

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
DIESSE ECO INFORMATICA DI SERRA D. / WIND TELECOMUNICAZIONI XXX
(LAZIO/D/41/2015)

Registro Corecom n. 13/2016

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 Diesse Eco Informatica di Serra D. presentata in data 20.01.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di Wind Telecomunicazioni XXX di seguito per brevità “Wind” – la ritardata attivazione del piano tariffario pattuito, l’interruzione ed il malfunzionamento del servizio fonia, e la mancata risposta ai reclami.

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

a. di avere sottoscritto, in data 13.10.2010, contratto per la migrazione della numerazione xxxxxx778 (linea Voce ed ADSL) dall’operatore Fastweb all’operatore Wind, con contestuale attivazione in abbonamento dell’offerta “Happy No Limits Affari” da €19.95 al mese per sempre;

b. tale migrazione si completava in data 16.02.2011;

c. affermava inoltre che sin dalla prima fatturazione l'operatore Wind applicava una maggiorazione nei canoni da €19.95 concordati ad €21.95 che, nonostante reiterati reclami, proseguiva per circa 24 mesi;

d. dal 13.09.2012 al 23.9.2012, la linea telefonica smetteva di funzionare, senza motivo e/o preavviso; e. appena riattivata, il servizio fonia non funzionava normalmente, con fruscio continuo, volume voce notevolmente basso e continue interruzioni delle conversazioni sino alla prima decade di novembre 2012, quando Wind ripristinava completamente il servizio;

f. in data 12.12.2014 veniva presentata istanza di tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 6.02.2013, il quale si concludeva con esito negativo, non accordando il gestore la proposta transattiva avanzata dall'utente, di Euro 1000,00.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto nei confronti dell'operatore:

- i. Ricalcolo delle fatture emesse dal febbraio 2011 ad oggi, con rimborso delle somme eccedenti;
- ii. Indennizzo per l'applicazione di profili tariffari non richiesti;
- iii. Indennizzo per ritardata attivazione del piano tariffario;
- iv. L'indennizzo per sospensione/cessazione del servizio;
- v. L'indennizzo per il malfunzionamento del servizio;
- vi. La mancata risposta ai reclami;
- vii. Rimborso degli ingenti danni subiti e i disagi procurati per inottemperanza alle regole;

Oltre alle spese del procedimento.

Con le memorie precisava l'entità degli indennizzi richiesti ed introduceva altre richieste:

- 1) Applicazione ex art.2, co.5 del 73/11/CONS per l'irrogazione della sanzione della sanzione di cui all'art. 2, co.20 lett.c legge 14/11/1995, n.481/1995;
- 2) Indennizzo per la ritardata attivazione dei servizi del 26.1.2011 per Euro 4.725,00;
- 3) Applicazione di profilo tariffario non richiesto dal 26.1.2011 al 6.2.2011, per Euro 36,00;
- 4) Applicazione di profilo tariffario non richiesto dal marzo 2011, per 24 mesi (730 gg) per Euro 2.190,00 con restituzione di quanto indebitamente percepito sino alla data odierna;
- 5) Indennizzo per la cessazione del servizio (10 gg) per Euro 225,00
- 6) Indennizzo da mancata risposta ai reclami nei giorni: 14.9.2012, 17.9.2012, 18.9.2012, 19.9.2012 (A/R) per Euro 300,00;
- 7) Indennizzo per malfunzionamento del servizio voce per Euro 410,00
- 8) Spese di procedura per Euro 200,00.

Per un totale complessivo di Euro 7.886,00.

2. La posizione dell'operatore Wind.

L'operatore Wind, in via preliminare eccepiva che le richieste di indennizzo avanzate dall'istante per il ritardo nella migrazione, interruzione/sospensione e mancata/parziale fornitura del servizio, erano state già oggetto di tentativo di conciliazione (prot. 1085/2011 del 23.02.2011) e del susseguente procedimento di definizione che si concludeva con la delibera Corecom Lazio n. 30/13/CRL del 3.04.2013, che condannava Wind alla corresponsione di un indennizzo di €420,00 per la ritardata attivazione del servizio a seguito di migrazione dal 16.2.2011 al 16.3.2011.

Tale problematica veniva peraltro sottoposta a nuovo tentativo di conciliazione, archiviato all'udienza del 29.9.2011, per violazione del principio del ne bis in idem.

Ancora due tentativi di conciliazione venivano svolti il 2.4.2012, uno archiviato con analogha motivazione, un altro concluso con accordo su altra utenza dell'istante.

Successivamente alla proposizione della presente istanza di definizione, proponeva nuovo tentativo di conciliazione attinente al malfunzionamento dal 28.8.2013 al 17.9.2013, anch'esso concluso con accordo transattivo.

Eccepiva inoltre l'inammissibilità della cessazione del servizio dati dal 13 al 23 settembre 2012, perché non fatta oggetto del tentativo di conciliazione del 6.2.2013.

Eccepiva altresì l'inammissibilità della domanda relativa alla maggiorazione del piano tariffario, perché assorbita dalla domanda, già definita con Delibera n.30/13/CRL, relativa alla ritardata attivazione dei servizi: infatti il predetto ritardo ha fatto sì che l'attivazione dell'utenza coincidesse con l'operazione di repricing massiva del periodo (€ 2 in più rispetto al p.t. scelto) e impattante su tutta l'utenza Wind, che di ciò veniva resa edotta in fattura.

Solo in data 19.09.2012, il cliente contattava il servizio assistenza lamentando il malfunzionamento del servizio voce e, dopo aver attivato le necessarie verifiche, riattivava in pari data il servizio dunque entro il termine di 4 giorni lavorativi successivo a quelle in cui è pervenuta la comunicazione, nel rispetto dell'art. 2.2 della Carta Servizi.

In ragione di ciò, nessun indennizzo spetta all'utente.

3. 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.

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.

E' dunque inammissibile la domanda di cui al punto vii di risarcimento danni.

Non è ammissibile altresì la richiesta dell'utente di irrogazione nei confronti del gestore delle sanzioni previste dal combinato disposto dall'Art. 2 c. 20 lett. c) della Legge 481/95 e dall'Art. 2 della Delibera 73/11/CONS.

La disposizione invocata dall'utente si riferisce a poteri attribuiti all'AGCOM normativamente e funzionalmente distinti da quelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie oggetto di delega territoriale, rientrando nell'ambito delle funzioni istituzionali di controllo attribuite alle singole Autorità di regolazione (AGCOM, Antitrust, Energia etc. etc.).

Si accoglie, perché fondata, l'eccezione del gestore circa la improcedibilità delle domande sub 2) e 3) delle memorie, ovvero la ritardata attivazione del servizio e, conseguentemente, la ritardata attivazione del piano tariffario prescelto dal 26.1.2011 al 6.2.2011, in quanto già oggetto di pronuncia di questo Corecom con Delibera n.30/13/2013. Dall'esame degli atti del fascicolo del

2013 e della decisione assunta, emerge inequivocabilmente la trattazione della ritardata migrazione in Wind che, per ovvio nesso causale, ha comportato l'impossibilità di applicazione di qualsivoglia p.t. nel periodo dedotto con la controversia.

Non è invece accoglibile l'eccezione di Wind sulla mancata sottoposizione dell'interruzione della connessione internet dal 13 al 23.9.2012 al tentativo di conciliazione del 6.2.2013, in quanto compare espressamente tra le richieste, la corresponsione dell'indennizzo per "sospensione linea fonia + ADSL".

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

3.1 Sull'attivazione di profili tariffari non richiesti e richiesta di rimborso.

L'istante lamenta che sin dalla prima fattura (9903990820 del 5.3.2011), l'operatore abbia applicato una maggiorazione nei canoni mensili del piano tariffario scelto, denominato "Happy No Limits Affari", applicando la somma di €21.95 anziché €19.95 mensili, con una differenza di €2,00 ogni mese che si è protratta, nonostante numerosi reclami, per tutta la durata del contratto ed in particolare per mesi 24, chiedendo il ricalcolo delle fatture dal febbraio 2012 sino alla data di presentazione della istanza di definizione, con rimborso dei costi non dovuti.

L'operatore sostiene la maggiorazione tariffaria ha impattato tutta la clientela Wind che è stata preavvisata in fattura, risolvendosi in un aumento di €2,00 rispetto al costo del piano tariffario prescelto, dovuto all'incremento dei costi di noleggio della linea che Wind sostiene verso Telecom. L'operatore ha prodotto il testo del messaggio di avviso.

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 3 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.

In base al richiamato criterio di riparto, spettava all'utente provare il titolo della propria pretesa, ovvero quella di vedersi applicato il canone mensile previsto dal piano tariffario contrattualizzato ("Happy No Limit") nell'importo di euro 19,95 anziché 21,95: l'utente ha prodotto la sola proposta di abbonamento ove si evince la spunta sul piano tariffario Happy No Limit, ma non l'importo del canone mensile corrispondente all'offerta vigente all'epoca dei fatti e ricavabile, in ipotesi dalla brochure illustrativa delle condizioni economiche, vigente all'epoca della stipula; anche le fatture sono state prodotte dall'utente unicamente nel frontespizio (ove compare l'importo cumulativo tra canoni e traffico) , mentre la loro versione integrale avrebbe dettagliato l'offerta applicata, prezzo di listino , sconti ecc.

Altre indicazioni fornite dall'utente sul periodo interessato dal lamentato disservizio risultano contraddittorie, deducendo dapprima che la tariffa era "per sempre", poi che la maggiorazione ha interessato la fatturazione per 24 mesi.

Mentre in tema di periodo interessato dal disservizio può agevolmente dedursi che lo stesso abbia interessato i 24 mesi di durata dell'offerta (relative a tale periodo sono infatti le fatture prodotte), alla lacuna probatoria sulle condizioni dell'offerta, può altrettanto facilmente ovviarsi con l'esplicita ammissione del gestore che ha motivato l'aumento di €2,00 su tutti i piani tariffari allora vigenti, con l'aumento dei costi di reselling.

La fattispecie ricavabile è quella delle modifiche unilaterali di contratto che, ai sensi dell'art.70, comma 4 del Codice delle Comunicazioni elettroniche (D.Lgs. 259/2003), debbono essere comunicate con preavviso non inferiore ad un mese consentendo al cliente il recesso senza costi.

Il testo di avviso prodotto dall'operatore non integra le caratteristiche previste dal codice, né risultano le modalità con cui è stato comunicato agli utenti e, in particolare, all'odierno istante (non è stata prodotta la fattura contenente il riferito avviso) e pertanto è inidoneo a legittimare la modifica tariffaria.

Spetta dunque all'utente il rimborso di quanto pagato in eccedenza rispetto all'importo mensile pattuito di € 19,95, a valere sulle fatture prodotte agli atti, dalla n. 9903990820 del 5.3.2011 alla n.7800945120 del 12.1.2013 (12 fatture).

Nello specifico si dispone il rimborso in favore dell'istante da parte dell'operatore Wind, delle seguenti somme: €2,00 dalla fattura n. 9903990820 del 5.03.2011, €2,00 dalla fattura n. 9907267307 del 9.05.2011, €4,00 dalla fattura n. 9917586212 del 14.11.2011, €4,00 dalla fattura n. 8800905340 del 12.01.2012, €4,00 dalla fattura n. 8819328170 del 11.11.2012 ed €4,00 dalla fattura n. 7800945120 del 12.01.2013, per un totale di €20,00 oltre Iva come applicata in fattura.

Non è accoglibile l'ulteriore richiesta di indennizzo per profilo tariffario non richiesto, in quanto come motivato sopra, la fattispecie occorsa è quella delle modifiche unilaterali di contratto (è stato infatti applicato il p.t. Happy No Limit, seppur maggiorato, come gli altri p.t) e pertanto la restituzione dell'eccedenza è pienamente soddisfattiva della doglianza.

3.2 Sull'interruzione dei servizi.

L'istante lamenta l'improvvisa interruzione della linea telefonica e ADSL dal 13 settembre 2012 al 23 settembre 2012 senza alcun motivo e/o preavviso.

La domanda dell'utente viene accolta.

Richiamato il criterio di riparto degli oneri probatori e considerato che ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali, a fronte della dedotta interruzione lamentata dall'utente spettava a Wind provare di avere fornito il servizio in modo regolare e continuo, nonchè di avere svolto tutte le attività necessarie a risolvere il disservizio 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.

Il gestore si è limitato ad eccepire che la prima segnalazione giungeva il solo il 19.9.2013 e che il problema era stato risolto in pari data; tuttavia la schermata prodotta, che peraltro evidenzia che

al 20.9.2012 erano ancora in corso verifiche, non è idonea a fini probatori in quanto totalmente priva di intestazione e non riconducibile ad alcuno dei sistemi in uso all'operatore.

Deve ritenersi dunque sussistere in capo all'operatore responsabilità contrattuale per l'interruzione del servizio fonia e adsl con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo, per il periodo dedotto dal 13 settembre 2012 al 23 settembre 2012 ai sensi del combinato disposto degli articoli 5, comma 1, 3 e 12 comma 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, per € 200,00.

3.3 Sul malfunzionamento del servizio voce

L'istante ha dedotto che a seguito della riparazione, il servizio voce accusava disturbi, fruscii e cadute di linea sino almeno al 10.11.2012.

L'operatore nulla deduce sul punto, limitandosi a riferire della segnalazione del precedente disservizio (19.9.2012) né provando alcunché sulla dedotta data di risoluzione del problema.

La domanda dell'utente viene accolta.

Richiamato quanto sopra sugli oneri probatori del gestore, si riconosce all'utente un indennizzo per il malfunzionamento che non ha comportato l'interruzione completa del servizio voce ai sensi dell'art.5 comma 2, 3 e 12, comma 2, per il periodo dal 23.9.2012 al 10.11.2012, per € 240,00.

3.4 Sulla mancata risposta ai reclami

L'istante lamenta la mancata risposta numerosi reclami avanzati al Call Center dal 14 al 19 settembre 2012, in occasione dell'interruzione delle linee, nonché al reclamo scritto del 18.09.2012, anch'esso relativo alla medesima problematica.

La domanda è respinta .

E' l'utente stesso a dedurre che la funzionalità dei servizi è stata ripristinata dal gestore il 23.9.2013 e pertanto è indubbio che il gestore abbia accolto il reclamo per fatto concludente, risolvendo il guasto reclamato, non essendo necessaria in tale evenienza, ai sensi della delibera 179/03/CSP, la risposta scritta.

4. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 16.2 bis e 19.6 del Regolamento Agcom 173/07/CONS e s. m. e le relative Linee Guida interpretative dettate da ultimo con Del. 273/13/CONS, Par. *III.5.4 (Spese di procedura)*, che al comportamento complessivamente tenuto dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione e definizione collegano ogni opportuna valutazione dell'Autorità in tema di riconoscimento di indennizzi e spese di procedura, si ritiene equo disporre il pagamento a carico dell'operatore di € 50,00.

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. Accoglie parzialmente l'istanza della Diesse Eco Informativa di D. Serra 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 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

i. euro 200,00 (duecento/00) ex articoli 5, comma 1, 3 e 12 comma 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi;

ii. euro 240,00 (duecentoquaranta/00) ex articoli 5 comma 2, 3 e 12, comma 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi;

3. Dispone che la società Wind Telecomunicazioni XXX, come meglio specificato in narrativa, rimborsi all'istante la somma totale di € 20,00 oltre Iva per l'applicazione di canoni aumentati sulle fatture n. 9903990820 del 5.03.2011, n. 9907267307 del 9.05.2011, n. 9917586212 del 14.11.2011, n. 8800905340 del 12.01.2012, n. 8819328170 del 11.11.2012 e n. 7800945120 del 12.01.2013.

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, 09/03/ 2016

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto