

DELIBERA DL/012/15/CRL/UD del 19 gennaio 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

F. M./WIND TELECOMUNICAZIONI xxx

(LAZIO/D/581/2013)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 19 gennaio 2015;

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.ra F. M. presentata in data 24 settembre 2013;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato - nei confronti dell’operatore Wind - il mancato invio del contratto concluso telefonicamente, la mancata attivazione del servizio internet, l’applicazione di tariffe difformi da quelle concordate, la mancata risposta ai reclami. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione, ha dichiarato quanto segue:

- a) Il 17 giugno 2011 aveva concluso telefonicamente un contratto per la fornitura del servizio voce e internet, con migrazione da altro operatore e piano tariffario Tutto Incluso;
- b) l’operatore non aveva inviato la copia del contratto e il servizio internet non era stato attivato;
- c) le fatture ricevute contenevano addebiti per importi diversi da quelli concordati;

- d) i numerosi reclami erano rimasti senza risposta;
- e) per la mancata attivazione del servizio internet, aveva sostenuto costi per la navigazione con altro operatore, pari ad Euro 141,00;
- f) a gennaio 2012 era migrato ad altro operatore.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- i. Lo storno totale delle fatture
- ii. Indennizzi come da Delibere AGCOM (per mancata attivazione della linea ADSL, per mancata risposta ai reclami, per variazione unilaterale del contratto)
- iii. Rimborso spese sostenute per navigazione internet con altro operatore
- iv. Spese di procedura

2. La posizione dell'operatore

L'operatore ha dichiarato che il 19 aprile 2011 l'utente aveva chiesto telefonicamente l'attivazione del servizio con listino tariffario Tutto Incluso New e il 20 aprile Wind aveva inviato il contratto. La procedura di migrazione si era conclusa il 14 giugno 2011. A seguito della contestazione della fattura n. 9913088839, Wind aveva effettuato le opportune verifiche e dato riscontro all'utente. L'operatore ha precisato poi che l'utente aveva già presentato una istanza di conciliazione, risoltasi con una transazione, con ciò mostrando di essere consapevole dell'esistenza del rapporto contrattuale con Wind. Ha precisato altresì di aver riscontrato il primo reclamo dell'utente e di non aver mai ricevuto il reclamo successivo del 28 novembre 2011. In ordine alla mancata attivazione del servizio internet, ha evidenziato che il servizio dati risultava correttamente attivato, pur in assenza di canoni in fattura, stante il mutato profilo tariffario da Tutto incluso a Super Happy Italy + adsl free. Ha pertanto concluso chiedendo il rigetto delle domande dell'utente.

3. Motivazione della decisione

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

3.1. Sulla mancata attivazione del servizio ADSL

Con riferimento ad un contratto stipulato telefonicamente il 17 giugno 2011, di cui non ha mai ricevuto copia, l'istante lamenta la mancata attivazione del servizio ADSL, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo ed il rimborso dei costi sostenuti per la navigazione con altro operatore.

Con riferimento ad un contratto a distanza concluso il 19 aprile 2011 e attivato il 14 giugno 2011, l'operatore deduce che il servizio dati era correttamente attivato, pur non producendo canoni per il variato profilo tariffario.

La domanda dell'utente è fondata per la seguente ragione.

Pur in mancanza di data certa in ordine alla data di conclusione del contratto telefonico, deve ritenersi che tra le parti fosse in essere un contratto, la cui esecuzione ha avuto inizio il 14 giugno 2011, come dichiarato da Wind e come si evince dalla fattura Wind n. 9913088839 del 18 agosto 2011 da cui risulta “collegamento alla rete Infostrada attivo dal 13 giugno 2011”.

Dalla documentazione in atti, risulta inoltre che l'utente “nuova cliente (Wind) solo dal mese di giugno”, ha contestato a Wind di non aver mai usufruito del servizio ADSL (raccomandata del 7 settembre 2011) e che da luglio 2011 ha utilizzato per la navigazione un diverso operatore (fatture H3G).

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.

Nella fattispecie, a fronte della lamentata mancata attivazione del servizio, spettava a Wind provare di avere fornito il servizio in modo regolare e continuo, nonché di avere svolto tutte le attività necessarie all'attivazione o che l'inadempimento è dipeso da cause a lui non imputabili ex art. 1218 codice civile o da cause specifiche di esclusione della responsabilità.

In forza del richiamato principio sull'onere probatorio e considerata l'assoluta mancanza di prova circa l'attività svolta per l'attivazione del servizio o circa l'effettiva fruizione, deve ritenersi che sussista in capo all'operatore una responsabilità contrattuale, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo, dalla data in cui Wind ha dichiarato di aver attivato i servizi (14 giugno 2011) sino alla data di migrazione dichiarata dall'utente (13 gennaio 2012).

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2 e 3 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, si riconosce un importo complessivo di Euro 1.597,50 .

L'operatore dovrà inoltre rimborsare all'utente il costo sostenuto per canoni web con altro operatore (H3G) limitatamente ad una utenza, e dunque pari ad Euro 70,76.

3.2. Sull'applicazione di tariffe difformi da quelle convenute

L'istante lamenta di aver riscontrato nelle fatture l'applicazione di tariffe difformi da quelle convenute e di profili non richiesti, in particolare l'attivazione del canone Tutto Incluso, i costi di disattivazione di Tutto Incluso e l'attivazione del piano Super Happy Italy con ADSL Free. Chiede

pertanto la liquidazione di un indennizzo.

L'operatore contesta la presenza di addebiti difformi dal piano tariffario.

Deve premettersi che l'operatore non ha documentato in alcun modo il contratto stipulato a distanza il 17 giugno 2011 ed ha prodotto invece la registrazione vocale del contratto telefonico del 19 aprile 2011 con piano tariffario Tutto Incluso, dichiarando che l'utente avrebbe chiesto la variazione contrattuale da "Tutto Incluso" a "Super Happy Italy + adsl free".

Ciò premesso, la domanda dell'utente è fondata per la seguente ragione.

Dalla documentazione in atti risulta che l'utente ha stipulato con Wind un contratto a distanza il 19 aprile 2011, con piano tariffario Tutto Incluso. Dichiara l'operatore, con riferimento a tale contratto, che la migrazione dall'operatore Fastweb si è perfezionata il 14 giugno 2011. Non vi è prova invece dell'asserita richiesta di variazione del profilo contrattuale da "Tutto incluso" a "Super Happy Italy + adsl free".

In base a quanto sopra, deve dunque ritenersi che il profilo tariffario prescelto dall'utente fosse il "Tutto Incluso" e che, unilateralmente, senza alcuna richiesta dell'utente, Wind abbia modificato il profilo in "Super Happy Italy + adsl free".

Spetta pertanto all'istante la liquidazione di un indennizzo per l'applicazione di un profilo tariffario non richiesto, a decorrere dal 17 giugno 2011 (data di modifica del profilo risultante in fattura) sino al 13 gennaio 2012, data in cui l'utente è migrato ad altro operatore.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 8.2 dell'Allegato A alla delibera 73/11/CONS, si riconosce all'utente un indennizzo di Euro 210,00.

L'operatore dovrà inoltre provvedere alla ricostruzione della situazione contabile dell'utente a partire dal 17 giugno 2011 sino alla cessazione del contratto, applicando il profilo tariffario Tutto Incluso e stornando i canoni Super Happy Italy, il contributo disattivazione Tutto Incluso, il costo chiamate.

3.3. Sulla risposta ai reclami

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami scritti del 7 settembre 2011 e 28 novembre 2011, e chiede il relativo indennizzo.

L'operatore deduce di aver dato riscontro al primo reclamo e di non aver mai ricevuto il secondo.

E' in atti la lettera di Wind del 6 ottobre 2011, in cui l'operatore comunica, con riferimento alla segnalazione ricevuta, di non essere riuscito a contattare l'utente per effettuare alcune verifiche e lo invita a richiamare il Servizio Clienti.

La domanda dell'utente viene accolta, non potendosi ritenere adeguata risposta al reclamo la comunicazione dell'operatore, generica nel contenuto e priva di qualsivoglia riferimento ai motivi di rigetto.

Rileva, infatti, 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, come sopra ricordato, 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.

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi degli artt. 2 e 11 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato che il reclamo è stato ricevuto il 15 settembre 2011, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni), e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (13 novembre 2012), nella fattispecie viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 300,00.

Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, l'importo di Euro 150,00, da porsi a carico di Wind, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza della sig.ra F. M. nei confronti della società Wind Telecomunicazioni xxx
2. La società Wind Telecomunicazioni xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 150,00 (centocinquanta) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - i. Euro 1.597,50 (millecinquecentonovanta sette/50) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 3 allegato A alla delibera 73/11/CONS;
 - ii. Euro 210,00 (duecentodieci/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 8.2 allegato A alla delibera 73/11/CONS;
 - iii. Euro 300,00 (trecento/00), a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 11 allegato A alla delibera 73/11/CONS;
 - iiii. Euro 70,76 (settanta/76) a titolo di rimborso dei costi sostenuti per canoni web con altro operatore.
3. La società Wind Telecomunicazioni xxx dovrà inoltre provvedere alla ricostruzione della situazione contabile dell'utente a partire dal 17 giugno 2011 sino alla cessazione del contratto, applicando il profilo tariffario Tutto Incluso e stornando i canoni Super Happy Italy, il contributo

disattivazione Tutto Incluso, il costo chiamate.

4. La società Wind Telecomunicazioni xxx è tenuta altresì a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera 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 decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.

6. E' 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 delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 19 gennaio 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto