

DELIBERA DL/148/15/CRL/UD del 11 settembre 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx ALVAREZ DE CASTRO/WIND xxx

(LAZIO/D/985/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 11 settembre 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. xxx Alvarez De Castro presentata in data 5 dicembre 2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore Wind il totale disservizio delle linee voce e adsl, la mancata risposta ai reclami e l’indebita fatturazione. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, ha dichiarato quanto segue:

- a) Dal 10 maggio 2013, si era verificato il totale disservizio delle linee voce e adsl;
- b) I reclami telefonici e scritti erano rimasti senza riscontro e senza esito.

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

- i. Indennizzo per sospensione del servizio voce e adsl in assenza dei presupposti
- ii. Indennizzo per completa interruzione dei servizi per motivi tecnici
- iii. Indennizzo per mancata risposta ai reclami
- iv. Risarcimento dei danni

- v. Rimborso delle fatture pagate in assenza di servizio

Motivazione della decisione

In via preliminare, anche se non reiterata nella memoria illustrativa, viene rigettata la domanda di risarcimento danni avanzata nell'istanza di definizione, perché inammissibile.

Ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, infatti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali rimborsi o 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.

Viene stralciata la memoria difensiva di Wind, perché priva della sottoscrizione del difensore.

Alla luce di quanto sopra e di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte, per le ragioni di seguito precisate.

Sulla sospensione e interruzione dei servizi

L'istante lamenta il totale disservizio della linea voce e adsl dal 10 maggio 2013, chiedendo la liquidazione dell'indennizzo per sospensione in assenza di presupposti e dell'indennizzo per interruzione dei servizi per motivi tecnici.

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 dedotta, vale quanto stabilito ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), ossia che gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Orbene, nel caso di specie, in assenza di attività difensiva da parte dell'operatore, deve ritenersi che il disservizio sia ad esso imputabile, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo.

Ciò premesso tuttavia, nella presente fattispecie, occorre anche valutare la condotta tenuta dall'utente, rilevante in conformità del canone di diligenza di cui all'art. 1227, in forza del quale il creditore è gravato non solo da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno) ma anche da un obbligo positivo (tenere condotte utili e possibili rivolte ad evitare o ridurre il danno), come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011 n. 3, richiamata da Consiglio di Stato sentenza 31 ottobre 2012 n. 5556). Il tutto al fine di evitare un ingiustificato arricchimento da situazioni che hanno colpito in modo marginale gli interessi del creditore, tanto da non averlo indotto ad attivarsi a sua tutela in modo adeguato.

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 necessario 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, 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).

Ciò in considerazione di alcuni fatti salienti e caratterizzanti il rapporto contrattuale intercorso tra le parti in funzione del simmetrico obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni, per i quali si ritiene che il comportamento dell'utente non sia stato improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede.

E precisamente:

- 1) Innanzitutto, l'utente ha rappresentato la fattispecie in maniera generica ed indeterminata. Deve infatti ragionevolmente ritenersi, visti i numerosi reclami telefonici al servizio clienti puntualmente indicati, che, almeno in una di queste occasioni di dialogo con l'operatore, lo stesso abbia appreso quali fossero le presunte ragioni del disservizio, se di natura amministrativa o di natura tecnica. Tuttavia nessuna precisazione ha fornito al riguardo nel corso del procedimento e ha avanzato la domanda di indennizzo dapprima sia per la sospensione in assenza di presupposti sia per la interruzione per motivi tecnici, poi per la illegittima sospensione. Fattispecie di inadempimento che l'utente avrebbe dovuto indicare ab initio, trattandosi di disservizi differenti, sia per le cause che per le conseguenze ed essendo comunque indennizzabili solo in via alternativa tra loro;

- 2) L'utente aveva a disposizione gli strumenti idonei a limitare il pregiudizio conseguente alla mancanza dei servizi. Ove avesse avuto interesse all'utilizzo dell'utenza con Wind, avrebbe potuto avviare tempestivamente la procedura di conciliazione e la procedura d'urgenza per la riattivazione dei servizi nell'immediatezza del fatto, che avrebbe potuto portare all'adozione di un provvedimento temporaneo entro soli 10 giorni dalla istanza; oppure, avrebbe potuto recedere dal contratto e fruire del servizio rivolgendosi ad operatori alternativi, salvo sempre il diritto di agire nei confronti di Wind per il disservizio;
- 3) L'utente ha reclamato per iscritto il disservizio solo dopo due mesi, ed una volta sola, nonostante l'infruttuosità degli asseriti reclami telefonici;
- 4) L'utente ha depositato l'istanza di conciliazione un anno e tre mesi dopo il disservizio, senza chiedere la riattivazione, nè alcun provvedimento temporaneo urgente;
- 5) L'utente non ha prodotto le copie delle fatture, dalle quali si sarebbe potuto evincere lo stato dei pagamenti e/o la assoluta mancanza di traffico;
- 6) L'utenza non aveva utilizzo professionale.

Per tutti i motivi sopra esposti, da cui si evince ragionevolmente anche la non indispensabilità dei servizi, per quanto dedotto in merito all'adeguatezza e alla proporzionalità dell'indennizzo ed in applicazione dell'art. 1227 codice civile, si ritiene equo, nella fattispecie, stimare in Euro 150,00 l'indennizzo da porre a carico del gestore, pari a 10 giorni di indennizzo per mancanza dei servizi voce e adsl.

Sul rimborso delle fatture

L'istante chiede il rimborso delle fatture pagate in assenza del servizio, pari ad Euro 340,00.

La domanda viene rigettata, non risultando prodotte le copie delle fatture, né essendo stata fornita la prova dell'avvenuto pagamento.

Sulla risposta ai reclami

L'istante lamenta la mancata risposta ai numerosi reclami telefonici, dettagliatamente indicati, ed al reclamo scritto del 5/12 luglio 2013, ricevuto da Wind il 15 luglio 2013, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

Sul punto, nulla è stato dedotto dall'operatore.

La domanda è fondata.

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 11.1 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato che il reclamo scritto è stato ricevuto da Wind il 15 luglio 2013, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni) e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (19 novembre 2014), viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta ai reclami 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 50,00 (cinquanta/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 parzialmente l'istanza del sig. xxx Alvarez De Castro nei confronti della società Wind Telecomunicazioni xxx.
2. La società Wind Telecomunicazioni xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, è oltre alla somma di Euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura:
 - a) l'importo di Euro 150,00 (centocinquanta/00) a titolo di indennizzo per la mancanza dei servizi, determinato in base ai principi di equità e di buona fede nell'esecuzione del contratto, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 - b) l'importo di Euro 300,00 (trecento/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 11.1 allegato A alla delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
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 decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.
5. E' 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 delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 11 settembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto