

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

Deliberazione n. 72 del 19 agosto 2020

OGGETTO: Definizione della controversia XXX di F.M. - WIND TRE (VERY MOBILE) (GU14/229462/2020).

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 2001, 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 F.M. del 15/01/2020 acquisita con protocollo n. 0018607 del 15/01/2020;

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

In data 23 Ottobre 2018 l'istante stipulò contratto con Wind Tre avente ad oggetto una linea fissa ed una mobile. La linea fissa non è mai stata installata.

In data 8.11.2018 era fissato un appuntamento con un tecnico di TIM che non si è mai presentato. La sim mobile non è mai stata consegnata.

In data 21 Novembre venne contestata a Wind la mancata attivazione della linea fissa e la mancata consegna della sim. Wind rispose che avevano sollecitato l'uscita del tecnico.

In data 28.3.2019 fu poi chiesta la cessazione della sim (3270639xxx) a mezzo pec: nonostante ciò l'utente continua a ricevere fatture (l'ultima delle quali addebita canoni fino al 31 maggio 2019).

Con memoria di replica depositata in data 13.03.2020 il ricorrente precisa quanto segue:

Linea fissa: Wind sostiene che la cliente fosse irreperibile per l'attivazione della linea prima e che vi avesse poi rinunciato in data 22.11.2018 poi. Tale circostanza è falsa. Wind sostiene che la rinuncia derivasse da una telefonata (circostanza che si contesta), poi confermata per iscritto. Tale circostanza è palesemente smentita dal tenore del reclamo che dopo aver raccontato dei numerosi appuntamenti andati a vuoto, afferma: "Vi prego dunque comunicarmi come restituire questo modem e disdire quanto accordato". Si tratta palesemente di una dichiarazione d'intenti derivante dalla frustrazione provata per la mancata attivazione. Come Wind richiede, correttamente, la necessità di un minimo di formalità per la chiusura di un contratto quando si tratta di una disdetta, simmetricamente, un minimo di formalità è richiesta per una rinuncia all'attivazione.

Linea mobile: incomprensibile è la posizione di Wind Tre in merito alla sim mobile che, in numerose circostanze (22.11.2018, 27.2.2019, 1.3.2019), l'utente ha segnalato non aver mai ricevuto. Wind addirittura parla della presenza di un insoluto su un servizio mai attivato. Si ricorda che, 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, e da ultimo, 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. Wind non ha provato l'attivazione della linea mobile o, almeno, la consegna della sim. Quanto alla presunta mancanza di reclami, si fa presente che nel reclamo del 22.11.2018 si fa espresso richiamo alla sim mai ricevuta. Nel successivo reclamo del 1.3.2019 l'utente chiede ancora l'invio della sim dato che generava fatturazione (pagata fino a gennaio 2019 con domiciliazione bancaria, come risulta dalla situazione amministrativa prodotta da Wind). In ogni caso, trattandosi di nuova attivazione, il reclamo non è richiesto. Vista la mancata attivazione di entrambe le linee sicuramente vanno stornate tutte le fatture emesse.

La risposta a reclamo, pervenuta in una sola circostanza, è del tutto priva di motivazione. Pertanto è sicuramente dovuto l'indennizzo per mancata risposta a reclamo, anche alla luce della reiterazione del reclamo stesso.

Richieste:

- i. indennizzo per mancata attivazione linea fissa business dal 1.1.2019 (70 giorni dopo il contratto) al 13.11.2019 (Udienza di conciliazione): € 9480,00;
- ii. indennizzo per omessa attivazione linea dati business dal 2 Novembre 2018 al 27.4.2019: € 2112,00;
- iii. storno e rimborso importi fatturati su linea mobile;
- iv. indennizzo per risposta a reclamo del tutto priva di motivazione: € 300,00.

2. La posizione dell'operatore

La scrivente convenuta intende *in primis* eccepire l'inammissibilità della richiesta di indennizzo che, così quantificata, prefigura indubbiamente una natura risarcitoria.

A tal proposito l'art. 20 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 353/19/CONS, rubricato "Decisione della controversia".

Ricostruzione della vicenda contrattuale:

In data 27/10/2018 la convenuta riceveva contratto cartaceo relativo all'attivazione di una nuova numerazione fissa Wind Tre 0442750xxx con listino Office One 200 e una sim voce con listino My Share Unlimited. Quest'ultima veniva prontamente attivata con numerazione 3270639xxx.

La convenuta poneva quindi in atto le dovute azioni finalizzate all'attivazione della linea fissa, tuttavia il successivo 09/11/2018 la convenuta riceveva contatto da parte degli uffici preposti che comunicavano l'irreperibilità della cliente; l'ordine di attivazione della linea fissa veniva pertanto sospeso da parte di Telecom Italia con la seguente causale "Attesa OLO per cliente irreperibile".

In data 22/11/2018 la cliente, contattata da reparto interno Wind, comunicava di non essere più interessata all'attivazione, si procedeva pertanto all'annullamento del contratto. In pari data la cliente comunicava per iscritto la propria volontà di disdire.

In data 19/01/2019 confermava altresì di non aver attivato alcuna linea. Successivamente mai alcuna segnalazione né reclamo pervenivano alla convenuta in relazione all'utenza fissa. Solo in data 27/02/2019 la cliente inviava richieste di storno delle fatture comprendenti i costi relativi all'utenza mobile; effettuate le opportune verifiche, la convenuta rilevava la regolarità dei costi addebitati fornendo riscontro all'utente; i suddetti costi risultavano difatti conformi all'offerta mobile sottoscritta e peraltro precedentemente confermata da parte istante nel corso di una Welcome Call.

Preme evidenziare che la sim 3270639xxx sarà successivamente disattivata su richiesta di parte istante e che la convenuta ha già provveduto a riconteggiare i relativi costi frattanto addebitati a causa di un disallineamento dei sistemi. Si conferma pertanto che ad oggi risultano già riconosciuti i dovuti storni tramite

emissione delle relative note di credito e che, al netto dei suddetti aggiustamenti contabili, la posizione debitoria ammonta a € 203,88.

Nel merito:

Relativamente alla richiesta di attivazione dell'utenza fissa, preme evidenziare che l'art. 3.1 delle Condizioni generali di contratto rubricato "Attivazione del servizio" prevede che Wind si impegna ad attivare il servizio entro i seguenti termini, decorrenti dalla data di ricezione della Proposta: • 70 giorni per il Servizio di telefonia fissa tradizionale e su IP e/o ADSL in accesso diretto e per il Servizio di telefonia fissa tradizionale e su IP e ADSL in accesso indiretto. Analogamente l'art. 2.1 della Carta Servizi Wind Tre dispone: *"fatti salvi i casi di particolare difficoltà tecnica, attiva il servizio di telefonia vocale di norma entro: [...] il 70° giorno solare successivo al perfezionamento della richiesta di accesso diretto o indiretto ai servizi di telefonia fissa o servizi voce e internet a banda larga ovvero della richiesta di trasloco [...]"*. Orbene nel caso di specie, non solo la cliente è risultata inizialmente irreperibile ai preliminari contatti finalizzati all'attivazione; a ciò si aggiunga che, una volta contattata (e ciò avveniva ancor prima dello scadere dei 70 giorni previsti dal contratto), la cliente ha rinunciato all'attivazione non ponendo pertanto la convenuta nella condizione di procedere con l'installazione richiesta.

Con la 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. In aggiunta, l'AGCom ha puntualizzato che, con riferimento ai criteri temporali per il calcolo dell'indennizzo, ed in applicazione dei principi di proporzionalità ed equità, se dal comportamento tenuto dall'utente può desumersi un completo disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio, il predetto calcolo va fatto decorrere dal momento in cui un simile interesse diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l'operatore.

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. Relativamente alla mancata consegna della sim, 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.

Nulla si riterrebbe ad ogni modo dovuto a titolo di indennizzo in base al consolidato orientamento dell'Autorità e dei Co.Re.Com, secondo il quale a fronte di una eventuale fatturazione indebita, non sussisterebbero in ogni caso gli estremi per la liquidazione di alcun indennizzo, bensì la possibilità dell'utente di richiedere unicamente lo storno e/o il rimborso degli importi fatturati, ma non dovuti, in conformità a quanto previsto dalla Carta dei Servizi.

Alla luce della suesposta ricostruzione e della documentazione in atti, la convenuta conferma di aver già provveduto a stornare i conti telefonici successivi alla richiesta di disattivazione dell'utenza mobile.

Chiede di 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 insolute indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso all'esito dell'istruttoria, le richieste di parte istante possono trovare parziale accoglimento per i motivi che seguono.

Per quanto riguarda le richieste **sub i)** e **sub ii)**, giova fare alcune considerazioni preliminari.

In data 23.10.18 il ricorrente sottoscrive con Windtre un contratto per l'attivazione di una numerazione fissa (con listino Office One 200) e di una sim voce (con listino My Share Unlimited).

L'art. 3 delle Condizioni Generali di Contratto, prevede espressamente che Windtre: *"si impegna ad attivare il servizio entro 70 (settanta), decorrenti dalla data di ricezione della proposta"*.

Nella sua memoria difensiva il Gestore afferma di aver ricevuto il contratto sopra citato in data 27.10.2018, di tal ch  l'attivazione avrebbe dovuto essere espletata, nel caso *de quo*, entro e non oltre il 05.01.2019.

Quindi il Gestore, per quanto riguarda l'attivazione delle linee voce e adsl (fibra) deve di fatto considerarsi inadempiente soltanto a decorrere dalla data del 06.1.2019.

Se da un lato   documentalmente riscontrabile che l'utente con pec del 19.01.19 dichiara espressamente che "...sono a comunicare che non ho mai attivato nessuna linea Windtre business e non ho mai ricevuto alcuna sim. Avevo soltanto chiesto informazioni e annullato la richiesta poich  c'erano stati dei disagi con il tecnico che doveva provvedere all'installazione..." facendo quasi ipotizzare, come per altro afferma Windtre, che lo stesso utente abbia rinunciato all'attivazione, dall'altro si ritiene preponderante il fatto, indiscutibile, che per disattivare/recedere da un contratto, per altro regolarmente sottoscritto, ci debba necessariamente essere una comunicazione formale scritta.

In tal senso, le stesse Condizioni Generali di Contratto, sopra richiamate, prevedono espressamente (art. 6) che "Il Cliente potr  recedere in qualsiasi momento dal presente Contratto, dandone comunicazione scritta a Wind dalla propria casella di posta elettronica certificata all'indirizzo e-mail CustomerCareWindTreBusiness@pec.windtre.it o tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento".

Per quanto sopra, quindi, l'utente non ha mai formalizzato la propria volont  di recedere dal contratto *illo tempore* sottoscritto (che prevedeva l'attivazione delle linee voce e fibra da parte dell'Operatore Windtre).

Ritenendo, pertanto, che all'utente spetti l'indennizzo per la mancata attivazione delle linee voce e del servizio internet, si ritiene, per , doveroso fare alcune precisazioni per quanto concerne la determinazione del periodo utile per il calcolo dell'indennizzo.

Dalla documentazione prodotta in atti si evince che l'ultima interlocuzione formale che l'utente intrattiene con Windtre   quella datata 28.03.19 (seppure la stessa riguardi esclusivamente la richiesta di disattivazione della sim).

Non sono presenti nella documentazione agli atti, infatti, reclami o richieste formali che l'utente abbia inviato al gestore successivamente al 28.03.19, a testimonianza del fatto che l'utente stesso non abbia palesato un concreto interesse, che si sarebbe dovuto tradurre, di fatto, in atti formali, nei confronti della mancata attivazione delle linee.

