

DELIBERA DL/003/15/CRL/UD del 19 gennaio 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

M. A. / WIND TELECOMUNICAZIONI xxx

IL CORECOM LAZIO

Nella riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 19 gennaio 2015;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "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, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni" e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1° gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995 n. 481" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 11.09.2013, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/556/2013, con cui il sig. A. M. ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società Wind Telecomunicazioni xxx (di seguito, per brevità, "WIND");

VISTA la nota del 4/11/2013 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione

della controversia, invitando le parti a produrre memorie e documentazione, nonché un ulteriore termine per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie;

VISTI gli atti e i documenti depositati dalle parti;

UDITE tutte le parti all'udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

1.a. L'istante, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

-titolare di un contratto con Wind "Tutto Incluso" l'utente, nel maggio 2012, contattava il servizio clienti Wind chiedendo il trasloco della linea telefonica e adsl; all'esito del sopralluogo effettuato presso l'abitazione, l'operatore rendeva edotto l'istante dell'impossibilità temporanea di procedere all'allaccio trattandosi di zona di nuova edificazione;

- ripetutamente reclamava poi con il Servizio Clienti lamentando fatturazione illegittima per servizi non resi e chiedendo di conoscere tempi e condizioni necessarie per la soluzione della problematica;

- ciò nonostante, l'operatore emetteva fatture con addebito sul c/c dell'utente costi non dovuti fino alla fattura n. n. 7804931021 non pagata e contestata con reclamo del 22.3.2013 a mezzo legale; con missiva del 11.4.2013, l'operatore rappresentava l'inesistenza di irregolarità nella fruizione dei servizi;

- con successivo reclamo del 24.5.2013, l'utente chiedeva al gestore il rimborso della somma indebitamente percepita e l'indennizzo contrattualmente previsto per l'omesso trasloco dei servizi voce e adsl fino alla data del 25.3.2013, oltre al risarcimento dei danni;

- con l'istanza di definizione e successiva memoria pertanto, l'utente chiedeva: a) l'annullamento degli importi fatturati successivamente alla richiesta di trasloco, con conseguenziale cessazione di ogni attività di recupero delle somme; b) il rimborso di tutte le fatture indebitamente pagate e, segnatamente, fattura n. 8815120430 data emissione 1.09.2012 per € 59,90, fattura n. 8818841405 data emissione 1.11.2012 per € 59,90, fattura n. 7800456513 data emissione 2.01.2013 per € 59,50; c) la corresponsione dell'indennizzo previsto dal Regolamento di cui alla Delibera 73/11/CONS (Art. 3) per omesso trasloco e/o trasferimento del servizio linea voce dal 1.6.2012 al 25 marzo 2013; d) la corresponsione dell'indennizzo previsto dal Regolamento di cui alla Delibera 73/11/CONS (Art. 3) per omesso trasloco e/o trasferimento della linea ADSL dal 1.6.2012 al 25 marzo 2013; e) la corresponsione dell'indennizzo previsto dal Regolamento di cui alla Delibera 73/11/CONS (Art. 11) per mancata o ritardata risposta ai reclami ed in particolare alla missiva del 24.05.2013; f) la corresponsione dell'indennizzo previsto dal Regolamento di cui alla Delibera 73/11/CONS (Art. 9) per la perdita della numerazione intestata allo stesso sin dal dicembre 2007; g) il rimborso delle spese di procedura previsto dall'art. 19 p.to 6 del Regolamento in materia di indennizzi;

- con memoria difensiva del 25 novembre 2013, WIND chiedendo il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante poiché infondate in fatto ed in diritto, rappresentava quanto segue: il 9 maggio l'istante contattava il servizio clienti per avviare una richiesta di trasloco : veniva avviato il relativo provisioning con esito "Rifiutato da T.I. Rifiuto del cliente" ; il 6 luglio 2012 veniva comunicato all'utente l'esito negativo della procedura e l'utente rinunciava alla predetta richiesta;

il 23 luglio 2012 perveniva una richiesta di migrazione scartata il 23 agosto da Telecom per cause sconosciute all'OLO Donating Wind. L'utente restava pertanto attivo su rete Wind con fruizione del servizio.

Il 22 marzo 2013 l'istante inoltrava disdetta e in data 26 marzo 2013 Wind cessava il servizio; il 28 marzo 2013 l'istante contestava con reclamo le fatture emesse successivamente all'istanza di trasloco, reclamo riscontrato il 16 aprile 2013;

- con memoria in replica del 5 dicembre 2013, l'istante contestava le avverse produzioni chiedendone l'inammissibilità relativamente agli allegati da 1 a 3 della memoria WIND e insisteva nell'accoglimento delle deduzioni, eccezioni, domande e richieste spiegate nella memoria difensiva;

- all'udienza di discussione del 19 dicembre 2013 l'istante chiedeva preliminarmente lo stralcio delle memorie del gestore, mentre il gestore WIND, per spirito conciliativo, proponeva la somma di € 675,00, dall'utente non accettata.

2. Motivi della decisione.

A. Sul rito

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

Questo premesso, 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.

Si dichiara inammissibile la domanda relativa alla lamentata perdita della numerazione quale domanda "nuova" poiché non sottoposta all'obbligatorio tentativo di conciliazione.

Da rigettare altresì poiché infondata, l'eccezione preliminare avanzata dall'utente relativamente all'inammissibilità della produzione documentale dell'operatore. Le schermate prodotte infatti recano inequivocabilmente l'intestazione societaria e la fonte dell'applicativo dal quale sono state estratte.

B. Nel merito

B.1. Sull'omesso trasloco delle linee

E' incontestato, tra le parti, il mancato trasloco della linea richiesto dall'utente il 9 maggio 2012 al Call Center Wind.

Il trasloco, dichiara l'utente, non è mai stato effettuato poiché trattandosi di zona di nuova edificazione, l'operatore si trovava temporaneamente impossibilitato a procedere all'allaccio dell'utenza telefonica/ADSL, portando lo stesso a recedere dal contratto con WIND in data 26.03.2012.

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.

Nel merito, si osserva che, in base alla direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, Delibera Agcom 179/03/CSP, gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale. Pertanto, ove l'utente lamenti il ritardo relativamente alla richiesta di trasloco della linea telefonica rispetto alle tempistiche stabilite nelle Condizioni di contratto o con lo specifico accordo delle parti, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze a lui non imputabili ovvero da problematiche tecniche non causate da sua colpa.

In questi casi, peraltro, il gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione e non è da ritenersi sufficiente un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, dovendo l'utente essere messo in grado di comprendere quanto accaduto. Allo stesso modo, l'operatore deve dimostrare di essersi diligentemente attivato per rimuovere eventuali ostacoli amministrativi e/o tecnici incontrati, avendo, in caso contrario, l'utente diritto ad un indennizzo da calcolarsi secondo le previsioni della Carta dei Servizi per il ritardo o l'inadempimento, per il periodo di tempo direttamente imputabile all'operatore fino alla soluzione del problema o alla domanda di definizione all'Autorità.

Nella fattispecie spettava dunque all'operatore provare di aver posto in essere tutte le attività necessarie per dare seguito al trasloco richiesto nei tempi contrattualmente convenuti, o di provare che l'impossibilità della prestazione è stata determinata da circostanze o da problematiche tecniche o da difficoltà ad esso non imputabili.

Orbene, sotto il profilo dell'imputabilità dell'omessa prestazione, per stessa ammissione del cliente, Wind si è tempestivamente attivata effettuando un sopralluogo e comunicando all'utente l'impossibilità di procedere con l'allaccio; le schermate in atti, confermano il successivo tentato ordine all'operatore di rete (T.I.), da questo rifiutato; risulta inoltre dallo stesso applicativo, il contatto avuto con l'utente il 6.7.2012 per informarlo dell'esito negativo della procedura.

Sotto tale ultimo profilo, l'utente ha contestato di aver ricevuto tale informativa pur evidenziando in narrativa di essere comunque già stato informato in sede di sopralluogo dei motivi che non consentivano di procedere " *il mio cliente è stato reso edotto dell'impossibilità temporanea di procedere all'allaccio dell'utenza telefonica, per carenza di alcuni impianti essendo zona di nuova edificazione*" ed avendo poi, successivamente al contatto telefonico disconosciuto del 6.7.2012, provveduto a richiedere la migrazione della linea ad altro OLO scartata in fase 3 il 9.8.2012, presumibilmente per le stesse ragioni di carenza infrastrutturale riscontrate dall'operatore di rete.

