

DELIBERA N. 13/2020/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**XXX/ Wind Tre S.p.A.
(GU14/20656/2018)**

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 2 marzo 2020;

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. 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;

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. 353/19/CONS;

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);

VISTA la “*Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni*”, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 gennaio 2018”, e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il decreto del Segretario Generale n. 5 del 26 aprile 2018 avente ad oggetto *“Assetto organizzativo del Consiglio regionale”*, con il quale è stato definito il nuovo assetto organizzativo del Consiglio Regionale della Toscana e con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del *“Settore Biblioteca e documentazione. Archivio e protocollo. Assistenza generale al Corecom”*, con decorrenza 3 maggio 2018;

VISTA l’istanza del XXX del 22/09/2018 avente numero di protocollo 0138912 del 26/09/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

La posizione dell’istante.

L’utente, titolare del contratto relativo alla numerazione mobile n. 392 5514XXX di tipo residenziale con l’operatore Wind Tre S.p.A. (di seguito per brevità Wind Tre) nella propria istanza, nella documentazione allegata e nella replica alla memoria difensiva dell’operatore, ha rappresentato i fatti all’origine del presente procedimento nel modo che segue:

- *“in data 02/06/2017 (...) trasmetteva al gestore la disdetta del contratto (...) per la naturale scadenza dello stesso fissata per il giorno 10/06/2018”*;
- in data 4 luglio 2017 constatava l’interruzione senza preavviso alcuno dell’utenza *de qua*;
- contattava la società Wind Tre tramite il *Call center* e apprendeva che era stata disattivata anticipatamente l’utenza n. 392 5514353;
- in pari data, *“formalizzava, tramite pec, la contestazione per l’ingiustificata interruzione del servizio chiedendone la riattivazione”*;
- *“nonostante ciò, il gestore non riattivava la linea e richiedeva (...) il pagamento delle penali per l’interruzione anticipata del Contratto che lui stesso aveva unilateralmente cessato”*.

Sulla base di quanto sopra esposto, l’istante ha formulato le seguenti richieste:

- i. “l’indennizzo previsto dal giorno dell’interruzione del servizio fino al termine del contratto alla data del 10/06/2018”*;
- ii. “l’indennizzo previsto per il ritardato riscontro ai reclami”*.

La posizione del gestore.

L’operatore Wind Tre, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all’art. 16, comma 2 del vigente *“Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”* una memoria difensiva, con documentazione

in allegato, nella quale ha eccepito, in via preliminare, l'infondatezza dell'istanza e ne ha chiesto il rigetto.

Nel merito l'operatore ha ricostruito la vicenda contrattuale come segue:

In data 12 dicembre 2015 l'istante aveva attivato l'offerta "denominata "ALL-IN PACK Home Edition", che prevedeva l'attivazione contestuale dei seguenti servizi in abbinamento: una SIM ricaricabile voce e dati in portabilità) con listino ALL-IN 400 Pack al costo promozionale di €5,00 al mese anziché €10,00, con vincolo contrattuale di 30 mesi (scadenza prevista al 10/06/2018); una SIM accessoria solo dati (...), identificata da ICCID 8939992280274617181) con listino WEB NIGHT&DAY PACK al costo promozionale di €10,00 al mese anziché €20,00, con assegnazione PocketCube LTE in modalità Vendita Rateale (importo rateizzato €100,00, anticipo €19,00, rata €3,33, rata finale €3,43), con medesimo vincolo contrattuale. (...) E' perciò, opportuno, rilevare che oggetto della trattazione è pertanto la suddetta SIM solo dati (per la quale dunque non si riscontra alcun profilo ricollegabile alla necessità di mantenimento della numerazione) e peraltro accessoria e collegata al suddetto pacchetto ALL-IN PACK Home Edition."

L'operatore, inoltre, ha evidenziato che, "l'utenza n. veniva disattivata in data 01/06/2017 per portabilità verso altro gestore. In data 02/06/2017, il cliente inoltrava PEC di disdetta della restante SIM dati per la quale, sebbene lo stesso chiedesse la disattivazione a scadenza contrattuale, se ne predisponesse comunque la cessazione, perfezionata il 01/07/2017, in considerazione della succitata portabilità della SIM in abbinamento. Il cliente avrebbe, in ogni caso, potuto attivare una qualsivoglia nuova SIM dati da utilizzare con il PocketCube LTE in proprio possesso".

A seguito dei successivi reclami, l'operatore ha preso in "gestione unica le PEC pervenute per le opportune verifiche ed, in riscontro, inviava e-mail all'indirizzo gabriele.tribuzio@gmail.com (in regolare possesso dell'istante, come evincibile dalla successiva comunicazione inviata dallo stesso, all. 4) nella quale si confermava che la SIM era stata disattivata in data 01/07/2017, riportando le fatture emesse a seguito di detta disattivazione. A fronte del reiterno del reclamo per la medesima casistica, [l'operatore] ha provveduto per caring "allo storno della fattura 1749091693 (all. 5), non ravvisando i presupposti per il rimborso delle rate residue e di eventuali indennizzi. In data 04/01/2018 veniva, pertanto, emessa ed inviata al Cliente la Nota di Credito n. 1895000451 di importo € 32,15 (all. 6), applicata contabilmente a storno della fattura 1749091693". La società Wind Tre, inoltre ha precisato che, per quanto riguarda "l'asserito mancato riscontro ai reclami la convenuta aveva fornito debito riscontro come già sopra indicato e documentato, entro il termine previsto da Carta Servizi (all. 8), (...) entro 45 giorni dalla ricezione (art. 9), richiamando, inoltre, quanto disposto dall'art. 12 dell'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS, che al comma 2 precisa che eventuali indennizzi sarebbero in ogni caso da computarsi "... in misura unitaria indipendentemente dal numero di utenze interessate dal reclamo ed anche in caso di reclami reiterati o successivi, purché riconducibili al medesimo disservizio", chiedendo pertanto, parimenti, il rigetto di qualsivoglia istanza in tal senso".

L'operatore ha sostenuto anche, *“che l'eventuale riattivazione non rivestiva profili di urgenza visto che l'istante adiva il Co.Re.Com competente a distanza di un anno dagli eventi in contestazione mai presentando, peraltro, alcuna istanza finalizzata all'adozione di eventuale provvedimento di urgenza, ex art. 5. In considerazione del comportamento tenuto dall'istante, è opportuno, dunque, un richiamo a quanto disposto nelle Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche (Approvate con del. 276/13/CONS), con le quali 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 (...). La Corte di Cassazione a sezioni unite nella sentenza 21 novembre 2011, n. 24406 ha elaborato una massima che vale qui la pena richiamare: “In tema di risarcimento del danno, al fine di integrare la fattispecie di cui all'art. 1227, primo comma, c.c. - applicabile per l'espresso richiamo di cui all'art. 2056 c.c. anche alla responsabilità extracontrattuale - il comportamento omissivo del danneggiato rilevante non è solo quello tenuto in violazione di una norma di legge, ma anche più genericamente in violazione delle regole di diligenza e correttezza. Ciò comporta che, ai fini di un concorso del fatto colposo del danneggiato ex art. 1227, primo comma, c.c., sussiste il comportamento omissivo colposo del danneggiato ogni qual volta tale inerzia contraria a diligenza, a prescindere dalla violazione di un obbligo giuridico di attivarsi, abbia concorso a produrre l'evento lesivo in suo danno”.*

Infine, l'operatore ha affermato *“come da comunicazione del 13/11/2017 (...) l'istante avanzava in ogni caso richiesta di risoluzione pertanto alcun inadempimento può essere ulteriormente contestato per periodi successivi, essendo venuto meno uno dei principali e fondamentali requisiti dell'azione (giudiziarica o amministrativa), ossia l'interesse, come peraltro precisato dall'Autorità nelle succitate Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche”.*

Motivazione.

In via preliminare:

- 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.

- ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali. Nella fattispecie, provata dall'utente la fonte negoziale del suo diritto, e lamentando lo stesso un inesatto adempimento delle obbligazioni contrattuali, spettava all'operatore provare di avere fornito il servizio in modo regolare e continuo, o che l'inadempimento fosse dipeso da cause a lui non imputabili ex art. 1218 codice civile, o da cause specifiche di esclusione della responsabilità.

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

Nel merito:

Sull'indennizzo per l'interruzione del servizio.

L'istante lamenta l'interruzione del servizio senza preavviso. Di contro, l'operatore Wind Tre ha dedotto la correttezza del proprio operato.

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

Dalle risultanze istruttorie, è emerso che, in data 2 giugno 2017, l'istante trasmetteva, tramite PEC, al gestore la disdetta del contratto per la sua naturale scadenza fissata per il giorno 10 giugno 2018 per la SIM n. 392 5514353. Agli atti risulta, altresì, che in data 4 luglio 2017 l'utente abbia inviato all'operatore Wind Tre un reclamo con il quale contestava l'ingiustificata interruzione del servizio chiedendone la riattivazione. Di contro l'operatore Wind Tre ha dedotto che tale Sim sia collegata e accessoria al suddetto pacchetto ALL-IN PACK Home Edition che includeva la Sim n. 338 2780059, e che veniva disattivata per portabilità verso un altro gestore. Tuttavia si ritiene che, nella fattispecie in esame, non vi sia alcun collegamento accessorio tra le due Sim in quanto stipulati due diversi contratti per le numerazioni, anche se con il medesimo vincolo contrattuale.

Pertanto l'interruzione posta in essere dall'operatore senza la sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa di settore, risulta indebita. Ne consegue che l'operatore Wind Tre è responsabile ai sensi dell'art. 1218 del codice civile in ordine all'illegittima cessazione del servizio sull'utenza *de qua* e che, deve essere riconosciuto all'istante un indennizzo proporzionato al disagio subito.

Per il calcolo dell'indennizzo viene in rilievo l'art. 5, comma 1, del vigente "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori" (ex Delibera n. 73/11/CONS, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi) il quale prevede che, "nel caso di sospensione o cessazione amministrativa di uno o più servizi avvenuta senza che ve ne fossero i presupposti, ovvero in assenza del previsto

preavviso, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 7,50 per ogni giorno di sospensione”.

Con riferimento al periodo indennizzabile si considera quale *dies a quo* il 4 luglio 2017, data in cui l'operatore ha cessato illegittimamente il servizio, e quale *dies ad quem* il 13 novembre 2017, giorno in cui l'istante ha avanzato la richiesta di risoluzione del contratto.

Pertanto alcun inadempimento può essere contestato per i periodi successivi alla data del 13 novembre 2017 avendo, l'istante medesimo, manifestato la propria volontà di non proseguire il rapporto contrattuale con la società Wind Tre.

Infatti, in base ai principi generali sui contratti, laddove una parte abbia agito per sciogliersi dal vincolo chiedendo la risoluzione del contratto medesimo, si deduce che detto contraente non abbia più interesse alla prestazione.

Ne discende che l'istante, per i giorni di illegittima sospensione dell'utenza *de qua* ha diritto alla corresponsione di un indennizzo pari ad euro 997,50 (euro 7,50 x n. 133 giorni).

Sull'indennizzo per il ritardato riscontro ai reclami.

L'istante lamenta il ritardo riscontro ai reclami chiedendone il relativo indennizzo.

La domanda è fondata e meritevole di accoglimento nei limiti che seguono.

Dagli atti risulta che la parte istante abbia inviato più reclami: il primo datato 4 luglio 2017 il secondo datato 22 agosto 2017, e in data 22 novembre 2017, tramite il proprio legale.

L'esame del contenuto dei suddetti reclami evidenzia che tutti hanno ad oggetto la contestazione del recesso effettuato dall'operatore Wind Tre anticipatamente rispetto a quanto voluto dall'istante, e delle eventuali somme che l'operatore medesimo avesse addebitato all'istante a titolo di recesso anticipato dal contratto.

Dalla documentazione in atti risulta che l'operatore in data 3 settembre 2017 abbia dato riscontro alle contestazioni mosse dall'istante e che in data 4 gennaio 2018 abbia emesso nota di credito dell'importo di euro 32,15 relativa a “corrispettivi per recesso” dando così seguito, per *facta concludentia* al reclamo in ultimo effettuato tramite il legale dell'istante.

Sul punto si richiama il disposto dell'articolo 12, comma 1, del citato vigente Regolamento indennizzi 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.

In via generale si osserva che la mancata risposta al reclamo inviato, in quanto è da considerarsi 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 “*da mancata risposta al reclamo*”, anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui dell'articolo 12, comma 1, del vigente Regolamento

indennizzi che prevede, nel caso in cui *“l’operatore non fornisca 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.*

Ai fini del calcolo dell’indennizzo di cui sopra a carico dell’operatore, detratto il tempo utile di 45 giorni previsto dalla propria Carta dei Servizi per la risposta del reclamo, si determina il *dies a quo* nella data del 4 luglio 2017 ed il *dies ad quem* nel 3 settembre 2017, data della ricezione della risposta al reclamo da parte dell’utente.

Pertanto la società Wind è tenuta a corrispondere all’istante un indennizzo per mancata risposta ai reclami, considerati in maniera unitaria, pari all’importo di euro 40,00 (euro 2,50 x 16 giorni).

UDITA la relazione del Dirigente, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l’istanza presentata dal XXX
2. La società Wind Tre S.p.A. è tenuta a corrispondere tramite bonifico o assegno bancario le seguenti somme:
 - euro 997,50 a titolo di illegittima sospensione dell’utenza n. XXX
 - euro 40,00 a titolo di ritardata risposta ai reclami.
3. Le somme così determinate a titolo di indennizzo di cui al precedente punto 2) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all’importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell’istanza di risoluzione della controversia.
4. La società Wind Tre S.p.A. è tenuta a comunicare a questo Corecom l’avvenuto adempimento della presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell’articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.
6. È fatta salva la possibilità per l’utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell’eventuale ulteriore danno subito.

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.



Firenze, 2 marzo 2020

Il Segretario
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi