMUNICAZIONI XXX
(LAZIO/D/539/2015)

Registro Corecom n. 13/2017

IL DIRIGENTE

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.re A. D’Onofrio presentata in data 26 giugno 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 erogato un servizio internet con una velocità di trasmissione inferiore rispetto a quella prevista contrattualmente.

In particolare rappresentava quanto segue:

- di essere cliente dal 15.12.2009 e di non aver mai usufruito di oltre un quarto della potenza di ADSL stabilita da contratto, nonostante innumerevoli solleciti inviati telefonicamente, via fax e con raccomandata;
- su indicazioni dell’operatore provvedeva nel tempo a sostituire le prese telefoniche, tutti gli sdoppiatori, tutti i cavi telefonici, il modem, nonché ad eliminare ogni apparecchio telefonico perché non supportato dalla rete;
- a seguito di comunicazione al Corecom Lazio, l’operatore inviava una squadra sul posto, la

quale rilevava all'interno della cabina di centrale, distante 50 mt dalla propria abitazione, un ammasso di ossido ove erano collegati i cavi telefonici;

- i problemi aumentavano nei week-end, a detta dell'operatore per un carico eccessivo di utenti mentre un tecnico esperto gli confidava che veniva abbassata la potenza, aumentando così il consumo agli utenti.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiede:

1. rimborso pari al 60% del canone in proporzione a quanto usufruito dal 15.12.2009 a febbraio 2015;
2. rimborso delle somme per option "mobil plus e noi tutti mobile" mai richiesto e rimborso per mancata consegna elenchi telefonici;
3. danni per parziale malfunzionamento o parziale assenza del segnale ADSL;
4. € 2.221,63 per spese varie effettuate per la sostituzione di cavi interni, prese e sdoppiatori segnale;
5. rivalutazione del canone adeguandolo al servizio prestato (-75%) ovvero € 29,04 bimestrali.

2. La posizione dell'operatore Wind

Wind nella propria memoria difensiva ha eccepito l'inammissibilità della richiesta di disconoscimento delle opzioni "mobile plus e noi tutti mobile", poiché tale richiesta non trova una corrispondenza nell'istanza presentata in sede di conciliazione.

Nel merito, l'operatore deduceva quanto segue:

- in data 15.12.2009 veniva attivato un contratto di rete fissa, con listino Libero absolute dal 5.2.2013;

- in data 1.12.2014 il cliente inoltrava un reclamo di contestazione della qualità del servizio di accesso ad internet, privo di misurazione certificata Ne.me.sys, al quale dava riscontro prontamente, comunicando al cliente di aver effettuato le opportune verifiche e di non aver riscontrato alcuna anomalia;

- in data 5.2.2015 riceveva un ulteriore reclamo sulla medesima problematica, con allegata la misurazione Ne.me.sys e l'esito delle verifiche suggeriva di effettuare un downgrade a 3.5 MB per migliorare la prestazione del servizio;

- l'utente, una volta riscontrato un cattivo funzionamento del servizio, avrebbe comunque dovuto esercitare il diritto di recedere dal contratto senza costi aggiuntivi ex. art. 23.4 delle c.g.c.;

In merito al funzionamento del servizio, a prescindere dalla rilevazione della velocità effettuata nel giorno in cui è stata effettuata la rilevazione con il sistema Ne.me.sys, sostiene di avere erogato il servizio in modo regolare, come si evince dalle fatture del periodo gennaio-aprile depositate.

3. La replica dell'utente

L'utente ha presentato in data 2.9.2015 memoria di replica, che risulta tardiva rispetto al termine previsto nella comunicazione di avvio del procedimento per la definizione della presente controversia notificato alle parti il 6.7.2015, ovvero oltre il termine 40 giorni decorrente da tale data.

Pertanto la memoria di replica è irricevibile ai sensi degli artt. 15, comma 3, lett. e) e 16, comma 2 del Regolamento.

3. Motivazione della decisione

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

In via preliminare, si accoglie l'eccezione di inammissibilità della domanda sollevata dall'operatore nella parte in cui l'utente chiede il disconoscimento dell'opzione "mobil plus e noi tutti mobile" e il relativo rimborso delle somme percepite, in quanto tale richiesta non è stata sottoposta a tentativo obbligatorio di conciliazione di cui al combinato disposto artt. 3 e 14 e del Regolamento ex Del. n.173/07/CONS e relative Linee Guida ex Del. n.276/13/CONS.

Si ritiene parimenti inammissibile la domanda di rimborso delle somme pagate per mancata consegna degli elenchi telefonici, in quanto anche tale richiesta non è stata sottoposta al tentativo obbligatorio di conciliazione.

Accogliendo tali domande si ammetterebbe infatti l'ampliamento dell'esame a questioni ulteriori, consentendo quindi di aggirare il principio di obbligatorietà del doppio grado di giudizio.

Quanto alla richiesta di risarcimento danni, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno. E' dunque esclusa ogni pronuncia risarcitoria dell'istante per la quale sussiste giurisdizione esclusiva del Giudice ordinario.

Pertanto la domanda di risarcimento danni per parziale malfunzionamento o parziale assenza del segnale ADSL è inammissibile ai fini della presente disamina.

Tuttavia, in ragione del carattere vincolato della presente pronuncia che demanda all'Autorità adita l'individuazione delle fattispecie indennizzabili ed in un'ottica di economia procedimentale, la domanda può ragionevolmente interpretarsi quale richiesta di liquidazione dei previsti titoli di indennizzo quale conseguenza dell'accertamento dei corrispondenti inadempimenti contrattuali, qualora rilevati nel caso in esame.

Non è ammissibile infine la richiesta di rivalutare il canone in proporzione al servizio effettivamente erogato dal gestore, in quanto connessa ad un obbligo di *facere* estraneo alla cognizione del Corecom, sempre ai sensi del comma 4 dell'art. 19 citato.

3.1 Sulla lentezza dell'ADSL

L'istante ha lamentato nei confronti dell'operatore Wind di avere erogato un servizio internet con una velocità di trasmissione inferiore rispetto a quella prevista contrattualmente.

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.

Pacifico tra le parti la vigenza del contratto *Libero Absolute*, l'utente ha allegato la circostanza di non aver mai fruito della velocità di connessione contrattualizzata a far data dal 2009 e di aver sporto reclamo mediante misurazione certificata Ne.me.sys il 5.2.2015; il gestore d'altro canto nel contestare di aver ricevuto segnalazioni anteriori al 5.2.2015, ha tuttavia ammesso la ridotta potenza di trasmissione del segnale.

Tuttavia al riguardo occorre evidenziare, a favore dell'utente, il quadro regolamentare vigente sul tema della velocità di connessione tracciato dalla Delibera n.244/08/CSP e s.m.. In base all'art. 7.3 di tale regolamento, sussiste l'obbligo del fornitore di specificare la velocità minima del servizio dati.

In particolare, l'adempimento da parte degli operatori dell'obbligo di garantire la banda minima in downloading, di cui all'articolo 7, comma 3, della Delibera n.244/08/CONS, è stato reso operativo e verificabile per gli utenti con l'adozione del sistema Ne.Me.Sys che consente la verifica della qualità del servizio di accesso a Internet da postazione fissa resa all'utente finale e precisamente, in conformità a quanto previsto dall'articolo 8, comma 5, della citata delibera, entro un anno dalla designazione del soggetto indipendente di cui alla successiva Delibera n. 147/09/CSP. Infatti, l'art. 8, comma 6, Delibera n.244/08/CSP dedicato alla "*Verifica della qualità di servizio resa ad uso dell'utente finale*" testualmente dispone che "*Qualora l'utente riscontri valori misurati degli indicatori peggiorativi rispetto a quelli di cui sopra può presentare, entro 30 giorni dalla data in cui ha effettuato la misura, mediante il servizio di cui al comma 1, un reclamo circostanziato all'operatore, allegandovi la certificazione attestante la misura effettuata, rilasciata per conto dell'Autorità. Ove non riscontri il ripristino dei livelli di qualità del servizio entro trenta giorni dalla presentazione del predetto reclamo, l'utente ha facoltà di recedere senza penali dal contratto per la parte relativa al servizio di accesso a Internet da postazione fissa, con un preavviso di un mese, mediante comunicazione inviata all'operatore con lettera raccomandata o messaggio di posta elettronica certificata*".

Ebbene, alla luce della normativa sopra richiamata in vigore già dalla data della sottoscrizione del contratto e, peraltro, richiamata dall'art. 23.4 delle c.g.c di Wind, l'utente, mediante il sistema di misurazione certificata, avrebbe dovuto, ove lo ritenesse, avvalersi della facoltà di recedere senza oneri, prevista dalla norma. Non risulta che, trascorsi i 30 giorni consentiti all'operatore per provvedere al ripristino dello standard di qualità pattuito, l'utente abbia esercitato il recesso.

Nonostante l'ammissione del gestore, non può esser accolta la richiesta di rimborso pari al 60% del canone per il periodo dal 15.12.2009 a febbraio 2015, atteso che l'utente non ha depositato le fatture inerenti tale lasso temporale, da cui si sarebbe eventualmente potuto, avendo avuto evidenza dell'importo del canone, stornare una quota parte relativa al servizio internet. E comunque è bene precisare che una riduzione *pro quota* di quanto dovuto per il canone ADSL,

sarebbe stata legittimata per il periodo successivo all'unico reclamo idoneo allo scopo (Ne.me.sys), in mancanza del quale il gestore non può ritenersi essere stato allertato sull'esistenza del problema e messo nelle condizioni di intervenire. Peraltro le asserite segnalazioni anteriori sono state contestate dal gestore.

Quanto alle spese sostenute dall'utente per la sostituzione di cavi interni, prese e sdoppiatori segnale, delle quali chiede il rimborso, anche tale richiesta non può essere accolta, non avendo l'utente prodotto al riguardo alcuna documentazione contabile attestante tali spese.

Tuttavia, fermo restando quanto sopra affermato circa la mancata prova delle segnalazioni di guasto anteriori al febbraio 2015 ed unicamente sotto il profilo della mancata risposta al reclamo, già prima dell'invio della certificazione Ne.me.sys, può considerarsi "reclamo" la comunicazione inviata in data 1.12.2014, sempre inerente la medesima problematica, cui il gestore non ha mai risposto. La circostanza è rilevante, attese le dichiarazioni del gestore contenute nella memoria, di carattere confessorio circa l'esistenza di una problematica nell'erogazione della trasmissione dati, tanto da "suggerire di effettuare una downgrade di banda a 3.5 MB": tale risultanza infatti non è stata mai effettivamente comunicata all'utente, così come non è stato mai reso edotto della facoltà di recesso senza oneri che ben poteva essere fornita - al di là degli automatismi previsti dalla Del. n.244/08/CONS e dalla corrispondente clausola contrattuale - in presenza di un valido reclamo. Non può infatti considerarsi adeguatamente motivata la risposta dell'operatore documentata su schermata allegata dall'utente, peraltro non veritiera rispetto all'ammissione di responsabilità di cui sopra.

Si ritiene pertanto che l'utente possa essere indennizzato sotto il profilo della carenza informativa ai sensi dell'art. 11 dell'Allegato A Del. n.73/11/CONS. Si tenga presente al riguardo che le citate Linee Guida ex Del. n.276/13/CONS, in un'ottica di tutela dei contraenti più deboli e nel rispetto della finalità della procedura di risoluzione della controversia, consentono di interpretare in maniera più sfumata ed ampia le istanze di parte, consentendo di liquidare indennizzi corrispondenti ad un inadempimento purché, come in questo caso, lo stesso risulti provato.

Pertanto spetta all'utente l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 4.12.2004, detratti i giorni utili alla risposta, fino al 23.4.2015 (data dell'udienza di conciliazione) per la somma di € 95,00.

4. Sulle spese di procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, considerato il comportamento complessivo delle parti e, nello specifico, la difesa a parziale contenuto confessorio del gestore, si ritiene liquidare a favore dell'utente la somma di € 100,00 (cento/00).

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19, comma 7, della Delibera Agcom n.173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che

hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del Sig.re A. D'Onofrio nei confronti della Wind Telecomunicazioni XXX.

2. La Wind Telecomunicazioni XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di € 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla presentazione dell'istanza:

- € 95,00 (novantacinque/00) a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo ai sensi dell'art.11 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 determina 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 determinazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 07/03/2017

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto