

DELIBERA N. 174/2022

**[REDACTED] / WIND TRE (VERY MOBILE)
(GU14/473945/2021)**

Il Corecom Basilicata

NELLA riunione del Corecom Basilicata del 21/10/2022;

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 legge regionale 27 marzo 2000, n. 20, recante *“Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni – Co.Re.Com.”*;

VISTO l’accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle Regioni e delle Province autonome, di seguito denominato *Accordo Quadro 2018*, nuovamente prorogato con delibera n. 374/21/CONS, recante *“Proroga dell’Accordo Quadro tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni”*;

VISTA la convenzione per il conferimento e l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale della Basilicata e il Comitato regionale per le comunicazioni della Basilicata in data 19/12/2017;

VISTA la delibera n. 6/2021 del Co.Re.Com. Basilicata avente ad oggetto: *“Accettazione proroga al 31 dicembre 2022 della convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Consiglio regionale della Basilicata e Comitato Regionale per le Comunicazioni della Basilicata”*;

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*”, di seguito denominato *Regolamento*, come, da ultimo, modificata dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS, del 12 luglio 2018, recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 670/20/CONS;

VISTA l’istanza di [REDACTED] del 11/11/2021 acquisita con protocollo n. 0442783 del 11/11/2021;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

Il sig. [REDACTED], quale titolare di un contratto di telefonia mobile con Windtre S.p.A. avente numero [REDACTED], con formulario UG 450526 del 2021 si rivolgeva al Co.re.com. di Basilicata lamentando l’erronea applicazione delle condizioni contrattuali con conseguente illegittima fatturazione, il malfunzionamento della linea Voce e Internet, ed anche la mancata risposta ai numerosi reclami effettuati.

L’utente, infatti, precisava di aver inoltrato diversi reclami scritti, precisamente in data 26.04.2018, 21.03.2018, 06.09.2017, 26.04.2018, 21.3.2018, 31.5.2018 6.9.2017, 31.05.2018, 15.03.2019, 3.7.2019 e 15.07.2019, oltre a numerosi reclami telefonici, proprio al fine di segnalare l’indebita applicazione di tariffe difforni, nonché l’inadempimento contrattuale.

Per quanto detto il sig. [REDACTED] chiedeva l’indennizzo per la mancata risposta ai reclami, la restituzione delle somme indebitamente addebitate, l’indennizzo per il malfunzionamento della linea voce e dati ed anche l’indennizzo per inadempimento contrattuale, complessivamente individuato in euro 3.500,00.

All’udienza di conciliazione, svoltasi il 4.11.2021 dinanzi al funzionario Co.re.com. responsabile del procedimento, veniva redatto un verbale di mancato accordo, stante l’assenza di qualsivoglia proposta conciliativa da parte dell’operatore.

Pertanto, in data 11.11.2021, l'utente depositava istanza di definizione della controversia dinanzi al Co.re.com. di Basilicata.

Con una prima memoria del 5.01.2021 l'istante precisava ulteriormente la domanda specificando i periodi di discontinuo ed irregolare servizio: dal 12.8.2017 fino al 6.9.2017; dal 10.9.2017 fino al 12.10.2017; dal 25.10.2017 al 16.12.2017; dal 28.12.2017 al 21.02.2018; dal 27.2.2018 al 15.3.2018; dal 26.3.2018 al 20.04.2018; dal 16.03.2019 al 15.7.2019, per un totale di 333 giorni di fornitura irregolare e discontinua.

Inoltre, in tale memoria precisava anche i periodi di assenza totale di linea nei giorni dal 16.5.2018 al 28.5.2018 e dal 14.3.2019 al 15.3.2019, così per quindici giorni complessivi di assenza totale di linea.

Quanto, inoltre, alle somme ritenute indebitamente prelevate, specificava che esse ammontavano ad euro 85,88, la cui somma rappresenta il totale di tutti gli addebiti per costi extra oggetto di puntuale contestazione (€ 1,22 segnalato con pec del 17.10.2017, € 0,15 segnalato con pec del 21.3.2018; € 4,40 segnalato con pec del 26.4.2018; € 6,17 segnalato con pec del 31.5.2018; € 13,40 segnalato con pec del 15.3.2019; € 9,01 segnalato con pec del 3.7.2019; € 30,00 somma corrisposta al momento della migrazione e da restituirsi mediante traffico telefonico).

Con memoria del 25.01.2021 l'utente poi insisteva nell'integrale accoglimento delle proprie richieste, altresì, confermando l'arbitraria liquidazione di euro 300,00 da parte del Gestore, comunque successiva all'udienza di conciliazione.

Nella predetta istanza di definizione, il sig. [REDACTED] riportandosi al formulario UG, chiedeva:

- i) l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami;
- ii) la restituzione delle somme illegittimamente applicate;
- iii) l'indennizzo per il malfunzionamento e/o l'assenza della linea Voce e dati;
- iv) l'indennizzo per il mancato rispetto delle condizioni contrattuali e l'inadempimento

2. La posizione dell'operatore

L'Operatore Windtre s.p.a. faceva pervenire la memoria difensiva, datata 5.01.2022, con la quale precipuamente chiedeva dichiararsi l'improcedibilità/inammissibilità della domanda, stante l'assoluta genericità della stessa in quanto anche priva di uno specifico riferimento temporale dal quale far discendere le richieste indennitarie, nel merito, poi, contestava integralmente gli addebiti, rappresentando che la sim di cui al numero [REDACTED] risultava migrata ad altro Operatore in data 27.11.2019.

In particolare l'Operatore evidenziava che l'odierno procedimento risultava incardinato a distanza di oltre due anni dalle problematiche oggetto di doglianza, tanto da

rendere impossibile per quest'ultimo l'analisi e la produzione del traffico dati dell'utenza, ciò anche in aderenza a quanto previsto dall'art. 123 Dlgs. 196/2003.

Sulla base di dette circostanze deduceva quindi che la condotta dell'utente avesse contribuito alla determinazione del danno non avendo utilizzato l'ordinaria diligenza richiesta per il caso di specie, così incorrendo in un concorso nel fatto colposo da parte del creditore, tanto da giustificare una diminuzione del possibile indennizzo liquidabile.

Quanto, invece, all'indennizzo per mancata risposta ai reclami rappresentava, infine, di aver provveduto a liquidare in favore dell'istante già antecedentemente una somma a titolo di indennizzo omnia, pari ad euro 300,00.

Di conseguenza, la Windtre s.p.a. in detta memoria insisteva per il rigetto delle odierne pretese, stante anche l'anzidetta violazione delle regole di correttezza e buona fede da parte dell'utente, chiedendo in esterno subordine la compensazione delle relative poste di debito/credito eventualmente dovute.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento, ed è pertanto validamente proponibile.

Sulla base dell'ingente documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento e prodotta dall'Utente, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, 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. Il 20 gennaio 2010 n. 936), il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve provare la fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, il termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte.

È invece onere del debitore convenuto fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento, o nel caso che quest'ultimo sia dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, delle cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Nella fattispecie incombeva, dunque, all'istante allegare la proposta di abbonamento sottoscritta con Windtre, nonché gli eventuali reclami scritti inviati

all'operatore circa i disservizi lamentati, mentre incombeva sul gestore provare di aver erogato il servizio in maniera continuativa, ovvero, provare i motivi tecnici che non hanno consentito l'attivazione entro i termini contrattuali o non hanno consentito una regolare erogazione del servizio.

Si osserva nel caso di specie, che contrariamente a quanto sostenuto dall'utente la sim prepagata avente numero [REDACTED] risultasse migrata ad altro Operatore in data 27.11.2019, circostanza dedotta dalla Windtre e poi confermata dal sig. [REDACTED].

Dall'esame del copiosissimo corredo probatorio offerto appare comunque ictu oculi la puntuale segnalazione da parte dell'utente delle problematiche riscontrate nel corso del tempo (cfr. Pec del 26.04.2018, del 21.03.2018, del 06.09.2017, del 26.04.2018, del 21.3.2018, del 31.5.2018 del 6.9.2017, del 31.05.2018, del 15.03.2019, del 3.7.2019 e 15.07.2019).

Pertanto in assenza di prova contraria da parte dell'operatore, il mancato riscontro al reclamo, giustifica il riconoscimento all'utente dell'indennizzo di cui all'art. 12, comma 1, del Regolamento indennizzi. Inoltre ai sensi del comma 2 del predetto articolo 12, per altro, trattandosi di reclami reiterati, l'indennizzo deve essere computato in maniera unitaria e verrà riconosciuto nella misura massima liquidabile pari ad euro 300,00, stante la cosciente e reiterata volontà dell'Operatore di omettere qualsivoglia risposta a nulla valendo la deduzione, peraltro effettuata solo in sede di definizione, di aver già corrisposto detta somma in favore dell'utente non avendo in atti la prova della liquidazione diretta imputabile al succitato articolo 12, comma I, del Regolamento.

La prima doglianza sub i) risulta quindi accoglibile sussistendo in capo all'Utente il diritto all'indennizzo di euro 300,00 (trecento,00) per mancata risposta ai reclami ex art. 12, comma 1, del Regolamento indennizzi.

Quanto alla seconda doglianza sub ii), l'Utente chiede soltanto in sede di memorie aggiuntive la restituzione del complessivo importo di euro 85,88, rappresentando a suo dire la somma di importi indebitamente prelevati e difforni rispetto alla tariffa contrattuale. L'Operatore contesta sic et simpliciter tale richiesta, mentre nessuno allega le condizioni contrattuali, né tantomeno i prelevamenti effettuati dalla sim ricaricabile. Da tanto ne consegue rigetto integrale della richiesta, non potendosi ritenere assolto in capo all'istante, l'onere probatorio previsto a suo carico ex articolo 2697 c.c. il quale espressamente prevede che "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento".

La richiesta sub iii), relativa al malfunzionamento dei servizi Voce ed internet per numero 333 giorni nelle seguenti date: dal 12.8.2017 fino al 6.9.2017; dal 10.9.2017 fino al 12.10.2017; dal 25.10.2017 al 16.12.2017; dal 28.12.2017 al 21.02.2018; dal 27.2.2018 al 15.3.2018; dal 26.3.2018 al 20.04.2018; dal 16.03.2019 al 15.7.2019, e di assenza totale di linea per n. 15 giorni dal 16.5.2018 al 28.5.2018 e dal 14.3.2019 al 15.3.2019; merita

accoglimento avendo l'utente sistematicamente segnalato i malfunzionamenti all'Operatore a mezzo pec (cfr. 26.04.2018, 21.03.2018, 06.09.2017, 26.04.2018, 21.3.2018, 31.5.2018 6.9.2017,31.05.2018, 15.03.2019, 3.7.2019 e 15.07.2019).

Quanto all'indennizzo liquidabile relativamente al dedotto malfunzionamento della linea, definito dallo stesso Utente discontinuo ed irregolare, esso sarà liquidato nella misura di cui al comma II dell'art. 6 Regolamento indennizzi pari a euro 3,00 pro die per 333 giorni, così per complessivi euro 999,00 (novecentonovantanove,00).

Per l'assenza totale di linea dal 16.5.2018 al 28.5.2018 e dal 14.3.2019 al 15.3.2019, sarà dovuto l'indennizzo di cui al comma I dell'art. 6 Regolamento indennizzi pari ad euro 6,00 pro die per quindici giorni, così individuato in euro 90,00 (novanta,00).

Quanto alla doglianza sub iv) relativa al mancato rispetto delle condizioni contrattuali ed al paventato inadempimento dell'Operatore, fermo quanto considerato in ordine all'impossibilità di assumere una decisione in assenza di una puntuale allegazione delle condizioni contrattuali da parte dell'utente, sul quale incombe uno specifico onere probatorio in ordine a tale richiesta, essa in ogni caso sarebbe esulata dalla competenza dell'Autorità adita, dovendo l'utente agire dinanzi al Tribunale civile per tutte le lesioni di diritti derivanti dalla violazione delle norme del codice civile.

Per quanto detto la richiesta sub iv) non può essere accolta.

Si rileva, infine, l'inammissibilità della richiesta dell'operatore di disporre lo storno della somma oggetto di delibera non rientrando tra i poteri del Corecom, ai sensi dell'art. 20 del Regolamento di procedura, disporre la compensazione delle somme in contestazione tra le parti.

Nulla sulle spese della presente fase in quanto non espressamente richieste.

DELIBERA

Articolo 1

1. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte nonché della documentazione prodotta dalla parte, vista la relazione istruttoria dell'esperto giuridico, avv. [REDACTED] si propone, in accoglimento dell'istanza avanzata in data 11.11.2021 dal sig. [REDACTED] nei confronti di Wind Tre S.p.a., che l'Operatore provveda:

a) a corrispondere all'utente, a mezzo bonifico o assegno circolare, la somma complessiva di euro 1.089,00 (milleottantanove,00) per malfunzionamento del servizio per complessivi 333 giorni ed assenza di linea per 15 giorni ex art. 6, comma I e II del Regolamento Indennizzi di cui alla delibera n. 347/18/CONS;

b) a corrispondere all'utente la somma di euro 300,00 (trecento,00) per mancata risposta ai reclami ex articolo 12, comma I, del Regolamento Indennizzi.

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.

Potenza, 21/10/2022

IL PRESIDENTE

dr. Antonio Donato Marra

