

DELIBERA N. 05 - 2024

**XXX/ WIND TRE (VERY MOBILE)
(GU14/428163/2021)**

Corecom Piemonte

NELLA riunione del Il Corecom Piemonte del 07/02/2024;

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*” e s.m.i.;

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 “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”; di seguito denominato *Regolamento*, come modificato da ultimo dalla delibera n. 353/19/CONS e dalla delibera 390/21/CONS;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni*”;

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, “*Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte*” e s.m.i.;

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, approvato dall’Autorità con delibera n. 427/22/CONS del 14 dicembre 2022;

VISTA la “*Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni*”, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale del Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte in data 10 marzo 2023, e in particolare l’art. 5, c. 1, lett. e);

VISTA l'istanza di XXX del 26/05/2021 acquisita con protocollo n. 0242050 del 26/05/2021;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

Nel formulario introduttivo è stato esposto quanto segue: "L'istante sottoscrive in data 04.03.2021 contratto per numerazione XXX con Wind TRE usufruendo della promozione l'acquisto di un telefonino iphone 12 Pro 128gb a rate tramite finanziamento Compass attivando tariffa Wind TRE. Sin da subito il cellulare da problemi di funzionalità in merito all'attivazione del microfono, quasi sempre il microfono non funzionava e quindi non era possibile sentire le chiamate. L'istante contatta la Wind TRE e richiedo la sostituzione del telefonino difettoso e sporgendo reclamo immediato al quale non riceve alcun tipo di riscontro. In data 26.03.2021 il telefonino smette di funzionare del tutto, il microfono non si sente ne per le chiamate in uscita che in entrata. Recandosi presso un punto vendita Wind TRE XXX dove ha acquistato il cellulare, gli viene riferito che il telefonino va riparato inviandolo in assistenza. La restituzione potrebbe avvenire non prima di 4 settimane, periodo nel quale rimarrebbe senza telefonino e servizio Wind TRE con la possibilità che il guasto possa non essere risolto, senza considerare che l'istante andrebbe nel frattempo a pagare comunque le rate mensili. Si richiede l'immediata riattivazione del servizio di cui l'istante non puo' usufruire vista la mancata funzionalità del cellulare legato al contratto sottoscritto con Wind TRE".

Il ricorrente ha pertanto avanzato le seguenti richieste: "1) Indennizzo per sospensione del servizio 2) Indennizzo per mancata risposta ai reclami 3) Storno totale insoluto 4) Rimborso degli importi pagati e non dovuti 5) Sostituzione del cellulare con uno nuovo 6) VARIE ED EVENTUALI."

2. La posizione dell'operatore

L'operatore ha rappresentato nelle proprie memorie: "In rito. 1. Inammissibilità e/o improcedibilità della presente istanza di definizione Delibera 353/19/CONS limitatamente alla domanda avversaria di rimborso delle spese di procedura. Il Gestore eccepisce, preliminarmente, l'inammissibilità e/o improcedibilità della presente istanza di definizione limitatamente alla domanda avversaria di rimborso delle spese di procedura in quanto non demandabili, per espressa previsione normativa (cfr. Delibera 353/19/CONS), all'Autorità adita che potrà, in caso di eventuale fondatezza della domanda, limitare l'eventuale pronuncia di condanna ai casi di "rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". Peraltro la procedura cui è stato fatto ricorso è assolutamente gratuita e alla stessa l'utente può accedere senza l'assistenza di un legale. Resta infatti una scelta

discrezionale dell'istante avvalersi dell'assistenza e della competenza di un professionista e, laddove ritenesse opportuno giovare di tale professionalità, resteranno a carico dello stesso le spese di tale servizio. Nel merito. 2. Ricostruzione della vicenda contrattuale. Come si avrà modo di verificare le doglianze avanzate ex adverso sono prive di pregio. Per meglio comprendere tale contestazione è opportuno brevemente ricostruire i fatti che hanno portato alla presente procedura. Prima di entrare nel merito della presente contestazione, Wind Tre precisa che l'utenza è stata sempre correttamente utilizzata, sia per la componente voce che per la dati, come si evince dal dettaglio traffico ad oggi disponibile che si provvede a depositare a titolo esemplificativo (doc. 1 – dettaglio traffico). In data 04/03/2021 veniva attivata la sim n. XXX, previa portabilità da altro gestore, abbinata al Telefono IMEI XXX offerta Finanziamento (doc. 2 – contratto utenza). Preme rilevare alla scrivente difesa che il terminale in questione è stato sottoscritto con l'opzione Smartphone Reload (cfr. doc. 2 – contratto utenza e doc. 3 – Condizioni Smartphone Reload): [...omissis...] L'odierno istante promuoveva un'istanza ex art. 5 e da verifiche risultava che l'utente aveva attivo il servizio Smartphone Reload che offre, a fronte del pagamento di un corrispettivo di sostituzione di euro 170, la sostituzione del proprio smartphone fino a 2 volte in un anno per qualsiasi motivo con ritiro e riconsegna all'indirizzo indicato dal cliente (tramite corriere); si tratta di un'assistenza dedicata tramite il partner contattabile gratuitamente al N. Verde XXX o al portale dedicato XXX. In alternativa, l'utente può portare lo Smartphone in Assistenza, soggiacendo alle tempistiche del caso. In data 07/04/2021 la convenuta infatti riscontrava la succitata istanza nel seguente modo: [... omissis ...] Si rileva che Windtre, come indicato dallo stesso ricorrente nell'Istanza, e come previsto da Garanzia, si è da subito resa disponibile al ritiro del terminale e all'eventuale riparazione/sostituzione gratuita dell'apparato presso il centro Assistenza, ma l'utente si dichiarava non disponibile ad attendere i tempi previsti. Si ribadiva, pertanto, che in tale sede non vi erano azioni da predisporre per il caso di specie e che l'utente doveva portare il Terminale presso il rivenditore, ai fini della riparazione/sostituzione, soggiacendo alle tempistiche del caso". La convenuta specifica che l'istante nel momento in cui ha firmato la proposta di contratto Wind Tre per l'attivazione delle utenze de quo, ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 Cod. Civ., approvare specificamente le clausole delle "Condizioni generali di contratto" e tutti gli Allegati. Preme sottolineare alla scrivente difesa che mai nessun reclamo è pervenuto alla convenuta, né è stato fornito nell'istanza un idoneo riscontro probatorio; l'invio di un reclamo scritto avrebbe senz'altro permesso a Wind Tre S.p.A. di approntare le opportune verifiche e fornire all'utente le delucidazioni del caso. Preme sottolineare alla scrivente difesa il disposto dell'art. 14, comma 4, della Delibera 347/18/CONS: "Sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza, fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte". Si ricordi che nella Delibera 276/13/CONS, "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", 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: 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. La Corte di Cassazione a sezioni unite nella sentenza 21 novembre 2011, n.24406 hanno 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, 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. Preme sottolineare che la delibera 347/18/CONS non prevede indennizzi per il malfunzionamento del terminale. Si rappresenta che tutti i prodotti venduti da Wind Tre sono coperti dalla garanzia convenzionale fornita dal produttore e, nel caso di specie dall'opzione Smartphone Reload sottoscritta dal cliente. Si rileva altresì che l'art. 9 della Carta Servizi statuisce: "WINDTRE e WINDTRE BUSINESS sono obbligate ad intervenire in caso di irregolarità nel collegamento telefonico. Non sono di loro competenza eventuali guasti del terminale/modem, ove non espressamente disciplinato altrimenti nel contratto con il Cliente. Ove possibile, e nel rispetto della sua privacy, il Cliente sarà informato sui tempi necessari per l'intervento" (doc. 4 - Carta Servizi). Per i motivi sopra esposti le richieste avanzate da controparte non possono trovare accoglimento. Parimenti infondata deve ritenersi la richiesta degli indennizzi in quanto, in assenza di elementi atti a fondare la pretesa, non potrà essere accolta la domanda di riconoscimento degli indennizzi. Tutto ciò premesso, il sottoscritto delegato, salvo eventuali, più ampie ed ulteriori deduzioni e difese, anche a seguito delle eccezioni, difese e conclusioni della controparte, in qualità di procuratore e difensore della Società CONCLUDE Perché l'Autorità Voglia: nel merito, rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto, in subordine, ex art. 1241 cc e ss, operare eventuale compensazione tra le relative poste debito/credito, poiché trattasi, per le somme insolite indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile, fissando l'udienza di discussione come previsto da Delibera 353/19/CONS".

L'utente ha quindi replicato nel modo che segue: "In riferimento alle memorie depositate da Wind si contesta tutto quanto ex adverso eccepito e si evidenzia ulteriormente quanto segue. 1. Indennizzo per sospensione del servizio L'istante ha sottoscritto un contratto in data 4.3.2021 per la numerazione mobile n. XXX con l'acquisto, tramite un finanziamento e relativo piano rateale, di un iPhone 12 Pro 128gb. Il dispositivo però ha mostrato sin da subito gravi malfunzionamenti tecnici (come ad esempio l'impossibilità di usare il microfono nelle chiamate) e l'istante si è subito attivato chiedendo assistenza al punto vendita Wind già indicato in istanza senza però ricevere alcun riscontro. Occorre rilevare che il file depositato dal gestore, circa il traffico, è da

rigettarsi completamente poiché privo di qualsiasi elemento che possa validarne i dati né la modalità di estrazione sui sistemi WindTre. Inoltre, da una visione più attenta, emerge che ci sia del traffico solo per il servizio internet e non anche per il servizio fonia. Infatti per le chiamate la data e l'orario di inizio e di fine coincidono sempre. Ad ogni buon conto questo non esime il gestore dal fornire un servizio regolare e a provvedere alla sostituzione del dispositivo così come indicato nel provvedimento GU5. Provvedimento al quale il gestore non ha ottemperato. Questa circostanza è alla base anche del verbale di mancato accordo in conciliazione, poiché a fronte di un disservizio perdurante il Co.Re.Com. ha ritenuto di aver già posto in essere tutta l'attività di tutela nei confronti dell'utente e che non avendo il gestore dato seguito alla disposizione del provvedimento si poteva procedere con un mancato accordo. Si ritiene che sia così fondata la richiesta di indennizzo ai sensi dell'art. 6 co.1 all. A delib. 347/18/CONS dal 4.3.2021 al 28.5.2021 per 510,00 euro. In virtù di quanto poc'anzi rappresentato si chiede anche il rimborso delle spese sostenute dall'istante per la riparazione del dispositivo. 2. Mancata risposta ai reclami. Come già esposto, l'istante ha presentato molteplici reclami. Il gestore non ha mai fornito alcun riscontro ai reclami presentati. L'art. 8 comma 3 della Delibera 179/03/CSP stabilisce espressamente che "gli organismi di telecomunicazioni assicurano agli utenti la tracciabilità o, almeno, la riferibilità dei reclami e segnalazioni presentati in una delle forme di cui al comma 1 (cioè per telefono, per iscritto, a mezzo fax o per via telematica n.d.r.)". Si chiede al gestore il deposito del retrocartellino. Nei casi di rigetto, come quello in esame, 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 tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta scritta al reclamo inviato, da cui è derivata per l'istante 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". Si chiede un indennizzo di euro 300,00 a Wind per la mancata risposta al reclamo. Tutto quanto su premesso e considerato, l'istante, come sopra rappresentato e difeso, CHIEDE A codesta Illustre Autorità di riconoscere in favore dell'istante: - Indennizzo per sospensione del servizio - Indennizzo per mancata risposta ai reclami per 300,00 euro. - spese di procedura".

3. Motivazione della decisione

Sul rito e nel merito.

In via preliminare, si rigetta l'eccezione svolta dall'operatore in ordine alla richiesta di rimborso delle spese di procedura in quanto il Regolamento non contiene una preclusione assoluta in ordine alla rifusione delle stesse, ma precisa che "nella determinazione di rimborsi e indennizzi l'Organo Collegiale tiene conto del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione e può riconoscere altresì il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità."

