

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
G. CANALELLA / WIND TELECOMUNICAZIONI XXX
(LAZIO/D/476/2015)

Registro Corecom n. 57/2016

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 Lazio 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 G. Canalella del 5 giugno 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

Il Signor Canalella ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti di Wind, in relazione ad una utenza fissa (06****454), l’interruzione del servizio, nonché la mancata risposta al reclamo.

Nell’istanza di definizione, l’utente ha lamentato quanto segue.

- i. In data 13 giugno 2014 l’istante subiva l’interruzione del servizio internet;
- ii. In data 16 giugno 2014 l’istante inoltrava reclamo scritto, senza ricevere, tuttavia, alcun riscontro da parte del Gestore.

In base a tali premesse, il Sig. Canalella ha richiesto all'operatore:

- 1) La corresponsione dell'indennizzo previsto per l'interruzione del servizio verificatosi in data 13.06.2014 pari ad euro 150,00;
- 2) La corresponsione dell'indennizzo previsto per la mancata risposta al reclamo del 17.06.14 pari ad euro 300,00;
- 3) Il riconoscimento delle spese di procedura pari ad euro 150,00.

La somma complessivamente richiesta veniva quantificata in euro 600,00.

2. La posizione dell'operatore.

Wind, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata nella quale ha richiesto il rigetto delle domande precisando quanto segue.

- i. Il gestore rilevava preliminarmente che l'utente non aveva esperito il reclamo correttamente, essendo stato indirizzato lo stesso presso un indirizzo diverso da quello indicato dalle Condizioni Generali di Contratto;
- ii. Inoltre ai sensi dell'art. 2.2 della Carta dei Servizi l'utente ha diritto al riconoscimento dell'indennizzo soltanto ove il Gestore non riesca ad eliminare eventuali irregolarità funzionali del servizio entro il quarto giorno non festivo, successivo a quello in cui viene effettuata la segnalazione, ad eccezione dei guasti di particolare complessità che verranno comunque riparati con la massima tempestività.
- iii. Nel caso di specie, Wind ha adempiuto a tutti gli oneri informativi posti a suo carico, informando tempestivamente la sua clientela attraverso i canali mediatici più diffusi circa il disservizio occorso e la presa in carico dello stesso;
- iv. Ai sensi della Delibera Agcom n. 69/11/CIR non è possibile affermare la responsabilità del gestore per il malfunzionamento della linea qualora l'utente non provi di aver esperito, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo;
- v. In ogni caso il reclamo è stato gestito per facta concludentia essendo stato il servizio immediatamente ripristinato;
- vi. Il reclamo inoltrato dall'utente non richiedeva alcuna risposta scritta in quanto quest'ultima, ai sensi dell'art. 11 Co. 2 Del. 179/03/CSP, è prevista soltanto "nei casi di rigetto";
- vii. Nella denegata ipotesi di riconoscimento di responsabilità del Gestore per il disservizio subito dall'utente, quest'ultimo avrebbe diritto ad un indennizzo pari alla somma 2,50 per la sola giornata del 13.06.2014;
- viii. Il gestore ha, inoltre, citato l'accordo stipulato il 16.06.2014, con i rappresentanti delle Associazioni per i consumatori per la gestione dei reclami presentati dagli utenti in merito all'eccezionale evento verificatosi il 13 giugno 2014.
- ix. In virtù di tale accordo, le parti avevano concordato il riconoscimento di promozioni ed opzioni soltanto in favore degli utenti che avessero reclamato entro il 16 luglio 2014, dichiarando di aver subito un disservizio nel giorno 13 giugno 2014;
- x. Da ultimo, secondo il Gestore, in violazione del principio di diritto che pone l'onere della prova a carico di colui chi agisce per far valere un diritto, l'utente non ha fornito prova alcuna dei disservizi lamentati, considerazione questa che giustificerebbe ulteriormente il rigetto della domanda.

3. La replica dell'utente.

Rispetto alle asserzioni di Wind, l'utente sostanzialmente ribadiva quanto già indicato nella memoria introduttiva precisando che:

- il reclamo era stato inviato il 17 giugno 2014 anche al numero di fax del Gestore dedicato alla assistenza clienti;
- detto reclamo era finalizzato non ad ottenere informazioni sul servizio che nel frattempo era già stato ripristinato ma al riconoscimento di un indennizzo. Pertanto la stessa riattivazione del servizio non poteva considerarsi, di per sé, soddisfacente delle pretese avanzate dall'utente;
- l'utente aveva richiesto un indennizzo proporzionato al nocumento patito nella vicenda in esame.

4. L'esito dell'udienza di definizione.

All'udienza di definizione del 27.09.2016, entrambe le parti si riportavano ai rispettivi scritti difensivi ed il Legale verbalizzante rimetteva gli atti al dirigente per la decisione.

5. 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.

5.1 Sulla interruzione del servizio.

Con la prima domanda il Sig. Canalella ha richiesto un indennizzo per l'interruzione del servizio subita per tutta la giornata del 13.06.2014.

La domanda può essere accolta per i motivi e nei limiti di seguito esposti.

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.

Nulla quaestio sulla effettiva verifica dell'evento in quanto il black out verificatosi, alla data del 13.06.2014, sui sistemi Wind su tutto il territorio nazionale costituisce ormai fatto notorio.

Priva di fondamento appare l'eccezione sollevata da Wind in ordine al difetto di prova da parte dell'utente che non avrebbe fornito alcun elemento in ordine all'effettivo disservizio subito nel caso de quo, ritenendo a tal fine insufficiente il mero richiamo della problematica verificatasi in quella data sui sistemi del gestore. A riguardo, 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.

Ciò premesso, nel caso di specie, il gestore si è limitato ad esporre le ragioni di diritto che impedirebbero il riconoscimento dell'indennizzo senza dimostrare, tuttavia, che nel caso dell'istante il servizio abbia funzionato correttamente alla data del 13.06.2014. Né del resto ha disconosciuto che sussistesse al momento del black out il rapporto contrattuale con il Sig. Canalella.

Sotto il profilo fattuale, non essendo emersi elementi che dimostrino il contrario, deve ritenersi verificato il disservizio lamentato dall'utente.

Occorre poi valutare le ragioni di diritto che secondo Wind impedirebbero, comunque, il riconoscimento dell'indennizzo.

Il Gestore ha citato in suo favore l'art. 2.2 della Carta dei Servizi che prevede la possibilità di riconoscere un indennizzo soltanto ove non si provveda a risolvere il disservizio entro 4 giorni non festivo. Pertanto, l'interruzione dedotta dall'utente, essendo durata soltanto 24 ore, non rappresenterebbe una fattispecie indennizzabile.

Occorre poi richiamare il citato accordo tra Associazioni dei Consumatori e Wind Telecomunicazioni siglato il 16 luglio 2014, nel quale è stato concordato un indennizzo per tutti i clienti che avessero subito il disservizio su rete Wind verificatosi venerdì 13 giugno 2014 corrispondente all'attivazione di determinate opzioni e promozioni. Tale accordo non può ritenersi vincolante, ai fini del riconoscimento dell'indennizzo richiesto nel caso di specie, non potendo, ovviamente, assumere una portata generalizzata e non potendo, dunque, invocarsi anche nei confronti di chi non vi abbia aderito.

Tuttavia, l'accordo dà atto dell'assunzione di responsabilità da parte di Wind in ordine al disservizio, del suo carattere di assoluta eccezionalità, anche quindi in deroga delle clausole contrattuali circa i tempi di riparazione dei malfunzionamenti genericamente intesi, nonché dell'impegno al ristoro del disagio occorso, nei confronti della clientela.

Orbene, pur essendo accertato che l'utente ha integrato una delle condizioni necessarie per l'indennizzo, cioè aver inviato un reclamo direttamente a Wind entro il 16.7.2015, tuttavia, pur avendo il gestore richiamato il predetto accordo, non ha fornito la prova di aver attivato in favore dell'istante nessuna delle opzioni e/o promozioni dallo stesso previste.

Per tali motivi, adita la tutela stragiudiziale, è parimenti fondata la richiesta di indennizzo per l'interruzione del servizio subita in data 13.06.2014, con conseguente riconoscimento ex art. 5 comma 1, Del. 73/2011 della somma di euro 5,00.

4.2 Sulla mancata risposta al reclamo

L'utente ha richiesto, altresì, un indennizzo per la mancata risposta al reclamo inoltrato in data 17.06.2014.

La domanda dell'istante risulta fondata e merita accoglimento nei limiti e per le ragioni di seguito esposte.

In via generale, secondo quanto disposto dall'art. 8 dell'All. A alla Del. n. 179/03/CSP "Gli organismi di telecomunicazione indicano nelle carte dei servizi il termine per la definizione dei reclami, termine che non può essere superiore a quarantacinque giorni dal ricevimento del reclamo stesso. L'organismo di telecomunicazioni comunica all'utente l'esito del reclamo". 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.

Quanto al contenuto che qualifica il reclamo in quanto tale, lo stesso deve riguardare *"malfunzionamenti o inefficienze del servizio, inosservanza delle clausole contrattuali o delle carte dei servizi nonché dei livelli di qualità in esse stabiliti (co.1)"*.

Orbene, nel caso di specie, trattandosi di un fatto che ha immediatamente assunto notorietà a causa della sua eccezionalità ed essendosi il disservizio risolto già il giorno successivo, può ritenersi, comunque, riequilibrato il posizionamento tra le parti dovendosi ritenere, grazie alla diffusione delle notizie attraverso i più comuni canali mediatici, che l'utente sia stato informato tempestivamente ed esaurientemente in merito a quanto accaduto ed ai suoi tempi di risoluzione.

Si rileva, tuttavia, come Wind non abbia fornito risposta alla richiesta di ottenere un *"risarcimento del danno da me subito e quantificato in 150 euro"*, fatta valere dall'utente con lo stesso reclamo inviato via fax in data 17.06.2014, rimasta inevasa fino al tentativo di conciliazione richiesto dall'utente per tale vicenda.

Orbene, alla luce della qualificazione regolamentare del reclamo testè citata, una richiesta di *"risarcimento danni"* rivolta al gestore è formalmente da questo irricevibile, in quanto non integra un oggetto ammissibile per tale rimedio contrattuale; la richiesta specifica, infatti, non concerne malfunzionamenti, inefficienze del servizio e mancato rispetto di livelli di qualità o standards specifici e non costituisce neppure contestazione su presunta inosservanza di clausole speciali o della carta servizi ex comma 1 cit. art.8, in quanto la misura richiesta esula dal quadro compensativo contrattualmente predisposto; è pur vero, d'altro canto, che anche a fronte di una richiesta inammissibile, il gestore avrebbe potuto comunque, per principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, indicare in risposta l'ipotesi di indennizzo contrattuale (anche automatico) applicabile al caso, quale misura soddisfattiva del disservizio lamentato e, nel caso specifico, indicare – e corrispondere- le misure compensative concordate con le associazioni di consumatori e con l'Autorità Garante nell'ambito della procedura concertata per la gestione del fenomeno.

In sintesi, l'attuazione di quanto concordato avrebbe certamente consentito una corretta gestione della richiesta, per fatti concludenti.

Alla luce degli elementi richiamati, sorge quindi la necessità - anche in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito dalla Delibera 179/03/CSP - di prendere in considerazione la fattispecie nel suo complesso e le ripercussioni che in concreto possono essere derivate dall'inadempimento, dovendosi impedire che da tale inadempimento possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate, per entrambe le parti: circostanza che si verificherebbe ove si applicassero gli

indennizzi previsti dalla Delibera n. 73/11/CONS in maniera acritica e svincolata dalle risultanze del caso concreto.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo si ritiene pertanto opportuno ricorrere al principio di equità richiamato dall'art.84 del D.Lg.vo n.259/03 ("*Codice delle Comunicazioni Elettroniche*") cui deve ispirarsi la risoluzione delle controversie nella presente materia, nonché al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto confermato anche dall'art.1227 c.c., così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia "in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico " (Cass, n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09).

A fronte del silenzio del gestore sul punto infatti, ulteriori fattori hanno inciso sul simmetrico obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni :

- la richiesta è stata inoltrata, come già argomentato, a disservizio risolto ed il disagio ravvisabile risulta pertanto correlato unicamente alla pendenza di una richiesta risarcitoria;
- storicamente, essendo notorio il fatto accaduto, a circa 30 giorni dalla proposizione del reclamo, è intervenuto l'accordo sulle misure soddisfattive che Wind avrebbe riconosciuto a tutta la clientela che aveva fatto reclamo (anche non tramite associazioni di consumatori), accordo che è stato ampiamente pubblicizzato nelle forme e con le modalità consone ai soggetti interlocutori del tavolo, ivi compresa l'Autorità; per cui può presumersi soddisfatto l'onere informativo correlato ad ogni altra eventuale pretesa economica in relazione al fatto;
- l'utente ha inviato la comunicazione ad un numero non dedicato alla gestione dei reclami, circostanza senza dubbio incidente sui tempi di risposta;
- l'utente ha proposto istanza per il tentativo di conciliazione, a circa un anno di distanza dal fatto, condotta rilevante anche ai sensi dell'art.1227 c.c.

In considerazione di tutti gli elementi richiamati, non appare opportuna la liquidazione dell'indennizzo mediante mera matematica applicazione del parametro indennizzatorio giornaliero recato dall'art.11 Delibera Indennizzi, ritenendosi equa la sua riduzione proporzionale in applicazione dell'art.1227 c.c. , nella proporzione del 50% di quanto risultante , per un totale di Euro 146,00.

5. 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) considerate le difese svolte ed il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti, nonché la congruità dell'offerta conciliativa del gestore.

Per tutto quanto sopra esposto,

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 l'istanza del Signor G. Canalella 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) quale rimborso delle spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- € 5,00= (cinque/00=) a titolo di indennizzo per interruzione del servizio;

- € 146,00= (cento quarantasei/00) a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo;

3. 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.

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

Roma, li 31/10/2016

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto