

DETERMINA 21 Fascicolo n. GU14/637507/2023

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX / Wind Tre S.p.A. (Very Mobile)

IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA

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”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 194/23/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS

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”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 “Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni”, in particolare l’art. 30, e il “Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni” (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: “*Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione*”;

VISTO il vigente Accordo Quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1° gennaio 2023;

VISTA la “Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni al Comitati Regionali per le comunicazioni tra L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato

Regionale per le Comunicazioni Toscana” sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del Settore “*Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione*”, con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 12/10/2023 acquisita con protocollo n. 0260046 del 12/10/2023;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

1. La posizione dell’istante.

Parte istante, titolare di un contratto privato identificato con n. 154960258xxxx contesta all’operatore Wind Tre S.p.A. (Very Mobile) di seguito, per brevità, Wind Tre, la mancata attivazione di una linea telefonica fissa secondo le condizioni economiche pattuite, l’addebito del costo di un modem non richiesto e mai utilizzato, nonché la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l’istante ha dichiarato:

- di avere sottoscritto con Wind Tre *“in data 22.01.2022 (...) il contratto [n. 154960258xxxx] (...) per l’attivazione di nuova utenza telefonica di rete fissa presso la propria abitazione di residenza, con “Offerta Internet 200” (...) con numero voce e connessione internet”*;
- di essere venuta a conoscenza *“a seguito di sopralluogo del tecnico inviato dall’Operatore per installare la linea, (...) che la cabina era satura e non vi era la possibilità di attivare alcuna linea telefonica, nonostante la pattuizione intercorsa con Wind ed il contratto formalizzato”*;
- di avere *“preso contatto con il servizio clienti Wind per concordare la restituzione [del modem, consegnato da Wind Tre ma non richiesto dall’istante] (...) [e di non essere poi stata] (...) mai ricontattata [dall’operatore] per tentare un (...) ritiro, come promesso”*;
- di disporre, inoltre, *“già di un modem compatibile con la tecnologia prevista per la nuova attivazione [telefonica] e [che] pertanto [l’acquisto di un ulteriore] (...) modem a pagamento risulta imposto da Wind”*;
- che *“in data 12.07.[2023] (...) si è vista addebitare sul conto corrente l’importo di euro 289,52 [con la fattura n. F231664xxxx del 12 giugno 2023] relativo al modem (erroneamente inviato da Wind all’utente ma mai utilizzato in quanto il servizio [telefonico non è stato] mai attivato”*;
- di avere inviato via Pec all’operatore, in data 2 agosto 2023 tramite legale di fiducia, un reclamo, non riscontrato da Wind Tre.

In base a tali premesse l’istante ha chiesto:

- i) un *“indennizzo per inadempimento contrattuale [consistente nella] mancata attivazione della linea [telefonica, richiesta in data] (...) 22.01.[20]22 (...) fino alla risoluzione del problema”*;

- ii) il “rimborso di euro 289,52 relativi all’addebito del Modem”;
- iii) una “comunicazione da parte di Wind della modalità attraverso cui effettuare la restituzione del modem gratuitamente (...) o in alternativa [la] rinuncia di Wind alla restituzione degli apparati”;
- iv) un “indennizzo per mancata gestione del reclamo” del 2 agosto 2023.

In data 2 ottobre 2023 la parte istante esperiva nei confronti dell’operatore Wind Tre tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

2. La posizione dell’operatore.

L’operatore Wind Tre, nell’ambito del contraddittorio, ha depositato in data 27 novembre 2023, nei termini stabiliti dal vigente regolamento la propria memoria difensiva, con allegata documentazione, nella quale ha contestato tutto quanto *ex adverso* dedotto come di seguito esposto.

“In rito”, preliminarmente, l’operatore ha eccepito l’“inammissibilità e/o improcedibilità della presente istanza di definizione (...) limitatamente alla quantificazione indennizzi di euro 1.000,00 (...) [in quanto] (...) [avrebbe] (...) la connotazione di una richiesta di risarcimento del danno o dei disagi, che non è demandabile, per espressa previsione normativa (...), all’Autorità adita (...) [aggiungendo inoltre che] resta [comunque] salva la possibilità per le parti di far valere in sede giurisdizionale il maggior danno”.

Nella propria memoria difensiva, Wind Tre ha quindi affermando che *“le odierne contestazioni [dell’istante] si riferiscono alla numerazione n. 050520xxxx che non è mai stata configurata ed attestata su rete Wind Tre, (...) specific[ando, quindi] che non è stato possibile attivare il servizio presso la sede dell’istante per KO confermato da Tim, come evidenziato nel seguente print-screen del sistema OLQ (On Line Queries)”, per cui di conseguenza “alcuna responsabilità può essere ascritta a Wind Tre, che si è adoperata ad effettuare tutte le azioni necessarie e idonee per l’espletamento della richiesta di attivazione LNA”.*

Nel merito, con riguardo all’oggetto della controversia, l’operatore ha dedotto che parte istante *“in data 22/01/202[2] (...) sottoscri[veva] la proposta di contratto n. 154960258xxxx per l’attivazione di una nuova linea telefonica con accesso in fibra FTTC VULA e piano tariffario Internet 200, abbinata all’acquisto del modem fibra in vendita rateale al costo mensile di euro 5,99 per 48 mesi. (All. 1 Proposta di contratto)”.*

Sul punto l’operatore ha proseguito affermando che *“in data 25/01/202[2] veniva consegnato [all’utente]il modem fibra come evidenziato dal (...) print-screen del sistema gestionale CRM (Customer Relationship Management)”.*

Nella propria memoria difensiva, Wind Tre ha dedotto di avere, quindi, *“avvisa[to], tramite i propri tecnici intervenuti presso la sede della cliente, la signora XXX del KO ricevuto, come confermato dalla stessa parte istante nel formulario Gu14.*

Successivamente *“in data 24/11/2022 la convenuta [Wind Tre] riceveva un KO tecnico di attivazione sul contratto con la motivazione: “Rifiutato da Telecom Italia”, come evidenziato nel print-screen della schermata OLQ (...) riportata [in memoria]”.*

In tal modo, sono stati *“assolt[i da Wind Tre] gli oneri informativi di competenza [essendosi] adopera[to], (...) come confermato dalla stessa parte istante nel Formulario (cfr.), anche prima della scadenza del termine massimo di 90 giorni previsti per l’attivazione del servizio, a comunicare alla parte istante che il contratto non era attivabile e fornendole poi tutti i dettagli del caso, attraverso i propri tecnici inviati presso la sede della cliente”.*

L’operatore, a sostegno di quanto dichiarato, ha poi riportato la *“delibera del Corecom Molise Delibera 49/2023 [con riferimento alla parte in cui stabilisce che] l’impossibilità sopravvenuta della*

prestazione esime il debitore da responsabilità quando è oggettiva, quindi non dipendente dal comportamento del debitore (Wind Tre) ed assoluta ossia che non consente in alcun modo di adempiere". A detta Wind Tre "l'esame di quanto prospettato in atti dall'operatore evidenzia che lo stesso si è prontamente e correttamente attivato per la soluzione del problema interloquendo con TIM Wholesale, proprietaria della rete [...]".

Quindi, Wind Tre ha dedotto che *"destituite di fondamento appaiono quindi le contestazioni mosse da parte istante circa la mancata attivazione della linea e il relativo indennizzo. La convenuta ribadisce che la mancata attivazione del servizio in Fibra FTTC è dipesa da cause non imputabili al gestore telefonico (ex art. 1218 c.c.), ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dalle Condizioni Generali di Contratto e dalla Carta dei Servizi (...) [riportando, in memoria] quanto stabilito a tal proposito, dall'art. 2. [recante] conclusione del contratto e modalità di erogazione dei servizi delle Condizioni Generali di Contratto che sancisce: "2.1 Il Cliente richiede a WINDTRE i Servizi mediante la compilazione dell'allegato modulo datato e sottoscritto, che varrà come Proposta. La Proposta si considera irrevocabile secondo l'art. 1329 cod. civ., per il periodo di 90 (novanta) giorni dal momento della ricezione della stessa da parte di WINDTRE. WINDTRE si riserva il diritto di rifiutare la Proposta e pertanto di non concludere il Contratto e di non dare seguito all'attivazione ed erogazione dei Servizi in presenza delle circostanze di seguito indicate: [...] per motivi tecnici o amministrativi che rendono impossibile l'attivazione dei Servizi [...]" (All. 3 Condizioni Generali di Contratto).*

Wind Tre ha *"inoltre, [richiamato] l'art. 8 Attivazione del Servizio della Carta dei Servizi [il quale] prevede che "[...] WINDTRE e WINDTRE BUSINESS, per il servizio di telefonia fissa, si impegnano a valutare la richiesta di attivazione da parte dei Clienti entro il termine di 90 giorni decorrente dal momento della ricezione della Proposta; qualora il Servizio non sia attivato entro tale termine, la Proposta dovrà essere considerata non accettata. Sarà cura di WINDTRE e WINDTRE BUSINESS concordare con i Clienti, eventualmente, una nuova data di attivazione che sia la più ravvicinata possibile [...]" (All. 4 Carta dei Servizi)"*.

Sul punto l'operatore ha poi precisato che *"l'istante nel momento in cui ha accettato le proposte di contratto Wind Tre per l'attivazione dell'utenza de quo, ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 Cod. Civ., di approvare specificamente le clausole delle "Condizioni generali di contratto" e tutti gli Allegati"*.

A sostegno di tale posizione, il gestore telefonico, ha richiamato *"la Determina di rigetto GU14/267762/2020 del Corecom Campania (...) la Determina n. GU14/222221/2019 (...) [e] la Delibera 276/13/CONS (...) nella quale l'Autorità ha espressamente precisato che, per la liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento, tra le altre cose, al concorso del fatto colposo del creditore, [e secondo cui] se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto."*

In relazione al lamentato addebito del costo del modem, il gestore telefonico ha precisato che *"in data 25/11/2022, in seguito al KO definitivo, Wind Tre inviava un SMS al numero 347258xxxx con il quale la signora XXX veniva invitata a contattare il corriere per la restituzione gratuita del modem". Successivamente "in data 03/02/2023, a fronte della mancata restituzione del modem, veniva inviato un nuovo SMS sulla SIM n. 347258xxxx, nel quale veniva ribadita la procedura per la restituzione gratuita del modem". Infine "in data 12/06/2023, solo in seguito alla mancata restituzione dell'apparato, veniva emessa la fattura n. F231664xxxx (All. 2 Fattura n. F231664xxxx)" dell'importo complessivo di euro 289,52.*

Con riferimento alla richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo, l'operatore ha poi evidenziato, in memoria che *"unicamente in data 02/08/2023, perveniva una PEC dal legale dell'istante, priva sia della copia del documento di identità sia della procura del suo assistito, nella quale venivano contestati gli addebiti dell'apparato e veniva richiesto l'indennizzo per*

inadempimento contrattuale [e che] in data 10/08/2023, la scrivente convenuta inviava una PEC, in risposta alla precedente, nella quale richiedeva al legale dell'istante che la richiesta venisse integrata con i documenti mancanti”.

La società Wind Tre, precisando che *“la situazione contabile della signora XXX, risulta regolare”*, ha concluso affermando che, secondo la propria posizione, non vi è *“alcun margine per l'accoglimento di nessuna delle domande avanzate dalla controparte”*.

3. Motivazione della decisione.

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

In via preliminare, si evidenzia come non possa essere accolta l'eccezione dell'operatore Wind Tre circa l'*“inammissibilità e/o improcedibilità della presente istanza di definizione (...) limitatamente alla quantificazione indennizzi di euro 1.000,00 (...) [in quanto] (...) [avrebbe] (...) la connotazione di una richiesta di risarcimento del danno o dei disagi, che non è demandabile, per espressa previsione normativa (...), all'Autorità adita (...)”* in quanto, esclusa ogni richiesta di risarcimento danni, attesa l'incompetenza di questo Corecom ai sensi dall'articolo 20, comma 4, del vigente Regolamento, si rappresenta che la richiesta di indennizzo dell'utente quantificata in euro 1.000, in un'ottica di *favor utentis* ed, in applicazione di un criterio di ragionevolezza ed efficienza dell'azione, sarà ricondotta all'oggetto della presente disamina ed interpretata, come richiesta di accertamento di un eventuale comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, ove ne venissero accertati i presupposti nella misura prevista dalla Delibera n. 347/18/CONS, avente funzione compensativa del disagio subito dall'utente.

Con riferimento alla domanda *sub iii)* dell'istante volta a ricevere una *“comunicazione da parte di Wind della modalità attraverso cui effettuare la restituzione del modem gratuitamente (...) o in alternativa [la] rinuncia di Wind alla restituzione degli apparati”*, occorre in primo luogo premettere che, ai sensi dell'art. 20, comma 4, del Regolamento, l'oggetto della pronuncia dell'Organo Collegiale è limitato all'erogazione di rimborsi di somme risultate non dovute nonché alla corresponsione di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Pertanto, esula dalla competenza dell'organo adito una pronuncia in merito alle istruzioni per la restituzione dei modem, trattandosi di attività rimessa alla disponibilità negoziale delle parti (*Cfr. Delibera Agcom n. 169/19/CIR*). Tuttavia, tale doglianza in un'ottica di *favor utentis*, verrà presa in esame secondo il suo significato più logico e pertinente rispetto alla questione da esaminare e, sempre in applicazione di un criterio di ragionevolezza ed efficienza dell'azione, può intendersi assorbita dalle fattispecie di cui al punto *sub ii)* e *sub iv)* relative, rispettivamente all'addebito, ritenuto non dovuto del costo di un modem non richiesto e mai utilizzato ed alla mancata risposta ai reclami, quale mancanza di ascolto e di dialogo nei confronti dell'utente.

In quest'ottica, giova precisare che, all'esito delle risultanze istruttorie, la presente disamina s'incentra, quindi, sulla lamentata mancata attivazione di una linea telefonica fissa secondo le condizioni economiche pattuite con l'operatore, sull'illegittimo addebito del costo di un modem non richiesto e mai utilizzato, nonché sulla mancata risposta ai reclami.

Nel merito

Sulla mancata attivazione di una linea telefonica fissa

Parte istante ha lamentato la mancata attivazione del servizio di telefonia fissa, laddove l'operatore ha dedotto in memoria la correttezza del proprio operato in quanto *“non è stato possibile attivare il servizio (...) per KO confermato da Tim”*.

La domanda *sub i)* non è meritevole di accoglimento per le ragioni di seguito esposte.

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, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. II 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.

Gli operatori di comunicazione elettronica devono inoltre fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, anche sotto il profilo temporale, con la conseguenza che qualora l'utente lamenti l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento l'operatore, per escludere la propria responsabilità, deve dimostrare che le circostanze oggetto di doglianza sono dovute a circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero a problematiche tecniche non causate da colpa del medesimo, fornendo altresì la prova di avere informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione.

In base a tali principi, provata la fonte negoziale del diritto dell'utente, spetta all'operatore provare di aver posto in essere tutte le attività necessarie per dare seguito alla richiesta di attivazione del servizio e provare di avere rispettato i propri oneri informativi circa i tempi della realizzazione dell'intervento o gli eventuali impedimenti.

Inoltre, con riferimento all'attivazione di una nuova linea telefonica fissa, è altresì opportuno richiamare le *"Condizioni Generali di Contratto"* del gestore telefonico, allegate in memoria, le quali prevedono in particolare all'art 2, punto 2.1 che *" (...) WINDTRE si riserva il diritto di rifiutare la Proposta e pertanto di non concludere il Contratto e di non dare seguito all'attivazione ed erogazione dei Servizi (...) per motivi tecnici o amministrativi che rendono impossibile l'attivazione dei Servizi (...) "* nonchè la *"Carta dei servizi"* del gestore, anch'essa allegata in istanza, la quale all'art. 8 prevede che *" (...) WINDTRE e WINDTRE BUSINESS, per il servizio di telefonia fissa, si impegnano a valutare la richiesta di attivazione da parte dei Clienti entro il termine di 90 giorni decorrente dal momento della ricezione della Proposta; qualora il Servizio non sia attivato entro tale termine, la Proposta dovrà essere considerata non accettata (...) "*.

Nel caso di specie la società Wind Tre, a fronte della dichiarazione dell'istante di avere sottoscritto *"in data 22.01.2022 (...) il contratto [n. 154960258xxxx] (...) per l'attivazione di nuova utenza telefonica di rete fissa presso la propria abitazione di residenza, con "Offerta Internet 200" (...) con numero voce e connessione internet"*, ha dedotto che *"non è stato possibile attivare il servizio presso la sede dell'istante per KO confermato da Tim"*, per cui di conseguenza *"alcuna responsabilità può essere ascritta a Wind Tre, che si è adoperata ad effettuare tutte le azioni necessarie e idonee per l'espletamento della richiesta di attivazione LNA"*.

Sul punto, l'operatore ha precisato in memoria di avere provveduto *"ad avvisare, tramite i propri tecnici intervenuti presso la sede della cliente, la signora Nencioni"* in ordine all'infattibilità tecnica dell'attivazione, come, peraltro, confermato dallo stesso utente il quale ha dichiarato che *"a seguito di sopralluogo del tecnico inviato dall'Operatore per installare la linea, (...) veniva a sapere (...) che la cabina era satura e [che, pertanto] non vi era la possibilità di attivare alcuna linea telefonica (...) "*.

A sostegno di quanto dichiarato, il gestore telefonico ha prodotto in memoria un “*print-screen del sistema OLQ (On Line Queries)*” nel quale veniva evidenziato che “*in data 24/11/2022 (...) [Wind Tre] riceveva un KO tecnico di attivazione sul contratto con la motivazione: Rifiutato da Telecom Italia*”.

L’istante, pur non precisando agli atti la data dell’intervento finalizzato all’attivazione della linea telefonica, presso la propria abitazione, da parte del tecnico incaricato da Wind Tre, ha lasciato incontestato, come invece avrebbe potuto fare in sede di replica, quanto affermato in memoria dall’operatore, il quale ha dedotto di avere assolto “*gli oneri informativi di competenza (...) prima della scadenza del termine massimo di 90 giorni previsti per l’attivazione del servizio, (...) comunica[ndo] alla parte istante che il contratto non era attivabile e fornendole poi tutti i dettagli del caso, attraverso i propri tecnici inviati presso la sede della cliente*”.

Nello specifico, pertanto, la società Wind Tre ad esonero della propria responsabilità ha dimostrato di avere informato l’istante medesimo, mediante l’intervento di un tecnico da esso inviato all’indirizzo del cliente, in ordine alle criticità tecniche/fattuali riscontrate nel corso della procedura di attivazione dei servizi, in ossequio ai criteri uniformi di trasparenza e chiarezza, di cui all’articolo 4, comma 2, dell’allegato A), alla delibera n. 179/03/CSP, come ammesso dallo stesso istante.

Inoltre, da ultimo, deve essere considerato come, rispetto alla doglianza relativa alla mancata attivazione della linea telefonica richiesta in data 22 gennaio 2022, l’istante abbia omesso di attivarsi, in tempi celeri, nei confronti dell’operatore, attendendo oltre un anno, per “*contestare l’inadempimento contrattuale*”, attraverso un reclamo inviato a Wind Tre per PEC soltanto in data 2 agosto 2023, allegato agli atti e corredato di ricevuta di avvenuta consegna.

Pertanto la domanda *sub i)* di parte istante non può trovare, in tale sede, accoglimento.

Sull’illegittimo addebito del costo di un modem non richiesto

Parte istante ha lamentato l’addebito del costo di euro 289,52 per un modem consegnato da Wind Tre ma non richiesto e mai utilizzato dall’utente, laddove l’operatore ha di contro dedotto la legittimità di quanto addebitato in quanto l’emissione della fattura n. F231664xxxx del 12 giugno 2023 recante tale importo è stata correttamente emessa “*in seguito alla mancata restituzione dell’apparato*”, da parte del cliente.

La domanda *sub ii)* può essere parzialmente accolta per le motivazioni di seguito esposte.

Preliminarmente deve evidenziarsi che il caso in esame verte sostanzialmente su una mancanza di trasparenza e informativa precontrattuale da parte dell’operatore, a causa della quale l’istante è incorso nell’addebito, sul proprio conto corrente, dell’importo di euro 289,52 per un apparecchio modem non richiesto.

In via generale, con riferimento alla contestazione dell’istante, giova richiamare l’orientamento consolidato secondo cui, in base ai principi sull’onere della prova in materia di adempimento delle obbligazioni di cui alla 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, 3 luglio 2009, n.15677 e da ultimo Cass., sez. II, 20 gennaio 2010 n. 936), “*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 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi*”.

Inoltre viene in rilievo l'articolo 2, comma 2, lettera c) del decreto legislativo n. 206/2005, c.d. Codice del Consumo e successive modificazioni, il quale annovera tra i diritti fondamentali del consumatore quello *“ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità”* nei rapporti di consumo.

Relativamente alla contestata fatturazione, si rammenta altresì (*ex pluribus*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006), che l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali. Tanto premesso, sussiste in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313), altrimenti l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al loro rimborso (*ex multis*, Delibera Agcom n. 82/17/CIR).

Ancora, con riferimento all'ambito delle telecomunicazioni, la Delibera Agcom n. 417/01/CONS, allegato A), detta le linee guida relative alle comunicazioni al pubblico delle condizioni di offerta dei servizi di telecomunicazioni che gli operatori devono rispettare. In particolare, dalla citata delibera si evince che le informazioni rivolte al pubblico devono essere ispirate al necessario principio di trasparenza e garantire la comprensibilità dell'informazione, della comunicazione pubblicitaria e facilitare i processi di comparabilità dei prezzi. Inoltre, la Delibera Agcom n.179/03/CSP, Allegato A), all'articolo 4 evidenzia che: *“gli utenti hanno diritto ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi (...) la diffusione di qualsiasi informazione, in particolare di quelle relative alle condizioni tecniche ed economiche dei servizi (...) avviene secondo criteri uniformi di trasparenza, chiarezza e tempestività, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà, valutati alla stregua delle esigenze delle categorie di consumatori più deboli”*. Ne consegue, che gli utenti hanno diritto ad essere informati in modo chiaro, esatto e completo, perché solo in questo modo viene realmente tutelato il diritto di scelta dell'utente finale e la conseguente possibilità di orientamento consapevole verso una diversa offerta commerciale.

Nel caso di specie, la parte istante, ha dedotto di avere sottoscritto *“in data 22.01.2022 (...) il contratto [n. 154960258xxxx] (...) per l'attivazione di nuova utenza telefonica di rete fissa presso la propria abitazione di residenza, con “Offerta Internet 200” (...) con numero voce e connessione internet”* e di avere inoltre ricevuto un modem *“erroneamente inviato da Wind”*, in quanto l'istante disponeva *“già di un modem compatibile con la tecnologia prevista per la nuova attivazione”*.

L'utente, dopo essere venuto a conoscenza tramite il *“tecnico inviato dall'Operatore per installare la linea”* che *“non vi era la possibilità di attivare alcuna linea telefonica, nonostante la pattuizione intercorsa con Wind ed il contratto formalizzato”*, aveva *“preso contatto con il servizio clienti Wind per concordare la restituzione [del modem erroneamente inviato dall'operatore], (...) [ma non è stato] (...) mai ricontattata [dall'operatore] per tentare un (...) ritiro, come promesso”*.

Successivamente, l'istante, *“in data 12.07.[2023] (...) si è vista addebitare sul [proprio] conto corrente l'importo di euro 289,52 [per il pagamento di la fattura n. F231664xxxx del 12 giugno 2023] relativo al modem (erroneamente inviato da Wind all'utente ma mai utilizzato in quanto il servizio [telefonico non è stato] mai attivato”*.

Con il reclamo del 2 agosto 2023, inviato mediante Pec al recapito windtrespa@pec.windtre.it, tramite un legale di fiducia, parte istante provvedeva, quindi, a contestare l'addebito nel proprio conto corrente di euro 289,52, indicato nella fattura n. F231664xxxx del 12 giugno 2023, relativo ad un modem ricevuto, ma non richiesto e mai utilizzato dall'istante in quanto, funzionalmente, a servizio di una linea telefonica che non era mai stata attivata dal gestore telefonico e richiedendone pertanto il rimborso. In tale reclamo il cliente ribadiva, inoltre, a Wind Tre la propria disponibilità *“alla restituzione degli apparati Wind rimasti inutilizzati, previa comunicazione da parte dell'operatore*

delle modalità attraverso cui effettuare la restituzione” anche perché “già [in possesso] di un modem compatibile”.

Dal canto suo, il gestore telefonico ha dedotto che l’utente “in data 22/01/202[2] (...) sottoscri[veva] la proposta di contratto n. 154960258xxxx per l’attivazione di una nuova linea telefonica con accesso in fibra FTTC VULA e piano tariffario Internet 200, abbinata all’acquisto del modem fibra in vendita rateale al costo mensile di euro 5,99 per 48 mesi. (All. 1 Proposta di contratto)” e che “in data 25/01/202[2] veniva consegnato [all’utente]il modem fibra come evidenziato dal (...) print-screen del sistema gestionale CRM (Customer Relationship Management)”.

In relazione al lamentato addebito del costo del modem, l’operatore ha poi precisato che “in seguito al KO definitivo, Wind Tre inviava un SMS al numero 347258xxxx con il quale la signora XXX veniva invitata a contattare il corriere per la restituzione gratuita del modem”. Successivamente “in data 03/02/2023, a fronte della mancata restituzione del modem, veniva inviato un nuovo SMS sulla SIM n. 347258xxxx, nel quale veniva ribadita la procedura per la restituzione gratuita del modem”. Infine “in data 12/06/2023, solo in seguito alla mancata restituzione dell’apparato, veniva emessa la fattura n. F231664xxxx (All. 2 Fattura n. F231664xxxx)”, dell’importo complessivo di euro 289,52.

Alla luce della contestazione dell’istante che ha dedotto di non essere stato “mai ricontattata [dall’operatore] per tentare un (...) ritiro [del modem], come promesso”, si evidenzia che le schermate di produzione unilaterale, quali gli “screenshot” depositati in atti dall’operatore a sostegno della propria posizione, non possono però essere ritenuti documentazione idonea a provare il ricevimento da parte dell’utente degli SMS, asseritamente inviati da Wind Tre.

Inoltre, con riferimento alla copia della “proposta di contratto” datata 22 gennaio 2022 e allegata in memoria dal gestore telefonico a dimostrazione che il contratto n. 154960258xxxx avente ad oggetto la richiesta di attivazione di una nuova linea telefonica, comprendeva in abbinamento anche “l’acquisto del modem fibra in vendita rateale al costo mensile di euro 5,99 per 48 mesi” si rileva come la stessa, tra l’altro composta di solo una pagina, risulti comunque “*ictu oculi*” incompleta in quanto priva dell’indicazione del “piano tariffario” applicato nonché della sottoscrizione dell’utente e, con riferimento alla fornitura di un modem, recava esclusivamente la dizione “Modem spedito all’indirizzo sotto riportato” senza alcuna specificazione in relazione alla circostanza se il router venisse fornito all’utente in comodato d’uso oppure in vendita, la tipologia del modem oggetto dell’offerta e da ultimo, il costo complessivo dello stesso.

È da notare, altresì, come il gestore telefonico, nei propri scritti difensivi, non abbia prodotto elementi probatori attestanti la regolare e corretta gestione del cliente in pendenza del reclamo del 2 agosto 2023, nell’ambito del quale l’istante ribadiva a Wind Tre la propria disponibilità “alla restituzione degli apparati”.

In mancanza di evidenza documentale dell’avvenuta comunicazione da parte dell’operatore delle condizioni economiche applicate per la fornitura del modem e della loro accettazione da parte dell’utente, i fatti dedotti dall’istante devono quindi ritenersi non fondatamente contestati da Wind Tre, sulla quale, in ragione della natura contrattuale del rapporto di fornitura, incombe l’onere probatorio della circostanza di aver computato i costi di cui alla propria fatturazione conformemente agli accordi negoziali.

Pertanto, in parziale accoglimento della richiesta *sub ii)* la società Wind Tre è tenuta a regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell’istante mediante lo storno, ovvero il rimborso, in caso di avvenuto pagamento e al netto delle eventuali note di credito e di quanto già corrisposto dal gestore, dell’importo di euro 289,52 (duecentottantanove//52) relativo al costo per il modem addebitato nella fattura n. F231664xxxx del 12 giugno 2023. L’istante ha altresì diritto al ritiro, a cura e spese dell’operatore, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta.

Sulla mancata risposta al reclamo

Parte istante ha lamentato la mancata risposta al reclamo inviato al gestore via Pec, dal proprio legale di fiducia, in data 2 agosto 2023, laddove l'operatore ha sostanzialmente dedotto di avere correttamente operato in relazione a tale segnalazione.

La richiesta dell'istante *sub iv)* è meritevole di parziale accoglimento, nei termini che seguono.

In via preliminare con riferimento alla pretesa carenza di legittimazione invocata dall'operatore nei confronti dell'Avvocatessa xxx, nell'inviare, per conto e nell'interesse dell'utente, il reclamo Pec del "02/08/2023, (...) *[in quanto], priv[o] sia della copia del documento di identità sia della procura del suo assistito*", occorre evidenziare che appare incontestato che il legale di fiducia risulti legittimato ad agire nell'interesse della parte istante la quale non risulta, agli atti, avere mai disconosciuto tale reclamo recante quale oggetto "*reclamo, contestazione addebiti e richiesta indennizzo per inadempimento contrattuale sig.ra XXX C.F. xxx numero contratto 154960258xxxx – codice cliente P112249xxxx*".

Inoltre, nella PEC del 2 agosto 2023, provvista di ricevuta di avvenuta consegna, viene specificatamente indicato dal legale che il reclamo è stato inviato "*in nome e per conto della sig.ra XXX (...)*" dichiarando, nello stesso, di avere allegato copia del "*documento [d'] identità [della] sig.[ra] XXX*".

Ciò premesso, in via generale si richiama l'articolo 1, lett. d) della delibera 179/03/CSP nel quale si definisce "*reclamo, l'istanza con cui l'utente si rivolge direttamente all'organismo di telecomunicazioni per segnalare un disservizio, ovvero una questione attinente l'oggetto, le modalità o i costi della prestazione erogata*".

Dalla documentazione agli atti si evince che parte istante ha effettuato, per il tramite di un legale di fiducia, un reclamo, inviato via Pec al gestore telefonico al suo recapito ufficiale windtespa@pec.windtre.it, per il quale l'utente ha, altresì, allegato la relativa ricevuta di avvenuta consegna.

Il gestore telefonico ha confermato di avere ricevuto tale reclamo del 2 agosto 2023, sostenendo però di averlo riscontrato, mediante una comunicazione Pec del "10/08/2023, (...) *nella quale richiedeva al legale dell'istante che (...) [tale reclamo] venisse integrat[o] con i documenti mancanti [consistenti] nella copia del documento di identità (...) [e] della procura del (...) [cliente], asseritamente non presenti*".

A prescindere dalla circostanza che il legale dell'utente abbia provveduto o meno a produrre la documentazione integrativa richiesta dall'operatore, si rileva che in ogni caso il reclamo del 2 agosto 2023 sia da considerarsi validamente presentato, in quanto direttamente ed inequivocabilmente riconducibile alla parte istante e mai disconosciuto dalla stessa.

Dagli atti del procedimento non risulta pertanto provato, attesa la contestazione dell'utente, che l'operatore abbia fornito, nel merito, un riscontro scritto al reclamo sulle questioni in esso lamentate sostanzialmente consistenti nell'asserita mancata attivazione di un'utenza telefonica fissa e nell'addebito, ritenuto non legittimo, del costo di un modem mai utilizzato.

In concreto, la società Wind Tre, al fine di escludere la propria responsabilità, avrebbe dovuto fornire nel corso dell'istruttoria idonea documentazione attestante l'avvenuta corretta gestione, nel merito, del reclamo del 2 agosto 2023. Documentazione questa non presente in atti, in quanto la comunicazione Pec del 10 agosto 2023 con la quale l'operatore richiedeva al legale dell'utente una semplice integrazione documentale del reclamo, non può ritenersi qualificabile come sostanziale riscontro alle contestazioni dell'istante, oggetto del reclamo stesso.

Ciò premesso, parte istante ha diritto all'indennizzo, di cui all'art. 12 dell'Allegato A alla Delibera n. 73/11/CONS come da ultimo modificato dalla Delibera n. 347/18/CONS che dispone

quanto segue: “*l’operatore se non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell’Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari ad euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di euro 300,00*”.

Atteso che il disposto dell’art. 8, comma 4, della Delibera n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), prevede che la risposta al reclamo debba 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, la mancata risposta al reclamo giustifica il riconoscimento all’utente di un indennizzo “*da mancata risposta al reclamo*”.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere fornita in forma scritta, adeguatamente motivata ed indicare gli accertamenti compiuti, 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 o ritardata risposta ai reclami inviati, 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 “*per mancata o ritardata risposta al reclamo*”, ai sensi delle citate previsioni.

Per la mancata risposta al reclamo del 2 agosto 2023, ai fini del calcolo dell’indennizzo di cui sopra, detratto il tempo utile di 45 giorni previsto dalla normativa e dalla Carta dei servizi dell’operatore, si determina il *dies a quo* nella data del 16 settembre 2023 ed il *dies ad quem* nel giorno 2 ottobre 2023, data della prima udienza di conciliazione, in occasione della quale l’istante ha potuto interagire con l’operatore.

Pertanto, la società Wind Tre è tenuta a corrispondere all’istante, ai sensi del sopracitato art. 12 del vigente *Regolamento sugli Indennizzi*, un indennizzo pari all’importo di euro 40,00 (quaranta/00), computato secondo il parametro di euro 2,50 *pro die* per n. 16 giorni di ritardata risposta al reclamo del 2 agosto 2023.

DETERMINA

- Wind Tre S.p.A. in parziale accoglimento dell’istanza del 12/10/2023, è tenuta a regolarizzare, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, la posizione amministrativa - contabile mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento oltre agli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell’istanza di risoluzione della controversia, con le modalità indicate nel formulario), al netto delle eventuali note di credito già rimborsate dal gestore, dell’importo pari a euro 289,52 (duecentottantanove//52) relativo al costo per il modem addebitato nella fattura n. F231664xxxx del 12 giugno 2023. Dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.
- La società Wind Tre S.p.A è tenuta a corrispondere, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, con le modalità di pagamento indicate in istanza, in favore dell’istante l’importo maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell’istanza la somma di euro 40,00 (quaranta/00), a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo 2 agosto 2023.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell’articolo 30, comma 12, del Codice.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il dirigente
Cinzia Guerrini

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del “Codice dell'Amministrazione Digitale” (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)