

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

LUPINI M. / WIND TELECOMUNICAZIONI xxx / TELECOM ITALIA xxx

Registro Corecom n. 38/2015

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 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 M. Lupini presentata in data 16.12.2013;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti degli operatori Wind Telecomunicazioni xxx di seguito per brevità “Wind” e Telecom Italia xxx di seguito per brevità “Telecom” – il malfunzionamento del servizio ADSL a seguito di migrazione del numero xxxxxxxx839, l’attivazione da parte dell’operatore Wind di servizi non richiesti ed ha richiesto lo storno/rimborso della fatturazione emessa.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione, l’istante ha dichiarato quanto segue:

a. Di avere aderito, nel mese di aprile 2013, ad un contratto a distanza di Wind per la migrazione della linea voce e adsl dal precedente gestore Telecom;

b. Il 10.05.2013 la linea ADSI non funzionava pertanto l'istante contattava il servizio clienti Wind al fine di risolvere la problematica, e riceveva risposta dall'operatore che il malfunzionamento sarebbe stato risolto in 24 ore;

c. Il 13.05.2013, perseverando le problematiche, contattava nuovamente il servizio clienti Wind per avere spiegazioni, ma l'operatore evidenziava la necessità da parte del cliente di acquistare, a sue spese, un nuovo modem o attendere l'invio dello stesso da parte dell'operatore;

d. Persistendo il malfunzionamento l'istante inviava in data 13.05.2013 reclamo scritto con contestuale diffida e disdetta, al quale non veniva dato riscontro; perveniva medio tempore, il 15.5.2013, modulo di conferma dal gestore dell'attivazione con le caratteristiche del servizio, ma alla data del 28.05.2013 la linea ADSL non era stata ancora ripristinata;

e. Successivamente in data 31.05.2013 l'utente proponeva domanda di emanazione di provvedimento temporaneo dinanzi al Corecom Lazio per il rientro della linea in Telecom Italia; con provvedimenti nn. U3304/13 U3305/13 del 13.06.2013 veniva ordinato a Wind all'immediato rilascio della linea a favore di Telecom Italia ed a quest'ultima la contestuale attivazione dei servizi, che l'utente asseriva essere avvenuta nei giorni successivi; il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 17.09.2013, si concludeva con esito negativo, per rifiuto dell'utente dell'offerta Wind; Telecom declinava ogni responsabilità.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto ad entrambi gli operatori convenuti:

- i. l'indennizzo per il malfunzionamento del servizio ADSL;
- ii. L'indennizzo per l'applicazione di servizi non richiesti;
- iii. Lo storno/rimborso della fatturazione emessa;
- iv. Oltre alle spese del procedimento.

L'utente non depositava alcuna memoria difensiva o integrazione documentale.

2. La posizione dell'operatore Wind.

Wind sebbene regolarmente attinta dalla Comunicazione di avvio del procedimento, non depositava alcuna memoria esplicativa e/o difensiva, sebbene ~~presente~~ ed avesse avanzato proposte conciliative sia nell'udienza di conciliazione che di definizione.

3. La posizione dell'operatore Telecom.

Telecom deduceva che nel periodo dal 10.05.2013 sino al 16.06.2013 la linea era nella esclusiva gestione Wind pertanto non si riteneva responsabile del disservizio a seguito della portabilità della linea, né della lamentata ritardata lavorazione della disdetta con richiesta di rientro in Telecom, evidenziano che la responsabilità era da addebitarsi esclusivamente all'operatore Wind.

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.

Si premette che né Wind né l'utente hanno depositato memorie e documentazione, pertanto la decisione è assunta sulla base degli atti difensivi Telecom, sulle risultanze acquisite al fascicolo Gu5 nonché, sulle deduzioni iniziali dell'istante.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

4.1 Sull' interruzione del servizio ADSL.

Sostiene l'utente di aver aderito ad un contratto Wind a distanza per la migrazione dei servizi voce e adsl su utenza residenziale, senza precisare la data di prestazione del consenso (genericamente "aprile 2013); che a seguito della mancata attivazione del servizio ADSL da parte di Wind, esercitava con racc. del 13.5.2013 il proprio diritto di ripensamento sulla migrazione e che nonostante ciò, Wind, in assenza del servizio, provvedeva al rientro in Telecom solo dopo emissione di provvedimento temporaneo.

La domanda dell'utente di indennizzo a fronte della mancata fruizione del servizio ADSL durante la permanenza della linea in Wind è fondata e va integralmente accolta.

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.

Dalle schermate prodotte da Telecom, come confermato dalle comunicazioni effettuate dai gestori in sede di procedura d'urgenza, risulta che l'ordine ricevuto da Wind il 2.5.2013, ha avuto esito di espletamento con DAC al 10.5.2013, che coincide con la data dichiarata dall'utente di inizio del disservizio sull'ADSL; riferisce poi Wind, in risposta alla richiesta di osservazioni formulata dal Corecom che, una volta ricevuta la disdetta dell'utente il 17.5.2013, ha prontamente

avviato la procedura di cessazione con rientro in Telecom con DAC prevista al 7.6.2013, poi rimodulata al 17.6.2013. Risulta pertanto provato che la procedura di migrazione avviata da Wind il 2.5.2013, si era perfezionata già al 10.5.2015, benché con concomitante interruzione del servizio ADSI e che fino al 17.6.2013, la linea era nella sua gestione con conseguente responsabilità per il disservizio occorso .

Né in assenza di difese specifiche sul punto, Wind ha fornito prova contraria circa la regolare erogazione del servizio o dimostrato cause esimenti da responsabilità.

Nessun profilo di responsabilità a carico di Telecom emerge dalle schermate prodotte, nemmeno sotto il profilo dei tempi di espletamento della procedura di rientro, avendo richiesto a Wind il rilascio della linea nell'immediatezza dell'attivazione della procedura d'urgenza ed avendo ricevuto da Wind l'ordine di cessazione il 6.6.2013.

Deve pertanto riconoscersi in capo all'operatore Wind una responsabilità contrattuale per l'interruzione del servizio, con conseguente diritto alla liquidazione di un indennizzo per il malfunzionamento, per il periodo dal 10.05.2013 data di migrazione della linea da Telecom a Wind, sino al 17.06.2013 (data di rientro in Telecom) per totali 38 giorni.

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo, ai sensi dell'art 5 comma 1 dell'Allegato A delibera 73/11/CONS , si riconosce un importo complessivo di Euro 190,00da porsi a carico di Wind.

4.2 Sull' attivazione di servizi non richiesti e sullo storno/rimborso della fatturazione.

Per quanto la domanda non sia stata precisata nel contenuto, né altrimenti circostanziata, deve presumibilmente ricondursi all'intempestiva lavorazione del ripensamento esercitato con racc del 13.5.2013 ed alla mancato, immediato ripristino da parte del Recipient Wind, della configurazione precedente della linea con il gestore Telecom. In ragione di tali circostanze l'utente lamenta l'indebito trasferimento dell'utenza, con i servizi sulla stessa attivi, presso il gestore Wind, nonostante la manifestata volontà di ripensamento.

Il contratto di cui sopra, rientra infatti nell'ambito disciplinare dei c.d. "contratti a distanza" di cui all'art.50 e segg. del Codice del Consumo, disciplina ripresa e dettagliata dalla Delibera n.664/06/CONS con riferimento ai contratti per la somministrazione di servizi di comunicazione elettronica, conclusi con tale tecnica di comunicazione.

Il professionista è onerato da una serie puntuale di obblighi informativi e documentali (artt.52 e 53 del Codice del Consumo) ed il consumatore ha la possibilità di esercitare il diritto di recesso (recte: ripensamento) senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo in un termine stabilito (art.64).

L'art. 5 Del. 664/06/CONS inoltre, disciplina il diritto di ripensamento nei contratti a distanza, prevedendone (comma 2) l'esercizio "senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di dieci giorni lavorativi" che decorre (comma 4, lett. b) "per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'articolo 2, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa"; tuttavia, "Nel caso in cui l'operatore non abbia soddisfatto gli obblighi di informazione di cui all'art. 2, comma 6, e quelli in materia di esistenza ed esercizio

del diritto di recesso, di cui all'art. 52, comma 1, lettere f) e g), del Codice di consumo, il termine per l'esercizio del diritto di recesso è, rispettivamente, di sessanta o di novanta giorni e decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte dell'utente, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto" (comma 5).

L'utente non ha fornito elementi utili a stabilire se il ripensamento sia stato esercitato tempestivamente o meno, ai fini del tipico ripristino con effetti *ex tunc*, in quanto non ha dedotto la data di prestazione del consenso telefonico all'attivazione dei servizi, né ha fornito prova dell'invio e/o della ricezione della comunicazione di recesso del 13.5.2013; soccorrono tuttavia le schermate di dialogo tra gestori, che provano un ordine di migrazione già a far data dal 2.5.2013 (stipula), il modulo di conferma contrattuale inviato il 15.5.2013 all'utente (oneri informativi) e la dichiarazione confessoria di Wind, di aver ricevuto disdetta il 17.5.2013; per quanto previsto dalla normativa sopra richiamata, il ripensamento nel caso de quo, può pertanto ritenersi tempestivo sia nel caso sia avvenuto in data precedente (il 13.5.2013 a detta dell'utente), sia nel caso sia stato esercitato in data successiva (il 17.5.2013 a detta del gestore), rispetto al momento di assolvimento degli oneri informativi da parte del gestore.

La tempestività del ripensamento, se produttiva di effetti ai fini dell'art 3, comma 2 della delibera 664/06/CONS sotto il profilo della regolarizzazione dei rapporti tra le parti, nel senso che Wind dovrà provvedere all'annullamento di ogni eventuale fatturazione emessa medio tempore, nonostante l'utente non abbia depositato fatture a sostegno della relativa domanda, non rileva ai fini della configurazione della fattispecie di "prestazione non richiesta" di cui allo stesso art.3, comma 1 che espressamente la esclude in caso di previa ordinazione del cliente; infatti, nonostante Wind non abbia prodotto la registrazione vocale di prestazione del consenso, la stessa è espressamente ammessa dall'utente, che non contesta l'attivazione non richiesta dei servizi, bensì la mancata lavorazione del diritto di ripensamento e l'attivazione dei servizi nonostante il ripensamento tempestivamente manifestato.

Pertanto, non integrandosi gli estremi della prestazione non richiesta, non sono applicabili gli indennizzi previsti dalla Delibera n.173/07/CONS e dall'art. 8 di cui all'Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, cui pure l'art.6, comma 1 della Delibera 664/06/CONS rinvia per la risoluzione stragiudiziale di questo tipo di controversie.

Ad *abundantiam* si precisa che, anche *prima facie*, la domanda dell'utente di essere indennizzato per attivazione di un servizio non richiesto, contraddice in termini la domanda avanzata in via principale di indennizzo per mancata erogazione del servizio medesimo, posto che la stessa è stata già accolta per l'intero periodo di gestione Wind, sia quello antecedente, che quello successivo all'esercizio del diritto di ripensamento, per cui una duplicazione di indennizzi, riconosciuta sotto opposti profili del disagio patito, non sarebbe giustificata.

4.3 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 euro 50,00 (cinquanta/00) da porsi a carico di Wind, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, dell'assenza di

difese dell'utente e del gestore, della parziale soccombenza e delle offerte transattive formulata dal gestore già in occasione dell'udienza di conciliazione.

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 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. Rigetta le domande proposte dal sig. M. Lupini nei confronti di Telecom Italia xxx.
2. Accoglie parzialmente l'istanza del sig. M. Lupini nei confronti della società Wind Telecomunicazioni xxx.
3. La società Wind Telecomunicazioni xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, l'importo di euro 190,00 (centonovanta/00) a titolo di indennizzo ex art. 5 comma 1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
4. La società 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.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 27/05/2015

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto