



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA N. 193/17/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
PUSCA/WIND TRE S.P.A. (GIÀ WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A.)
(GU14/2259/2016)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 5 dicembre 2017;

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 dalla delibera n. 405/17/CONS;

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*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 597/11/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 *Regolamento sugli indennizzi*;

VISTA l’istanza della sig.ra Pusca, del 19 ottobre 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

L'istante, intestataria dell'utenza telefonica fissa n. 0817577XXX e di due utenze mobili nn. 3284384XXX e 3270473XXX, ha lamentato nei confronti di Wind Telecomunicazioni S.p.A. (ora Wind Tre S.p.A., di seguito anche solo "Wind" o "Società") l'applicazione di condizioni contrattuali difformi da quelle pattuite e il malfunzionamento della linea ADSL. In particolare nell'istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell'audizione, l'istante ha dichiarato quanto segue:

a. nel mese di luglio 2015, l'istante sottoscriveva l'offerta "*All inclusive unlimited*" associando la numerazione telefonica fissa ad una numerazione mobile ricaricabile, acquisendo in ragione di tale collegamento, uno sconto che le avrebbe permesso di godere dell'offerta per un costo pari a euro 29,90 mensili, anziché di euro 39,90;

b. sin dal 14 ottobre 2015 l'istante constatava il malfunzionamento della linea ADSL e inoltre, le fatture non venivano sempre recapitate e nelle stesse si contabilizzava il costo dell'offerta a prezzo pieno e non invece con applicazione dello sconto pattuito;

c. l'utente provvedeva a contestare la problematica chiamando il servizio clienti e inviando successivamente in data 23 febbraio 2016 reclamo scritto, attesa la mancata risoluzione del disservizio;

d. a seguito della morosità dell'istante, veniva sospesa la linea telefonica a partire dal 16 gennaio 2016 per 13 giorni consecutivi e per ottenerne la riattivazione l'utente era costretta a pagare interamente la fattura, pur riscontrando in essa degli addebiti errati;

e. l'operatore avrebbe contattato la cliente solo in data 28 luglio 2016, a seguito dell'avvio della procedura di conciliazione innanzi al CORECOM, ma non vi sarebbe stato alcun miglioramento nella fruizione del servizio;

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto nei confronti di Wind Telecomunicazioni S.p.A.:

i. lo storno e rimborso delle somme pagate indebitamente con decorrenza dalla data di attivazione dell'offerta;

ii. la liquidazione dell'indennizzo per malfunzionamento della linea ADSL dalla data del 14 ottobre 2015;

iii. la liquidazione dell'indennizzo per sospensione della linea telefonica per il periodo 16-29 gennaio 2016;

iv. la liquidazione dell'indennizzo per mancata risposta ai reclami presentati;

v. le spese di procedura.

In sede di replica alle difese svolte dall'operatore, l'istante ha contestato le avverse deduzioni ed eccezioni e ha, in primo luogo, evidenziato che le contestazioni vertono sul malfunzionamento della linea ADSL e non della linea muta, come invece risulterebbe dagli atti allegati alle difese di Wind. Il gestore non avrebbe mai gestito il disservizio effettivamente lamentato dalla cliente, pur avendo quest'ultima effettuato svariate chiamate al servizio clienti e inviato un reclamo scritto in cui si farebbe chiaramente riferimento al disservizio della linea ADSL. L'unica occasione in cui l'operatore avrebbe contattato l'istante si è verificata a seguito dell'avvio della procedura di conciliazione. In



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

merito alla pattuizione del costo dell'offerta, l'utente eccepisce l'infondatezza delle eccezioni mosse dall'operatore, poiché vi sarebbero state due utenze mobili ricaricabili di cui l'istante era intestataria e, pertanto, la migrazione di una sola di esse non avrebbe fatto decadere l'associazione tra utenza fissa e mobile, potendo considerare l'altra utenza utile al fine di mantenere inalterato il prezzo dell'offerta. Inoltre, la numerazione migrata verso altro gestore sarebbe tornata in Wind dopo pochi mesi, ma ciò non avrebbe comportato la rimodulazione del prezzo dell'offerta, che sarebbe rimasto privo dell'applicazione della scontistica pattuita. Infine, l'istante ha segnalato la pubblicizzazione sul sito *internet* di Wind di una promozione denominata "*All inclusive unlimited*" che non prevede un collegamento contrattuale con un'utenza mobile ricaricabile. L'offerta in parola sarebbe stata prevista per i nuovi clienti e per un arco temporale vicino al periodo in cui l'istante avrebbe sottoscritto l'offerta che, nel suo caso, sarebbe stata vincolata al possesso di un'utenza mobile.

Inoltre, in ordine allo storno della prima fattura emessa, si è evidenziato che l'errata applicazione del costo dell'offerta si sarebbe verificata anche nel periodo successivo all'emissione della prima fattura. A tal proposito, la società Wind non ha addotto alcunché, limitandosi a dichiarare che di aver applicato il prezzo effettivamente pattuito nelle fatture di successiva emissione, senza indicazione della data di decorrenza di tale condizione.

Infine, con riferimento alle contestazioni mosse circa il periodo di sospensione effettiva dell'utenza telefonica, l'istante ha evidenziato l'assenza di prove a sostegno di quanto dedotto dall'operatore, poiché le schermate allegate non avrebbero alcuna valenza probatoria, trattandosi di documentazione prodotta unilateralmente da Wind e senza possibilità di difesa sul contenuto della stessa da parte dell'utente.

2. La posizione dell'operatore

La Società Wind, nella propria memoria difensiva, ha eccepito l'infondatezza dell'istanza, stabilendo, in primo luogo, che l'utente avrebbe attivato l'utenza fissa su rete Wind in data 21 luglio 2015. In seguito, l'istante avrebbe denunciato il malfunzionamento della linea muta in data 22 ottobre 2015 ed entro il termine previsto dalle condizioni generali di contratto, l'operatore avrebbe risolto il disservizio. Ulteriormente, la problematica sarebbe stata contestata nelle date del 29 febbraio 2016 e del 19 aprile 2016, con risoluzione del malfunzionamento entro i termini contrattualmente previsti. L'istante non avrebbe presentato alcun valido reclamo scritto e l'operatore si sarebbe premurato, di propria iniziativa, di contattare il cliente nel mese di luglio 2016. Pertanto, la condotta colposa dell'utente andrebbe considerata anche ai fini del calcolo dell'indennizzo dovuto sia dal punto di vista quantitativo secondo il principio del concorso del fatto colposo del creditore sia in relazione all'arco temporale di riferimento, tenuto conto del tempo in cui è stato manifestato formalmente l'interesse dell'utente all'ottenimento del regolare funzionamento del servizio.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Con riferimento al costo dell'offerta attivata, Wind ha precisato che lo sconto sarebbe stato applicato qualora l'utenza fissa fosse stata associata ad un'altra di tipo mobile. Tale circostanza sarebbe venuta a mancare allorquando in data 5 agosto 2015 l'utenza mobile n. 3284384XXX, associata a quella fissa, sarebbe migrata verso altro operatore. Tuttavia, Wind ha provveduto all'applicazione del prezzo di euro 29,95 all'offerta "All inclusive unlimited", mediante ricalcolo della fattura n. 7413920180 (per il periodo intercorrente tra la data di attivazione del 21 luglio 2015 e il 10 agosto 2015), al riaccredito sulla fattura di nuova emissione della somma pagata in eccedenza e all'applicazione del predetto prezzo alle fatture di successiva emissione.

Infine, Wind ha precisato che la sospensione della linea telefonica sarebbe avvenuta a causa della morosità della cliente e sarebbe stata applicata dal 14 al 16 gennaio 2016, come risulta dalle schermate allegate.

In sede di udienza, Wind si è riportata alla propria memoria difensiva chiedendo la decisione dell'Autorità e si è impegnata a far contattare l'istante per verificare le disconnessioni continue dell'ADSL.

3. Motivazione della decisione

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

La richiesta *sub* i. risulta superata in ragione di quanto affermato da Wind che ha provveduto a ristabilire il prezzo pattuito dell'offerta e a stornare le somme che erano state pagate in eccedenza nella prima fattura n. 7413920180. Per quanto riguarda le fatture successive alla prima, alla luce delle dichiarazioni resa dall'operatore e delle fatture allegate dall'utente, da cui risulta che vi sia applicazione corretta del costo dell'offerta, si ritiene che alcuno storno debba essere effettuato, in assenza di somme pagate in eccedenza.

Con riferimento alla richiesta *sub* ii., la stessa deve essere parzialmente accolta nei termini di seguito precisati. L'utente ha affermato di aver contestato il disservizio dell'ADSL mediante numerose chiamate al servizio clienti. Wind, invece, ha dato atto che il malfunzionamento risultante dal sistema riguardasse il servizio voce. Pur riconoscendo che siano state effettuate le chiamate effettuate al servizio clienti, allo stato non è possibile stabilire l'oggetto delle predette, salvo dare atto di quanto risulti documentato dalle schermate allegate da Wind. Alla luce di ciò, il reclamo formale del 23 febbraio 2016 assume valore dirimente, poiché dallo stesso è possibile desumere la contestazione circa il malfunzionamento dell'ADSL. La problematica denunciata può essere considerata quale eccezione di inadempimento contrattuale mossa dall'utente all'operatore, il quale non avrebbe consentito alla propria cliente di fruire regolarmente del servizio *internet*. In applicazione dell'articolo 1218 c.c., il debitore deve provare l'assenza di inadempimento o di propria colpa sull'inesatta o mancata esecuzione del contratto. Alla luce del principio ricavabile dalla predetta disposizione, secondo cui in



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

tema di responsabilità contrattuale vi è un'inversione dell'onere della prova, l'operatore, cui l'inadempimento viene contestato, è onerato di addurre prove atte a superare l'eccezione mossa dall'utente. Nel caso di specie, la produzione documentale di Wind appare insufficiente poiché la stessa permette di poter verificare il corretto funzionamento del servizio ADSL solo con riferimento all'arco temporale 29 febbraio 2016-23 aprile 2016 e 5 agosto 2016-30 gennaio 2017. In ordine al periodo richiamato è possibile verificare che la connessione dell'ADSL sia avvenuta per un periodo continuativo di apprezzabile valore, per cui si presume che non vi sia stato un disservizio poiché non è dato desumere dagli atti un continuo distacco di connessione, nei termini lamentati da parte istante. Tuttavia, per il periodo non coperto da alcuna produzione documentale non è possibile stabilire se via sia stato un corretto funzionamento del servizio. Trattasi dei seguenti periodi: 26 agosto 2015-28 febbraio 2016, 24 aprile 2016-4 agosto 2016 e 31 gennaio 2017-15 febbraio 2017. Le indicate tempistiche si ottengono attraverso la detrazione dell'arco temporale documentato da quello necessariamente considerabile ai fini della definizione del presente procedimento. L'arco temporale complessivo è compreso tra 26 febbraio 2016 e 15 febbraio 2017. In ordine al *dies a quo*, ai sensi dell'articolo 123 del d.lgs. n.196 del 30/06/2003, c.d. codice *privacy*, l'operatore avrebbe dovuto conservare i dati relativi al traffico telefonico dei sei mesi antecedenti la data di contestazione. Assumendo la data del 26 febbraio 2016 quale giorno di ricezione del reclamo, i dati relativi al traffico telefonico effettuato nei sei mesi antecedenti devono considerarsi dal 26 febbraio 2016. Il *dies ad quem* corrisponde alla data dell'udienza innanzi l'Autorità, in cui Wind si è impegnata a far contattare l'istante per verificare le continue disconnessioni dell'ADSL lamentate. Di conseguenza, deve presumersi che alla data dell'udienza l'utente lamentasse ancora il malfunzionamento del servizio *internet*.

Pertanto, in assenza di prova che dimostri sufficientemente il corretto funzionamento dell'ADSL da parte dell'operatore, deve riconoscersi l'indennizzo per malfunzionamento del servizio per complessivi 304 giorni per cui, ai sensi dell'articolo 5 comma 2 del *Regolamento sugli indennizzi*, è dovuto un importo pari a euro 2,50 *pro die* a favore dell'istante, a titolo di indennizzo per malfunzionamento del servizio ADSL per un totale di euro 760,00.