Dimostrando così, con tale scelta contrattuale, di essere consapevole dell'impossibilità della prestazione con l'OLO originario.

E' quanto emerge anche dal tenore del reclamo del 22.3.2013, laddove si richiama la sopraggiunta impossibilità della prestazione *"più volte eccepita dal mio cliente ai Vs operatori telefonici del Centro Assistenza 155"* e per cui *"risulta evidente la risoluzione del contratto de quo ex art 1256 e ss. cc."*

Medio tempore, a dicembre 2012, l'utente era al corrente delle iniziative intraprese dal costruttore e da Telecom sulle procedure da porre in essere per la predisposizione degli impianti (note prodotte in atti).

Per tutto quanto sopra emerso, la domanda dell'utente non è accoglibile né ai sensi del comma 1 né del comma 2 dell'art.3 della Delibera n.73/11/CONS.

Per quanto concerne l'esigibilità delle fatture oggetto di richiesta di rimborso, pur accertato l'omesso trasloco per fatto non imputabile all'OLO, le stesse risultano comunque non dovute a fronte di servizi di fatto non fruiti dall'utente.

Era onere del gestore fornire la prova della regolare fruizione dei servizi da parte dell'utente anche nel nuovo indirizzo, che peraltro è stato regolarmente acquisito al ciclo di fatturazione. Ad eccezione della fattura n.8811445958 dove è presente traffico sino al 18.5.2012, nelle successive non è presente traffico nonostante risulti visibile il servizio gratuito "In trasferta New Polt" che avrebbe consentito la fruizione del servizio sul numero originario e del quale non è stata provata la funzionalità. Spetta pertanto all'utente il rimborso di metà canone per Euro 31,00 sulla fattura n. 8811445958 e dell'intero ammontare delle successive fatture nn. 8815120430, 8818841405, 7800456513. Oltre allo storno dell'insoluto.

B.4. Sulla mancata risposta ai reclami

L'istante lamenta la mancata risposta a due reclami svolti, il primo dei quali risulta essere la PEC del 22.03.2013, cui è seguita risposta da parte dell'operatore WIND in data 11.04.2013, mentre il successivo reclamo pervenuto all'operatore in data 24.05.2013, non ha avuto riscontro.

Premesso che la risposta dell'11.4.2013, data peraltro contestata dall'utente, circa l'inesistenza di irregolarità nella fatturazione non rileva in quanto si risolve in una mera clausola di stile che nulla spiega circa la debenza delle somme, né dà conto delle verifiche svolte, e considerato il reclamo del 24.5.2013 reiterativo del primo ai sensi dell'art.11, comma 2 del regolamento 73/11/CONS, la domanda dell'utente in ordine all'omesso riscontro al reclamo del 22.3.2013 è fondata.

Rileva, allora, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera e anche della Carta Servizi), 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, come sopra ricordato, 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.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta al reclamo inviato, come è da considerarsi la fattispecie, da cui è derivata per l'utente una mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP e della Carta Servizi.

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi degli artt. 2 e 11, comma 1 e comma 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato che non vi è stata risposta alcuna da parte dell'operatore al richiamato reclamo, detratto il tempo utile alla risposta (45 gg) e fino alla data del 5.9.2013 (udienza di conciliazione), nella fattispecie viene riconosciuto all'utente un indennizzo di Euro 122,00.

C. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 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, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, e della pressoché totale soccombenza, si ritiene equo riconoscere l'importo di Euro 50,00 quale rimborso delle spese per l'espletamento della procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO che per quanto precede la domanda del sig. M. A. sia solo parzialmente da accogliere per le motivazioni e con le modalità di cui in narrativa;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo riconoscere il rimborso per le spese dell'intero procedimento sia di conciliazione che di definizione, per l'importo di euro 50.00;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

L'accoglimento parziale, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dal sig. A. M. in data 11 settembre 2013.

La società Wind Comunicazioni xxx. è tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

a) Euro 122,00 (cento ventidue/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;

b) Euro 50,00 (cinquanta/00) quale rimborso delle spese di procedura.

L'operatore è inoltre tenuto a regolarizzare la posizione contabile rimborsando le fatture come sub par. B.1 per Euro 210,70; è tenuto altresì allo storno dell'insoluto.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n.259.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito web del Corecom Lazio.

Roma, 19 gennaio 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto