

DELIBERA N. 48/2024

XXXXXXX XXXXXX / WIND TRE (VERY MOBILE)

(GU14/465684/2021)

Il Corecom Puglia

NELLA riunione del Il Corecom Puglia del 7/5/2024;

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*”;

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 modificata 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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTA la Legge della Regione Puglia 28 febbraio 2000, n. 3 recante “L’istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com.”); VISTA la Deliberazione dell’Ufficio di Presidenza n. 62 del 26.10.2021, con la quale è stato conferito l’incarico di Direttore ad interim della Sezione “Corecom Puglia” al Dott. Giuseppe Musicco; VISTO l’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province Autonome, sottoscritto in data 28 novembre 2017 RICHIAMATA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta in data 19 dicembre 2017 tra l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ed il Consiglio regionale della Puglia;

VISTA l’istanza di XXXXXX XXXXXX del 14/10/2021 acquisita con protocollo n. 0406510 del 14/10/2021;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la relazione istruttoria del Dott. Eduardo De Cunto, titolare dell'incarico di E.Q. "Definizione delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche";

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

Nell'istanza introduttiva della presente procedura, l'utente, titolare di contratto con il convenuto gestore per servizi di telefonia fissa e mobile e internet, rappresenta quanto segue: «La mancata fornitura e il disservizio di navigazione per rete non conforme agli standard previsti è perdurato per 777 giorni, è ripetutamente segnalato con le email di posta certificata inviate nei giorni: 19/03/2019 - 19/03/2020 - 27/03/2020-11/06/2020 - 07/09/2020 - 01/12/2020. Nel dettaglio, dopo l'attivazione della linea richiesta in data 02/01/2019 ho constatato il malfunzionamento e segnalato telefonicamente il disservizio diverse volte al centro assistenza 155, il quale solo in 19/03/2019 mi ha confermato che persisteva un'inefficienza sulla linea identificata a sistema con codice WTT6126079, dovuta a lavori infrastrutturali atte a migliorare la linea. Tali miglioramenti non solo non sono stati mai effettivamente constatati, ma nell'anno 2020 (anno di pandemia) il malfunzionamento si è amplificato tanto da indurmi in data 04/05/2021 a trasmettere in allegato ad altra email Pec, con il certificato Misura internet nel quale è emersa la violazione degli impegni contrattuali, e traferivo i servizi ad altro operatore. In data 19/05/2021 contattavo gli operatori del centro assistenza 155 (cod.16014 Kevin,cod.45303 Lucia, cod.25879 Oriolo) e in data 20/05/2019 con l'operatore cod. 15975 Serena, i quali mi confermavano l'avvenuta disdetta di tutti i servizi attivi al mio numero compreso la scheda dati attiva. Nonostante ciò continuando a ricevere fatture di traffico dati, mi attivavo contattando il centro assistenza 155 in data 05/08/2021 e constatavo che per un disguido tecnico da parte di wind, non era stata disattivata la scheda sim con n°38xxxxxxxx35 collegata al numero fisso 08xxxxxxxx54, durante la stessa telefonata mi veniva confermato che contestualmente la sim in questione veniva disattivata entro 30 gg., io prontamente la cestinavo la sim in questione. In data 12/01/2021 ricevendo ancora un'altra fattura relativa al traffico dati della sim cestinata in agosto e per la terza volta a mi è stato riproposto nuovamente la procedura di disdetta telefonica. In data 14/10/2021 si è tenuta l'udienza nell'ambito del contenzioso n° UG/422040/2021 in cui non si è trovato l'accordo di richiesta indennizzo che è notificato con apposito verbale». Sulla base di tali premesse chiede: I) indennizzo per malfunzionamento del servizio giorni 777 x € 3,00= 2331,00 II) indennizzo per mancata o ritardata risposta ai reclami n°3 reclami mai risposto (quasi un anno) € 300,00 III) incremento di un terzo di € 2331,00 per disservizi forniti su banda ultra-larga, € 777,00