A sostegno di ci , si rileva che neanche in occasione della presentazione dell'istanza di conciliazione UG/146519/2019 del 09.07.19, l'utente si sia premunito di attivare la procedura d'urgenza ex art. 5, allegato A) della delibera Agcom n. 353/19/CONS. che avrebbe potuto, presumibilmente, risolvere il problema della mancata attivazione o avrebbe consentito di conoscere, quantomeno, le ragioni tecniche del disservizio.

Per quanto sopra, quindi, si riconosce, come detto, il diritto dell'utente all'indennizzo per la mancata attivazione dei servizi voce e fibra ai sensi del combinato disposto degli artt. 4 e 13 del Regolamento sugli indennizzi (Delibera Agcom n. 347/18/CONS.) che viene cos  determinato:

- € 1.665,00= per la mancata attivazione del servizio voce (€ 7,50x2x81 giorni - dal 06.01.19 al 28.03.19),

- € 810,00= per la mancata attivazione del servizio fibra (€ 7,50x1/3x81 giorni – dal 06.01.19 al 28.03.19).

In relazione alla richiesta **sub iii)** di storno e rimborso importi fatturati su linea mobile si precisa quanto segue: l'utente ha provveduto a segnalare alla Windtre gi  a far data dal 22.11.18 la mancata consegna della sim; tale segnalazione  , quindi, stata reiterata dallo stesso utente in data 27.02.19 e in data 01.03.19; il Gestore, per , non ha dato prova di aver effettivamente consegnato la sim all'utente o quantomeno non ha

informato lo stesso, nonostante le diverse segnalazioni in tal senso, circa le ragioni della mancata consegna della sim.

Per quanto sopra si ritiene quindi che l'utente abbia diritto allo storno/rimborso, al netto delle note di credito già emesse dal Gestore, di tutti gli importi fatturati relativi alla sim 3270639xxx.

Con riferimento, infine alla richiesta **sub iv)** di indennizzo per mancata risposta al reclamo si ritiene che la stessa possa esser accolta, in quanto in risposta alle diverse segnalazioni dell'utente, Windtre ha prodotto soltanto la nota del 20.03.19 che, però, atteso il contenuto laconico e generico della stessa "abbiamo eseguito, con la massima accuratezza, tutte le verifiche necessarie e la fattura emessa risulta essere corretta" non può certamente considerarsi come adeguato riscontro, in virtù di quel principio ormai consolidato che prevede espressamente che non può ritenersi sufficiente, a fine di un esonero da responsabilità, la semplice circostanza che l'operatore abbia provveduto a rispondere per iscritto alle doglianze dell'utente.

L'operatore deve infatti informare l'utente circa gli accertamenti compiuti e i motivi ostativi alla risoluzione della problematica lamentata, in modo da mettere quest'ultimo in condizione di poter effettuare una scelta consapevole in ordine alla prosecuzione o meno del rapporto contrattuale. Non è conforme a ciò un riscontro che risulti essere del tutto generico, come nel caso specifico. Per quanto sopra, quindi, si riconosce l'indennizzo per mancata risposta al reclamo (ex art. 12 del Regolamento indennizzi) applicato nella sua misura massima pari a € 300,00=.

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. l'accoglimento parziale dell'istanza di XXX di F.M. nei confronti di WIND Tre S.p.A. La società WIND Tre S.p.A. è tenuta pertanto, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento:
 - a) a corrispondere l'importo di € 1.665,00= a titolo di indennizzo per la mancata attivazione del servizio voce,
 - b) a corrispondere l'importo di € 810,00= a titolo di indennizzo per la mancata attivazione del servizio fibra,
 - c) a stornare/rimborsare, al netto delle note di credito già emesse, gli importi fatturati relativi alla sim 3270639xxx,
 - d) a corrispondere l'importo di € 300,00= a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo;
2. ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del "Regolamento", il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità 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, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 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