Tenuto conto di quanto considerato e passando quindi al merito della controversia, le doglianze dell'istante appaiono solo parzialmente accoglibili, in ogni caso entro i limiti dei poteri devoluti al Corecom; la decisione aderisce, infatti, al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (ex art. 112 c.p.c.) in accoglimento del brocardo “Ne eat iudex ultra petitum partium” e, pertanto, viene introduttivamente rigettata la richiesta posta dal ricorrente sub 6) in quanto generica e non circostanziata. Non può essere accolta nemmeno la richiesta indennizzatoria posta dall'istante sub 1) e quantificata nelle memorie di replica; sulla scorta degli elementi forniti in atti, si è rilevata in prima battuta la mancata documentazione da parte dell'utente degli asseriti reclami a suo dire tempestivamente sporti al gestore a fronte del difettoso funzionamento dell'apparecchio.

Secondo costanti pronunce dei Corecom e dell'Autorità, in tema di malfunzionamento non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore qualora l'utente non provi di aver inoltrato a quest'ultimo, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo che fornisca contezza del guasto e permetta quindi di provvedere alla sua risoluzione; cosicché, in presenza di qualsivoglia inconveniente, l'intervento del gestore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato da parte del cliente.

In sostanza, l'onere della prova della risoluzione della problematica lamentata ricade sicuramente sul gestore, ma è inconfutabile che in capo al cliente incomba l'onere della segnalazione del problema.

Premesso quanto sopra, con riferimento al caso di specie va ulteriormente precisato che anche qualora fosse stata eventualmente presa in considerazione dall'ufficio scrivente la possibilità di valutare quale notifica del disservizio la data del 31.03.2021 di proposizione del procedimento c.d. d'urgenza (considerandola quindi quale ipotetico dies ad quo), l'istante ha ommesso di indicare il giorno nel quale l'assistenza avrebbe restituito l'I phone riparato (il modulo rilasciato da Apple allegato agli atti non risulta datato), impedendo così a chi scrive la determinazione del lasso temporale di disservizio, elemento necessario ai fini del calcolo di eventuale indennizzo spettante.

Nemmeno potrà essere disposto quanto richiesto sub 5), stante la competenza – ai sensi dell'articolo 20, commi 4 e 5, del Regolamento – in capo all'Autorità e, quindi, al Corecom, solo in materia di storni/rimborsi ed indennizzi; e neppure potrà essere accolta l'indeterminata e non documentata domanda inserita nella pag. 2 delle memorie di replica richiedente “anche il rimborso delle spese sostenute dall'istante per la riparazione del dispositivo” (si evidenzia, tra l'altro, che l'utente all'atto della sottoscrizione contrattuale del 04.03.2021, richiedeva l'attivazione contestuale dell'opzione Smartphone Reload, disciplinante eventuale sostituzione dell'apparato).

Si ritiene possa invece essere disposto lo storno/rimborso - richiesto genericamente sub 3) e 4) – con riferimento ai soli canoni addebitati nel periodo ricompreso tra la data 31.03.2021 di proposizione del formulario GU5 e quella del 26.05.2021 di deposito dell'istanza di definizione, in considerazione del fatto che non possono considerarsi provati i dati di traffico forniti dall'operatore in quanto provenienti da mera schermata interna.

La domanda sub 2) di indennizzo per mancato riscontro ai reclami viene respinta in quanto indeterminata e priva di supporto documentale.

Quanto infine alla richiesta di spese, avanzata soltanto in sede di repliche, la stessa deve essere rigettata, considerato che la procedura di risoluzione delle controversie tramite la piattaforma ConciliaWeb è completamente gratuita e che non risulta al fascicolo documentazione attestante spese di procedura giustificate.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità

DELIBERA

Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza, è tenuta a:

- stornare e/o rimborsare in caso di avvenuto pagamento i soli canoni addebitati nel periodo ricompreso tra la data 31.03.2021 di proposizione del formulario GU5 e quella del 26.05.2021 di deposito dell'istanza di definizione.

Rigetta le domande poste sub 1), 2), 5), 6) nonché quelle di rimborso delle spese di riparazione del dispositivo e di procedura.

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.

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.

Torino, 7 febbraio 2024

IL PRESIDENTE

Vincenzo Lilli