

	Presidente	Gualtiero Mazzi
	Componenti	Nerino Chiereghin Fabrizio Comencini Marco Mazzoni Nicoletti Luigi Perissinotto
	Dirigente	Carla Combi

Deliberazione n. 22 del 19 febbraio 2020

OGGETTO: Definizione della controversia XXX DI S. P. / WINDTRE s.p.a. (GU14/149036/2019).

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Preso atto che nella seduta odierna, tenuta presso la sede di Mestre (VE), via Poerio n. 34, la composizione del Comitato è quella riportata nella seguente tabella:

	Presente	Assente
Gualtiero Mazzi	X	
Nerino Chiereghin	X	
Fabrizio Comencini	X	
Marco Mazzoni Nicoletti		X
Luigi Perissinotto	X	

Preso atto altresì della presenza della dott.ssa Carla Combi, Dirigente dell'Ufficio Supporto Corecom del Consiglio regionale del Veneto, che svolge le funzioni di verbalizzante;

Vista la Legge regionale 10 agosto 2011, n. 18 ed in particolare l'art. 3 "*Funzioni del Presidente*";

Visto il Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato ed in particolare l'art. 7 "*Verbale delle sedute*";

Preso atto che il Presidente ha designato quale Relatore la dott.ssa Carla Combi, Dirigente dell'Ufficio Supporto Corecom del Consiglio regionale del Veneto, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato;

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";

Visto l'art. 12 della l.r. 10 agosto 2001, n. 18 recante "*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Corecom)*" ai sensi del quale "*Il Comitato svolge le funzioni di governo, di garanzia e di controllo di rilevanza locale del sistema delle comunicazioni delegate dall'Autorità ai sensi dell'articolo 1, comma 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249 e del Regolamento adottato dall'Autorità con deliberazione n. 53 del 28 aprile 1999*" (comma 1) e, in particolare, la "*istruttoria in materia di controversie tra ente gestore del servizio di telecomunicazioni e utenti privati*" (comma 2, lettera z);

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 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 “*Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni*”, sottoscritta in data 26 marzo 2018 tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni del Veneto;

Vista l'istanza di XXX DI S. P. del 14/07/2019 acquisita con protocollo n. 0308299 del 14/07/2019;

Visti gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti, quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'utente dichiara quanto segue.

Per quanto riguarda i servizi di telefonia mobile nella fattura di chiusura il gestore Wind Tre Business ci ha addebitato costi per il recesso pari ad € 240 più IVA, mentre per quanto riguarda i servizi di telefonia fissa, sia voce che dati, subito dall'attivazione la linea ha presentato problemi di funzionamento.

Non era possibile né telefonare né utilizzare la linea internet. Sono intervenuti i tecnici più volte per tentare di risolvere il problema, ma sempre senza risultato.

Questo disservizio ha comportato un grave danno economico all'attività, oltre che di immagine con la clientela. Ad un mese dall'attivazione del servizio con Wind Tre, a causa dell'insostenibile situazione creatasi dal totale disservizio, sono stato costretto a tornare con urgenza al precedente operatore.

Stimo il danno subito per maggiori costi, perdita di clientela e perdita d'immagine in circa € 5.000,00.

Richieste:

- i. lo storno totale di tutte le fatture ricevute, sia pagate che insolute;
- ii. il risarcimento del danno subito per maggiori costi, perdita di clientela e perdita d'immagine in € 5.000,00.

2. La posizione dell'operatore

In data 23 aprile 2018, a seguito di sottoscrizione di proposta di contratto, veniva attivata la linea fissa dati e voip (3 numerazioni 0423490XXX - 0423724XXX-0423729XXX) ed in data 29 maggio 2018 4 sim ricaricabili di cui 3 in mnp (3358123XXX-3463741XXX -3463741XXX) ed 1 nuova sim con offerta solo dati (3203238XXX) e 2 CPE fonia.

Le numerazioni 0423724XXX e 0423729XXX e le sim mobili 3358123XXX, 3463741XXX e 3463741XXX migravano verso altro operatore rispettivamente in data 18 settembre 2018 e 5 settembre 2018.

Pertanto, in data 20 ottobre 2018 veniva emessa la fattura numero 2018T000874415 contenente addebito del Contributo di attivazione per SIM di euro 80 + iva per le sim 3463741XXX, 3358123xxx e 3357557XXX parte istante nel corso del rapporto contrattuale mai segnalava alcun disservizio.

Si rappresenta che la Carta Servizi WIND, in tema di irregolare funzionamento del servizio, all'art. 2.2 dispone 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*”.

Ciò posto, dunque, il diritto dell'istante ad essere indennizzato per un eventuale disservizio, sorge solo ed esclusivamente nel caso in cui la sua segnalazione di guasto effettuata al servizio clienti non trovi una risoluzione nel termine indicato.

La Delibera AGCom n. 3/11/CIR, proprio in materia di malfunzionamento, ha stabilito che *“Qualora dalla documentazione prodotta agli atti non emergano elementi probanti e circostanziati, tali da rendere condivisibili le asserzioni mosse dalla parte istante circa il malfunzionamento dell'utenza, non è possibile accogliere la domanda formulata dall'istante. Invero, in assenza di riferimenti dettagliati, l'impossibilità di accertare l'“an”, il “quomodo” ed il “quantum” del verificarsi del malfunzionamento non consente in questa sede una valutazione adeguata in ordine alla liquidazione di un congruo indennizzo”* (così, conformemente, anche le delibere Agcom nn. 50/11/CIR; 14/12/CIR;38/12/CIR; 24/12/CIR; 28/12/CIR; 34/12/CIR e altre ancora).

Anche la delibera Agcom n. 69/11/CIR, nonché unanime orientamento dell'Autorità in materia, ha ritenuto che *“Non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore per malfunzionamento della linea qualora l'utente non provi di aver inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di un reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi, provvedere alla sua risoluzione”*. (Così, conformemente, le delibere Agcom Delibera nn. 100/12/CIR, 113/12/CIR, 127/12/CIR; 130/12/CIR, 82/12/CIR, 38/12/CIR, 69/10/CIR).

Risulta evidente che *“l'onere della prova della risoluzione della problematica lamentata ricade sul gestore, ma è inconfutabile che sul cliente incomba l'onere della segnalazione del problema, come peraltro sancito dalla società in sede contrattuale e nella sua Carta dei Servizi che elenca i vari canali di comunicazione messi a disposizione della società medesima”* (Delibera n. 105/14/CIR).

Si richiama recente determina direttoriale AGCOM 96/17/DTC. in cui si osserva che *“la documentazione depositata al fascicolo dall'utente non prova la sussistenza dei disservizi oggetto di controversia. In particolare, atteso che secondo un principio giuridico di carattere generale (articolo 2697 del codice civile) colui che vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, nel caso di specie l'istante che chiede la corresponsione dell'indennizzo per malfunzionamento del servizio voce non prova neanche per presunzione, che lo stesso si è verificato. Pertanto, constatata l'assenza di reclami in atti, si ritiene che le richieste non meritino accoglimento, stante l'impossibilità di accertare l'an, il quomodo [omissis]”*.

Con delibera n.163/17/CIR l'Autorità rigettava l'istanza di controparte: *“Dalla documentazione acquisita agli atti, non risulta alcun tracciamento scritto o reclamo di disservizio da parte dell'istante antecedente al deposito dell'istanza di conciliazione presentata al CORECOM”*.

Recentissima sentenza del TAR Lazio sancisce *“Come correttamente osservato dall'AGCOM nei suoi scritti difensivi, l'onere della risoluzione del guasto (e della relativa prova) ricade sul gestore ma è sul cliente che incombe l'onere di segnalare tempestivamente il problema in modo da porre il gestore stesso in condizione di conoscere il guasto e di intervenire”* (Tar Lazio, Sez. III, 10 giugno 2019, n. 7556).

Si richiama, altresì, delibera 26/06/2019 con cui il Corecom Basilicata ha rigettato l'istanza per la sua genericità e soprattutto perché, non avendo parte istante adempiuto all'onere probatorio sulla stessa incumbente, non è possibile imputare all'operatore alcuna responsabilità per il preteso malfunzionamento della linea fissa; il Corecom richiama un orientamento costante dell'Autorità secondo il quale l'utente deve adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con un minimo grado di precisione, quali siano i motivi alla base della propria richiesta; l'utente ha dichiarato di aver segnalato più volte all'operatore il malfunzionamento della propria linea telefonica, ma di tali reclami non fornisce alcuna prova. Il gestore, viceversa, assolve il proprio onere probatorio producendo la schermata dei contatti con l'utente da cui risulta l'assenza di reclami o segnalazioni nel periodo indicato dall'istante.

Con riferimento ai costi di attivazione di euro 80 + iva per sim, si rappresenta che la convenuta ha già provveduto, come da delibera AGCOM 487/18, allo storno delle penali contestate proporzionalmente ai mesi mancanti rispetto la durata massima prevista dalle condizioni generali di contratto, con NDC 911877048–relativa alla fattura numero 2018T000874415 - per euro 32,88 + iva.

Inoltre Wind Tre ha provveduto allo storno dei canoni relativi alla rete fissa fatturati post migrazione per un disallineamento dei sistemi.

Sono state quindi emesse le NDC num. 911877048 per euro 8,52 + iva e num. 911877050 per €34,75 + iva.

CHIEDE di rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto.

3. Motivazione della decisione

La richiesta dell'utente va rigettata per le seguenti motivazioni.

Per quanto riguarda la richiesta **sub i)** si ritiene che la stessa non possa essere accolta per le seguenti motivazioni: trattasi, infatti, di una richiesta formulata in modo generico, nel senso che non sono indicate nel dettaglio e tantomeno prodotte agli atti le fatture contestate.

Si evidenzia che la richiesta dell'istante è oltremodo generica, mancando elementi essenziali, quali la delimitazione di un arco temporale e l'esatta individuazione del disservizio subito anche con riferimenti a parametri specifici quali fatture e/o importi contestati.

Un orientamento in tal senso ormai pacificamente consolidato, prevede che la richiesta di storno/rimborso della fattura può essere accolta solo ed esclusivamente in presenza di formali e documentate contestazioni che specifichino in modo chiaro e dettagliato gli importi che si contestano (ex multis Delibera Corecom Puglia n. 22/2017, Delibera Agcom n. 165/15/CIR, Delibera Corecom Piemonte n. 24/2018).

Si ribadisce, in proposito, il principio consolidato secondo il quale, in presenza di qualsivoglia tipologia di malfunzionamento/disservizio, l'intervento del gestore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato da parte dell'utente (vd. Corecom Emilia-Romagna, delibera n. 385/18).

La stessa Agcom conferma che, a fronte di un disservizio, l'utente è onerato di provvedere ad una tempestiva segnalazione all'operatore al fine di metterlo nella condizione di intervenire e risolvere la problematica (ex multis Agcom, delibera n. 69/11/CIR; Agcom, delibera n. 130/12/CIR).

La segnalazione del disservizio è, infatti, un elemento indispensabile, in virtù della quale, la mancanza del reclamo, tracciato e documentabile, esime l'operatore da ogni responsabilità (vd. Corecom Calabria, delibera n. 257/18).

Si aggiunga. Infine, che l'art. 14 del Regolamento in materia di indennizzi (Delibera Agcom n. 347/18/CONS) prevede espressamente che gli indennizzi sono esclusi se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza.

Per quanto riguarda la richiesta **sub ii)** di risarcimento del danno si precisa quanto segue: il risarcimento del danno non può trovare riscontro in questa sede, in quanto, ai sensi dell'art. 20, commi 4 e 5 del Regolamento sulla procedure di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche (Delibera Agcom n. 353/19/CONS), l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria essendo, viceversa, limitata agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle Carte dei Servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o dalle delibere dell'Autorità, restando comunque salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria.

Considerato che i competenti uffici hanno provveduto a svolgere l'istruttoria e a formulare le relative proposte, altresì illustrando il contenuto dell'allegato alla presente deliberazione;

All'unanimità dei voti espressi a scrutinio palese

DELIBERA

per le motivazioni espresse in premessa e che qui si intendono integralmente riportate:

1. rigetta l'istanza di XXX proposta nei confronti della società WINDTRE s.p.a.;
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

Il Dirigente
Dott.ssa Carla Combi

Il Presidente
Avv. Gualtiero Mazzi

Il verbalizzante
Dott.ssa Carla Combi