Procedendo oltre, la richiesta di liquidazione dell'indennizzo per sospensione della linea telefonica di cui al punto iii. non trova accoglimento per le ragioni che seguono. Le parti hanno affermato pacificamente che il servizio è stato sospeso a causa della morosità dell'utente per omesso pagamento delle somme richieste in fattura. Tale circostanza rende legittima la sospensione amministrativa del servizio, poiché qualora l'utente intenda contestare le somme richieste in pagamento mediante invio di fattura, deve procedere all'espletamento di un formale reclamo nei confronti dell'operatore e in ogni caso è tenuto al pagamento parziale per le somme non oggetto di contestazione. Ciò si deduce dall'articolo 7 dell'Allegato A) alla delibera n. 519/15/CONS del 25 settembre 2015, recante "*Approvazione del regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*". Nel caso in esame, la sospensione è avvenuta in data antecedente l'espletamento del reclamo



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

scritto, per cui non vi sono prove circa la contestazione effettuata in precedenza e in ogni caso ciò non avrebbe esulato l'istante dal dovere di pagamento parziale, in relazione alle somme non contestate.

La richiesta di liquidazione dell'indennizzo per mancata risposta ai reclami presentati trova accoglimento, come di seguito precisato. Occorre precisare che il reclamo da tenere in considerazione è quello inviato in data 23 febbraio 2016 e ricevuto da Wind il giorno 26 febbraio 2016. Le schermate allegate dall'istante, da cui risultano le svariate chiamate effettuate al servizio clienti, non provano l'oggetto della comunicazione e soprattutto non provano che vi siano state contestazioni sull'oggetto del presente procedimento. Il reclamo scritto, invece, ha valore probatorio poiché permette di avere contezza delle contestazioni mosse, che nello specifico sono riferibili sia alla mancata applicazione del costo dell'offerta pattuito sia al malfunzionamento dell'ADSL.

Tanto premesso, ai sensi dell'articolo 11 del *Regolamento sugli indennizzi*, Wind dovrà corrispondere in favore dell'istante l'indennizzo pari a euro 1,00 *pro die*, per il numero di giorni pari a 108 calcolati dall'11 aprile 2016 (al reclamo del 26 febbraio 2016 occorre aggiungere 45 giorni per la gestione dello stesso) fino al 28 luglio 2016, data quest'ultima dell'udienza di conciliazione tenutasi innanzi al CORECOM, in cui l'utente ha avuto riscontro alle contestazioni mosse

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, l'importo di euro 150,00, considerato che la stessa ha presentato istanza di conciliazione presso il CORECOM e ha presenziato innanzi all'Autorità con l'assistenza del legale.

CONSIDERATO che, nelle more della conclusione del procedimento, la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. si è fusa, per incorporazione, con la società H3G S.p.A. nella nuova società Wind Tre S.p.A.;

CONSIDERATO che, la nuova formulazione dell'art. 2504-*bis* c.c., al comma 1 chiarisce che la fusione tra società prevista dall'art. 2501 c.c. e seguenti non determina, nel caso di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nel caso di fusione paritaria, bensì attua l'unificazione per integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione (cfr. Cass., Sez. II, 22 agosto 2007, n. 17855; Cass., Sez. III, 23 giugno 2006, n. 14526).

UDITA la relazione del Commissario Mario Morcellini, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Articolo 1

1. L'Autorità accoglie parzialmente l'istanza di Pusca nei confronti della società Wind Tre S.p.A. per le motivazioni di cui in premessa.

2. La società Wind Tre S.p.A. è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre la somma di euro 150,00 (centocinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- i. euro 760,00 (settecentosessanta/00) a titolo di indennizzo per malfunzionamento del servizio ADSL (euro 2,50 per 304 giorni complessivi di malfunzionamento del servizio);
- ii. euro 108,00 (centootto/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo;

3. La società Wind Tre S.p.A. è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità 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.

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 sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 5 dicembre 2017

IL PRESIDENTE

Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE

Mario Morcellini

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Riccardo Capecchi