2. La posizione dell'operatore

Nelle proprie memorie, l'operatore convenuto rappresenta: «In via preliminare, occorre evidenziare che con il presente formulario GU14 l'istante avanza, anzitutto,

richieste parzialmente difformi da quelle di cui al prodromico formulario UG ed in particolare indica “...Indennizzo per malfunzionamento del servizio giorni 777 x € 3,00= 2331,00 (articolo 6) - Indennizzo per mancata o ritardata risposta ai reclami n°3 reclami mai risposto (quasi un anno) € 300,00 (Articolo 12) - Incremento di un terzo di € 2331,00 per disservizi forniti su banda ultra-larga, € 777,00 (Articolo 13) Totale indennizzo richiesto € 3408,00”; a differenza del precedente formulario che alla medesima voce chiedeva “...risarcimento danni di € 1.942,5 pari a € 2,50 euro per 777 giorni data della prima segnalazione. Nessun costo per il modem in quanto lo voglio restituire”. Tali richieste pertanto, si presentano come inammissibili secondo quanto disposto dall’art. 14 della delibera AGCom n. 203/18/CONS, come interpretato dalla delibera 276/13/CONS, recante le nuove “Linee guida in materia in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori”, in quanto non previamente formulate in sede del tentativo obbligatorio di conciliazione. Tale principio risulta ampiamente chiarito dall’Autorità in molteplici proprie delibere, ex plurimis del. n. 163/16/CIR, del n. 69/16/CIR e numerose altre. Come sottolineato, infatti, dalla delibera 276/13/CONS “... l’oggetto della richiesta di definizione deve essere lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione, il che non deve significare che le istanze presentate in sede conciliativa e in sede di definizione debbano essere identiche, ma che la questione in discussione sia la medesima, poiché altrimenti, se si ammettesse l’ampliamento dell’esame a questioni ulteriori, si consentirebbe, in pratica, di aggirare il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per le nuove questioni...” E questo, ovviamente, ledendo il diritto di difesa della convenuta. Con riferimento alla richiesta di risarcimento danni, la scrivente convenuta intende qui eccepire l’inammissibilità della suddetta richiesta ex art. 20 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 203/18/CONS, rubricato “Decisione della controversia” che al punto 4 stabilisce che ”L’Organo Collegiale, ove riscontri la fondatezza dell’istanza, con il provvedimento che definisce la controversia ordina all’operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell’utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell’Autorità” e al punto 5 che “Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno”. Già precedentemente in tal senso la delibera n. 19/14/CIR con riferimento alla delibera 173/07/CONS chiariva che “la liquidazione del risarcimento dei danni esula dalle competenze dell’Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie di cui alla delibera n. 173/07/CONS, è chiamata a verificare solo la sussistenza del fatto obiettivo dell’inadempimento, ai sensi dell’art. 19, comma 4, del Regolamento e che, pertanto, la domanda dell’istante di cui al punto ii), di risarcimento del danno, non può trovare accoglimento in questa sede”. Ricostruzione della vicenda contrattuale In data 06/05/2021 perveniva UG 422040/2021 con il quale l’istante lamentava un malfunzionamento del servizio internet. La convenuta effettuate le dovute verifiche (a tal proposito si allega traffico telefonico All.1, All.2, All.3, All.4, All.5, All.6) constatava ad ogni modo che non erano presenti anomalie tecniche. Sempre a maggio 2021 perveniva reclamo per la medesima motivazione con la “Misura Internet” e “Ne.Me.Sys.” (allegato

anche all’istanza). La convenuta però constatava nel modulo una numerazione diversa da quella intestata all’istante ed oggetto del contendere: era presente infatti il n. 08xxxxxx17 e non il n. 08xxxxxx54. WindTre provvedeva pertanto ad informare l’istante inviando mail di risposta come da schermata sotto riportata. [...] In data 18/05/2021 l’utenza n. 08xxxxxx54 migrava verso altro gestore. Il 24/06/2021 in ottemperanza alla delibera 487/18/Cons veniva emessa nota di credito di €15,10 (all.7) In data 12/10/2021 e mai prima di allora, veniva richiesta cessazione dell’utenza n. 38xxxxxx35 che avveniva come da condizioni contrattuali in data 11/11/2021. Si precisa infatti che avendo sottoscritto regolare contratto (all.8) solo a seguito di una formale richiesta di disattivazione la convenuta poteva procedere alla disattivazione della stessa. Ad oggi è presente un insoluto di €361,04. Il 14/10/2021 l’udienza di conciliazione si concludeva con un mancato accordo. • Nel merito Appare doveroso evidenziare che il convenuto gestore, oltre a non riscontrare anomalie o difformità, riscontrava comunque regolare fruizione del servizio come da traffico disponibile sui propri sistemi, di cui disponeva la conservazione e che pertanto si allega alla presente (all.1,2,3,4,5,6). L’istante inoltre allegava e allega la certificazione Ne.Me.Sys. riferita ad altra utenza e pertanto non fornisce alcuna prova di quanto lamentato ma al contrario secondo quanto riportato dall’istante, manteneva la linea attiva per oltre 777 giorni utilizzando regolarmente il servizio. Le schermate allegate dall’istante non hanno valenza probatoria poiché la certificazione Nemesys non riporta l’utenza oggetto del contendere ma altra utenza non intestata all’istante! Nota è la normativa contrattuale nonché le previsioni della Carta Servizi che all’art. 2.2, in tema di irregolare funzionamento del servizio, prevedono espressamente che “WIND si impegna ad eliminare eventuali irregolarità funzionali del servizio entro il quarto giorno non festivo successivo a quello in cui è pervenuta la segnalazione, ad eccezione dei guasti di particolare complessità che verranno comunque riparati con la massima tempestività. Con riguardo a quest’ultima tipologia di guasti, WIND si impegna a fornire informativa attraverso ogni canale, ad esempio tramite sito web, sullo stato del disservizio occorso...”. Nel caso in cui WIND non osservi i predetti termini, il Cliente avrà diritto agli indennizzi di cui al punto 3.3”. Pertanto, il diritto del Cliente ad essere indennizzato nasce solo nel caso in cui WIND non abbia eliminato il disservizio entro il quarto giorno. Oltre a questo, trattasi di mera indicazione, espressa dallo stesso istante (senza comunque comprovata documentazione a supporto), che i valori misurati sulla qualità del servizio di accesso ad Internet non sono in linea. Difatti si ribadisce che nessuna certificazione Nemesys relativa all’utenza n. 08xxxxxx54 è MAI pervenuta alla convenuta. Ad ogni modo, in riferimento alla “lentezza” del servizio dati nonché in riferimento all’esito dei valori misurati attraverso le certificazioni Ne.Me.Sys., che riscontravano un mancato rispetto degli standard minimi garantiti, occorre premettere quanto segue: - con Delibere 131/06/CSP, 244/08/CONS e 151/12/CONS, codesta Autorità ha introdotto una serie di indicatori rispetto ai quali gli operatori devono essere misurati. In particolare, con queste disposizioni, l’AGCom ha definito gli indicatori di qualità e le modalità di effettuazione delle misure ai fini della determinazione dei valori statistici, nonché previsto le modalità di esecuzione delle misure ad uso dell’utente finale per verificare la qualità offerta. - Al fine di mettere l’utente nella condizione di effettuare una misurazione adeguata della qualità della connessione ad internet da postazione fissa,

codesta Autorità ha avviato il progetto “Misura Internet” di cui Ne.Me.Sys. è il programma ufficiale. In particolare, Ne.Me.Sys. è un software certificato messo a disposizione degli utenti gratuitamente e disponibile per tutti i principali sistemi operativi di PC. Al termine delle misure effettuate, l’utente può scaricare, dalla propria Area Privata, un certificato in formato "pdf" riportante i risultati delle misure e i dati dichiarati dall’intestatario della linea. Ad oggi detta misurazione è estesa e disponibile anche per connessioni a banda ultralarga, sia in rame che in fibra ottica. - I risultati delle misure effettuate possono essere confrontati con i valori indicati dall’operatore nella documentazione allegata all’offerta sottoscritta. La misurazione ha valore probatorio e, nei casi in cui i dati risultanti dalle misure non siano in linea con i valori dichiarati dall’operatore, il cliente può recedere senza costi. Come, dunque, potrà leggersi nella sezione dedicata del sito misura internet https://www.misurainternet.it/approfondimenti_nemesys “Le misure con Ne.Me.Sys. possono essere eseguite autonomamente dall’Utente registrandosi su questo sito, scaricando e installando il software. Se la misura rileva valori peggiori rispetto a quanto garantito dall’operatore, il risultato costituisce prova di inadempienza contrattuale e può essere utilizzato per proporre un reclamo per richiedere il ripristino degli standard minimi garantiti. Ove non vengano ristabiliti i livelli di qualità contrattuali, una seconda misura sempre effettuata con Ne.Me.Sys. e che confermi valori peggiori rispetto a quanto garantito dall’operatore, può essere utilizzata come strumento di recesso senza penali”. Ai sensi, dunque, della predetta disposizione, l’eventuale esibizione da parte dell’istante del certificato Ne.me.sys. attestante il mancato rispetto degli standard minimi garantiti, fa nascere in capo allo stesso esclusivamente il diritto al recesso senza penali, e non il riconoscimento di alcun diritto all’indennizzo. Detto orientamento è stato, altresì, ampiamente ribadito dall’Autorità in numerose successive delibere, e.g.: “Ai sensi dell’articolo 8, comma 6, della delibera n.244/08/CONS, l’istante ha solo la possibilità di recedere senza alcun costo, ma non anche il diritto di richiedere il rimborso dei canoni corrisposti, essendo comunque tenuto alla corresponsione del corrispettivo a fronte dell’erogazione del servizio ADSL, sia pure non rispondente agli standard di qualità convenuti contrattualmente. Infatti la norma citata prevede espressamente che “Qualora il cliente riscontri valori misurati degli indicatori peggiorativi rispetto a quelli di cui sopra può presentare, entro 30 giorni dalla ricezione del risultato della misura, un reclamo circostanziato all’operatore e ove non riscontri il ripristino dei livelli di qualità del servizio entro 30 giorni dalla presentazione del predetto reclamo, egli ha facoltà di recedere senza penali dal contratto per la parte relativa al servizio di accesso a Internet da postazione fissa, con un preavviso di un mese, mediante comunicazione inviata all’operatore con lettera raccomandata”[...]. Con riferimento alla richiesta volta al riconoscimento di indennizzi, [...], la stessa può essere interpretata come volta al riconoscimento di indennizzi per la lentezza della navigazione ADSL [...]. Entrambe le richieste non possono trovare accoglimento, nel primo caso, in quanto, [...], risulta chiaro che la lentezza della navigazione non determina il diritto alla liquidazione dell’indennizzo ma consente al cliente di recedere senza penali” (AGCom delibera n. 126/16/CIR); “l’utente, avrebbe solo la facoltà di cambiare operatore senza costi di cessazione ma non anche il diritto di richiedere il rimborso dei canoni corrisposti, essendo comunque tenuto

alla corresponsione del corrispettivo a fronte dell'utilizzo del servizio Adsl, sia pure esso risultò non rispondente agli standards di qualità convenuti contrattualmente" (AGComDelibera n. 93/11/CIR). Peraltro, le vigenti condizioni di contratto (allegate) all'art. 4.16 disponevano espressamente quanto segue: "Il Cliente riconosce ed accetta che l'effettiva velocità del collegamento dei Servizi Internet dipende dal grado di congestione della rete, dalla qualità della rete di accesso e dell'impianto telefonico del Cliente. WIND non è pertanto in grado di garantire l'effettivo raggiungimento della velocità nominale. Il Cliente riconosce inoltre che WIND potrà adottare particolari pratiche di c.d. traffic shaping e adattamenti preventivi della banda con finalità puramente tecniche di controllo della congestione e di ottimizzazione dell'uso della rete, all'unico scopo di garantire un servizio uniforme ed omogeneo ai Clienti ". Effettuata tale doverosa premessa, si segnala che il convenuto gestore riscontrava comunque regolare fruizione del servizio come da traffico disponibile sui propri sistemi, di cui disponeva la conservazione e che pertanto si allega alla presente (all.1,2,3,4,5,6). Come da disposizioni di codesta Autorità sopra richiamate, l'istante, già entro 30 giorni dalla presentazione della prima segnalazione, a fronte del mancato ripristino dei livelli di qualità del servizio, qualora il servizio così erogato non fosse risultato rispondente alle proprie esigenze, poteva sin da subito recedere senza penali dal contratto mediante comunicazione inviata all'operatore con lettera raccomandata. Secondo quanto addotto dall'istante, lo stesso invece continuava ad utilizzare regolarmente il servizio e solo dopo 777 giorni migrava l'utenza verso altro gestore! Nel caso in esame, è dunque opportuno richiamare i principi generali stabiliti dall'ordinamento, come, per esempio, quello di cui all'art. 1227 Cod. civ. sul concorso del fatto colposo del creditore. In altre parole, 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 ha elaborato una massima che vale qui la pena richiamare stante quanto occorso: "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". Per quanto riguarda la mancata risposta al reclamo, la stessa oltre a non essere richiesta nel prodromico Ug e pertanto si ribadisce l'inammissibilità della stessa, è priva di ricevuta di consegna. Al riguardo, si richiama il costante orientamento di codesta Autorità, in virtù del quale l'istante deve adempire quanto meno all'obbligo di dedurre, con minimo grado di precisione, quali siano i fatti ed i motivi alla base della richiesta, allegando la relativa documentazione. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione ed il creditore istante alleghi tale inesattezza,

grava sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento sia dipeso da cause a lui non imputabili ex art 1218 cod civ., ovvero da cause specifiche di esclusione di responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla carta servizi. Orbene, si richiamano i principi fondamentali del processo civile, in particolare della difesa e del contraddittorio, disciplinati dagli articoli 115 c.p.c. e 2697 c.c. che prevedono che il giudice debba decidere iuxta alligata et probata, e quindi, porre a base della decisione unicamente le circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda e le prove offerte dalle parti, e che chiunque voglia far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, che non risultano essere stati rispettati da controparte. Visto quanto ut supra indicato, si richiede il rigetto della domanda attorea, posto che alcuna responsabilità né tantomeno alcun inadempimento potrà rinvenirsi in capo alla convenuta».

3. Motivazione della decisione

All'esito dell'istruttoria, l'istanza formulata dall'utente non può trovare accoglimento, per le ragioni che seguono. Deve preliminarmente rilevarsi che nel formulario UG introduttivo della procedura di conciliazione l'utente ha sollevato la sola questione della lentezza della navigazione: ulteriori questioni non saranno pertanto trattate, in quanto inammissibili. Come noto, affinché le questioni proposte in sede di definizione siano esaminabili, si deve necessariamente verificare che l'oggetto della richiesta di definizione sia lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione, poiché altrimenti, se si ammettesse l'ampliamento dell'esame a questioni ulteriori, si consentirebbe, in pratica, di aggirare il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per le nuove questioni (Cfr. Del. n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013, recante le "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche"). L'utente ha rappresentato un problema di lentezza della trasmissione dati tale da non consentire un utilizzo ottimale del servizio. Si parla in questi casi di "linea degradata", a significare che il servizio è stato erogato, ma non in conformità degli standard attesi. In base all'orientamento Agcom in materia (si vedano, per tutte, le Delibere nn. 131/06/CSP, 244/08/CONS, 151/12/CONS, 126/16/CIR e 67/16/CIR), l'utente, nel caso in cui la qualità della connessione internet non sia adeguata ai valori indicati dagli operatori, matura non il diritto a un indennizzo, quanto, piuttosto, il diritto di recedere dal solo servizio internet senza penali. Pertanto, la fattispecie in esame non potrà dar luogo alla corresponsione di alcun indennizzo. A ciò si aggiunga che, come eccepito dalla parte convenuta, il certificato Ne.me.sys depositato in atti dall'istante è relativo ad utenza diversa da quella per cui si controverte. Per tali motivazioni, le domande non possono trovare accoglimento.

DELIBERA

Articolo 1

- 1.** L'istanza formulata dall'utente non può trovare accoglimento.
- 2.** 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.
- 3.** 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.

Bari, 7 maggio 2024

Il Dirigente ad interim del Servizio
“Contenzioso con gli operatori telefonici e le pay tv”
Dott. Vito Lagona

La Presidente
Dott.ssa Lorena Saracino

Il Direttore
Dott. Giuseppe Musicco