

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Delibera n. 9/2020

Estratto del processo verbale della seduta n. 2 del 28/02/2020.

Oggetto: Definizione della controversia /Wind Tre S.p.a.
(già Wind Infostrada) (GU14 75/17)

Presiede il Presidente

Mario Trampus

Sono presenti:

Il Vice Presidente

Antonella Eloisa Gatta

il componente

Cristina Vescul

Verbalizza

Roberta Sartor

In ordine all'oggetto, il Comitato ha discusso e deliberato quanto segue:

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" (di seguito Codice);

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante il "Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229" (di seguito Codice del consumo);

VISTA la Legge Regionale 10 aprile 2001, n. 11 "Norme in materia di comunicazione, di emittenza radiotelevisiva locale ed istituzione del Comitato Regionale per le Comunicazioni (Co.Re.Com.)" in particolare l'articolo 7, comma 1, lett. b), ai sensi del quale "il Co.Re.Com. esercita le funzioni istruttorie, consultive, di gestione, di vigilanza e controllo di competenza dell'Autorità, ad esso delegate ai sensi dell'articolo 1, comma 13, della legge 249/1997 e successive modificazioni e integrazioni, così come meglio specificate all'articolo 5 del Regolamento approvato con deliberazione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni 28 aprile 1999, n. 53";

VISTO l'accordo Quadro del 25 giugno 2003 tra l'Autorità, la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome e la Conferenza dei Presidenti dell'Assemblea dei Consigli regionali e delle Province autonome, che individua i principi generali concernenti l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni e prefigura il contenuto delle singole convenzioni tra la stessa Autorità e gli Organismi competenti, come individuati dalle leggi regionali;

VISTO l'accordo Quadro del 28 novembre 2017 tra l'Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, con cui si sono individuati i principi generali concernenti l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, prefigurando il contenuto delle singole convenzioni tra l'Autorità e gli organi competenti come individuati dalle leggi regionali;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, stipulata tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia ed il Comitato regionale per le comunicazioni del Friuli Venezia Giulia in data 27 dicembre 2017;

VISTA la delibera Agcom n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, All. A recante "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti", (di seguito Regolamento);

VISTA la Delibera dell'Agcom n. 276/13/CONS "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe al Co.Re.Com. in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";

VISTA la Delibera dell'Agcom n. 179/03/CSP, allegato A "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249

VISTA la delibera Agcom n. 73/11/CONS, "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico" ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481 (di seguito Regolamento Indennizzi);

VISTA l'istanza GU14, acquisita al protocollo generale al n. /A.d.c. presentata da , con la quale è stato richiesto l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, Co.Re.Com) per la definizione della controversia in essere

con la società Wind Tre S.p.a., (di seguito per brevità Operatore o Wind) ai sensi dell'art. 14 del Regolamento;

VISTA la nota prot. n. _____ d.d. _____ del responsabile del procedimento, con la quale è stato comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia;

VISTI tutti gli atti del procedimento, ai cui contenuti è fatto rinvio per *relationem*, quali parti integranti del presente provvedimento;

Considerato quanto segue:

1. La posizione di Parte Istante.

L'istante, intestatario di diverse utenze con Wind, codice cliente _____, nell'istanza di definizione presentata verso tale Operatore e con successiva memoria difensiva n. prot. _____ d.d. 17/01/2017, ha rilevato che:

- Wind dal primo ciclo di fatturazione ha applicato condizioni economiche con costi più elevati rispetto a quanto pattuito;
- l'utenza fissa _____ è stata attivata in ritardo, non funzionava ed è stata disattivata/sospesa per morosità tanto da non consentirne la migrazione in Telecom, migrazione avvenuta a seguito della richiesta di provvedimento d'urgenza (GU5);
- Wind ha proceduto all'attivazione non richiesta di 10 utenze fisse (_____),

per le quali, l'istante con successiva memoria difensiva, ha precisato di voler ottenere "il ricalcolo di tutte le fatture emesse con conseguenti storni e/o rimborsi di quanto non dovuto sino alla data di disattivazione dei servizi non richiesti" oltre all'indennizzo giornaliero di € 5,00, - per tutta la durata del disservizio;

- Wind ha proceduto all'attivazione di servizi a sovrapprezzo, disservizio accertabile dalle fatture e per il quale, sempre con successiva memoria difensiva, il ricorrente ha richiesto il ricalcolo delle fatture con conseguenti storni e/o rimborsi fino alla loro disattivazione e un indennizzo giornaliero di € 1,00. -

- a seguito dei reclami effettuati, Wind non ha fornito alcun riscontro per iscritto e conseguentemente l'istante ha richiesto la liquidazione del relativo indennizzo.

Sulla base di tali premesse l'istante ha richiesto nell'istanza GU14:

- i) chiusura del contratto (parte mobile) con codice cliente n. _____
- ii) rimborso integrale di quanto pagato e non dovuto;
- iii) liquidazione indennizzi in genere;
- iv) ritiro di ogni pratica di recupero del credito, a cure e spese del gestore.

2. La posizione dell'Operatore.

La società Wind Tre S.p.a. si è costituita producendo la memoria difensiva n. prot. _____ d.d. 17/01/2017 ed ha insistito sull'inammissibilità dell'istanza risultando la stessa del tutto generica e non circostanziata nei fatti non avendo il ricorrente, in assenza della produzione del contratto, provato l'errata fatturazione.

Wind ha riferito che in data 22/12/2015 il cliente ha sottoscritto il contratto fisso dati e Voip con listino Wind Smart Office Large per l'attivazione di un totale di 11 interni (10 in portabilità e 1 nuovo) al costo unitario di € 20,00.- a bimestre e ADSL a € 150,00.- a bimestre, nonché richiesto l'attivazione di 5 SIM dati e 6 SIM voce.

L'Operatore ha riferito che i contributi di recesso sono stati addebitati a seguito della cessazione anticipata delle SIM Voce e Dati attivate in data 21/04/16. Nello specifico la SIM

è cessata il 24/06/2016, le SIM

1, sono cessate il 18/07/2016 e le SIM dati

e in data 20/10/2016. Wind, quindi, ha applicato le penali

in base all'art. 2.3. delle condizioni Generali di Contratto che recita: "la durata del Contratto è di 24 (ventiquattro) mesi dalla sua conclusione. Successivamente il Contratto, ove possibile, si rinnoverà tacitamente di anno in anno, salvo disdetta da darsi con telegramma o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, almeno 30 (trenta) giorni prima della scadenza del Contratto stesso. La durata verrà calcolata singolarmente per ogni Accesso/Carta SIM attivato dal Cliente".

Wind, inoltre, ha evidenziato di aver addebitato al cliente i contributi di cessazione anticipata per il mancato rispetto di quanto previsto nell'allegato tecnico ed economico ove viene stabilito che "i piani tariffari mobili All Inclusive Aziende Ricaricabile prevedono un contributo di attivazione pari a 80€ per ogni SIM, tale contributo è scontato del 100% per i clienti che non recedono prima di 24 mesi dall'attivazione. In caso contrario il contributo sarà applicato sull'ultima fattura utile. La durata contrattuale è pari a 24 (ventiquattro) mesi."

Per quanto concerne la contestata mancata attivazione e funzionamento dell'utenza fissa, si riporta quanto integralmente riportato da Wind nella propria memoria difensiva: "A tal proposito preme evidenziare che il cliente segnalava:

- in data 22/02/2016 problemi con IP PHONE CISCO SPA504G (proprietà cliente), il mancato funzionamento del centralino. Tale disservizio si risolveva in data 16/03/2016. Si calcolano 23 giorni di Interruzione del servizio;
- in data 14/04/2016 lamentava frequenti disconnessioni (a intervalli di un paio di minuti) di tutti gli IP Phone e disservizio su linea. La problematica rientrava in data 22/04/2016. Si calcolano 8 giorni di Interruzione del servizio.
- in data 28/04/2016 lamentava disservizio di linea muta su tutte le numerazioni VOIP che veniva risolto il 30/05/2016. Si calcolano 32 giorni di Interruzione del servizio.
- in data 24/05/2016 segnalava cordless non funzionante che riprendeva la sua funzionalità in data 07/06/2016. Si calcolano 14 giorni di Interruzione del servizio.
- in data 07/06/2016 lamentava problemi di ricezione delle chiamate. Il disservizio terminava il 13/06/2016. Si calcolano 6 giorni di Interruzione del servizio.
- in data 13/06/2016 segnalava nuovamente che il cordless non era funzionante. Il guasto veniva risolto il 16/06/2016. Si calcolano 3 giorni di Interruzione del servizio.
- in data 13/07/2016 segnalava per modifica indirizzo IP errata e disservizio terminava il 18/07/2016. Si calcolano 5 giorni di Interruzione del servizio.
- Infine in data 27/07/2016 segnalava linea muta n. e problema fax, il servizio veniva ripristinato in data 05/08/2016. Si calcolano 9 giorni di Interruzione del servizio".

Sulla base di tali censure ha richiesto il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante in quanto infondate in fatto e in diritto.

RILEVATO che in sede di udienza di discussione del 21/11/2018:

- il rappresentante dell'istante ha riferito che: "l'istante ha provveduto a chiedere la disattivazione delle utenze e allo stato la società Conform non ha più attivo alcun servizio con Wind Tre e in data 20/09/2018 è stata emessa la fattura n. 20.
 - il responsabile di Wind ha precisato che i canoni sono cessati in data 08/08/2018 ed è stato predisposto il rimborso dei canoni dal 03/03/2017 al 07/08/2018 per l'importo di € 343,21.-.
 Sono stati, quindi, acquisiti agli atti i documenti prodotti dalle parti e nello specifico la richiesta di chiusura del contratto codice cliente 420., formulata dall'istante in data 06/07/2018 a Wind Tre, la fattura n. 20. emessa in data 20/09/2018 per l'importo di € 285,66.- (periodo di fatturazione 01/07/2018- 31/08/2018) nonché le seguenti le note di credito emesse da Wind in data 23/08/2018:

- n.	- fattura di riferimento n. 2017	di € 38,69.-;
- n.	- fattura di riferimento n. 2017	di € 40,00.-;
- n.	- fattura di riferimento n. 2017	di € 48,80.-;
- n.	- fattura di riferimento n. 2017	di € 48,80.-;
- n.	- fattura di riferimento n. 2018	di € 48,80.-;
- n.	- fattura di riferimento n. 2018	di € 48,80.-;
- n.	- fattura di riferimento n. 2018	di € 48,80.-;
- n.	- fattura di riferimento n. 2018	di € 48,80.-;

3. Motivazione della decisione.

Preliminarmente si evidenzia l'incompetenza del Corecom, in base a quanto stabilito dall'art. 19, commi 4 e 5, del Regolamento, a pronunciarsi sulla richiesta volta ad ottenere la chiusura del contratto trattandosi di domanda relativa a obblighi di *facere*.

L'istante, tra l'altro, ha erroneamente chiesto la chiusura del contratto (parte mobile) con il diverso codice cliente n. anziché quello appartenente allo stesso e così risultante nelle fatture e dallo stesso riportato nella sua disdetta del 06/07/2018.

La richiesta formulata sub i) è dichiarata inammissibile.

Passando al merito della controversia, e seguendo l'ordine dei diversi punti contestati dall'istante nella propria memoria difensiva, che comunque rientrano nell'oggetto delle richieste formulate nell'istanza di definizione, si ritiene che le stesse possano essere parzialmente accolte, come di seguito precisato.

A) In merito alla mancata e/o inesatta applicazione da parte di Wind di quanto pattiziamente stabilito. Rimborsi e/o storni e/o indennizzi.

L'istante lamenta la mancata applicazione delle condizioni economiche pattuite con addebito di costi più elevati rispetto al pattuito senza però indicare e produrre le effettive condizioni contrattuali che asserisce di aver sottoscritto e precisare nelle fatture prodotte (tra l'altro non complete nei singoli dettagli) quali importi fossero difforni dall'offerta sottoscritta.

Sulla base di tali considerazioni la domanda dell'utente di rimborso e/o storni e/o indennizzi non è meritevole di accoglimento in assenza di riferimenti specifici, stante l'impossibilità di accertare l'"*an*", il "*quomodo*" ed il "*quantum*".

B) In merito al ritardo nell'attivazione della rete fissa 0434524325, al malfunzionamento della stessa e alla disattivazione/sospensione per morosità con impossibilità alla migrazione verso altro operatore. Storno/rimborsi/indennizzi.

In primis l'istante, genericamente, lamenta l'attivazione in ritardo dell'utenza senza indicare la data di tale disservizio.

Al riguardo, 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. Il 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.

Nel merito si osserva che, in base alla direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, delibera Agcom n.179/03/CSP, e secondo il consolidato orientamento dell'Agcom, gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale. Pertanto nel caso in cui l'utente lamenti il ritardo nell'attivazione dell'utenza rispetto alle tempistiche stabilite nelle condizioni generali di contratto, l'operatore per escludere la propria responsabilità è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa dell'operatore.

Spetta dunque all'operatore provare di aver posto in essere tutte le attività necessarie per l'attivazione del servizio o di provare che l'impossibilità della prestazione è stata determinata da circostanze o da problematiche tecniche o da difficoltà ad esso non imputabili.

Wind, a fronte della segnalazione dell'istante del 22/02/2016 di mancata ricezione delle chiamate sulla linea fissa ha provveduto a modificare i parametri della configurazione degli interni 6003 e 6000 terminanti con la stessa numerazione (), consentendo l'arrivo corretto delle chiamate ma è rimasto il problema del gruppo di chiamata per gli altri interni 6001 e 6000 che dovevano squillare in simultanea ma l'interno 6001 è rimasto in stato "non disturbare".

Wind, comunque, ha provveduto ad attivarsi per cercare di rimuovere gli ostacoli, anche contattando diverse volte il cliente, tuttavia solo in data 16/03/2016, come dalla stessa riferito nella memoria difensiva, il servizio era funzionante.

Si osserva che a fronte della contestazione del ricorrente in merito al ritardo nell'attivazione dell'utenza fissa de quo, Wind nulla ha riferito sulla tempestiva attivazione della stessa ed ha considerato invece l'assenza di linea come motivo di interruzione del servizio (dal 22/02/2016 al 16/03/2016), con ciò facendo presupporre che la linea fosse stata precedentemente attivata e per un periodo anche funzionante.

Wind, non avendo dimostrato di aver attivato l'utenza fissa nei termini previsti, è pertanto responsabile dell'attivazione in ritardo, ritardo che non è stato causato da problemi di

migrazione ma di configurazione della linea con i diversi interni (vedi doc. 3 segnalazione d.d. 25/02/2016 allegata alla memoria difensiva Wind).

Per quanto riguarda la durata del periodo indennizzabile si ritiene, non avendo elementi precisi, di prendere come riferimento quale *dies a quo* il giorno 19/02/2016 (non quello del 05/02/2016 che fa riferimento all'attivazione di una nuova utenza), quale prima data utile nei sistemi Wind di presunta attivazione dell'utenza così come indicata nella fattura n. d.d. 19/03/2016 e quale *dies a quem* la data di funzionamento del 16/03/2016 come indicata nella memoria difensiva in assenza di contestazioni del ricorrente.

La misura dell'indennizzo è da computarsi in base a quanto previsto dagli artt. 3, comma 1 e 12, comma 2, dell'Allegato A) della Delibera Agcom n. 73/11/CONS, che nel caso di ritardo nell'attivazione del servizio imputabile all'Operatore prevedono la corresponsione di un indennizzo pari a euro 7,50.- per ogni giorno di ritardo, da computarsi in misura pari al doppio, ossia euro 15,00.- in quanto trattasi di utenza business.

La misura dell'indennizzo spettante all'istante è pari all'importo complessivo di € 405,00.- ottenuto in base ai seguenti calcoli: attivazione in ritardo del servizio indennizzabile per 27 giorni totali pari a € 7,5 x 2, utenza business, = € 15,00 x 27gg = € 405,00.- (quattrocentocinque/00).

All'importo riconosciuto a titolo di indennizzo va comunque dedotto l'accredito di € 100,00.- (cento/00) eseguito da Wind nella fattura n. d.d. 1... a titolo di "indennità su attivazione fisso".

L'istante, per il periodo di mancata fruizione del servizio, avrà altresì diritto al rimborso se pagati e/o allo storno dei costi relativi ai servizi non fruiti per detto periodo.

Per quanto concerne, invece, il contestato malfunzionamento della rete fissa si rileva che dall'esame della documentazione prodotta dall'istante risultano solo alcune segnalazioni in merito tra l'altro prive dell'effettiva conferma di invio all'Operatore.

Wind, tuttavia, nella propria memoria difensiva, ha colmato il difetto probatorio dell'istante, riferendo in modo circostanziato tutte le date delle segnalazioni in ordine all'interruzione della rete fissa e dei disservizi occorsi dall'utente e le date di risoluzione degli stessi senza fornire alcuna giustificazione tecnico-giuridica in merito.

L'accertata imputabilità dei predetti disservizi in capo al gestore implica la corresponsione in favore dell'istante di un indennizzo proporzionato al disservizio subito da quest'ultimo, a partire dal quarto giorno successivo alla segnalazione, così come previsto dall'art. 2.2 della Carta Servizi di Wind.

La misura dell'indennizzo è da computarsi in base a quanto previsto dagli artt. 5, comma 1 e 12, comma 2, dell'Allegato A) della Delibera Agcom n. 73/11/CONS, che nel caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici, imputabili all'Operatore prevedono la corresponsione di un indennizzo pari a euro 5,00.- per ogni giorno di disservizio, da computarsi in misura pari al doppio, ossia euro 10,00.-, in quanto trattasi di utenza business.

Per l'individuazione dei periodi di riferimento in base ai quali effettuare il calcolo dell'indennizzo di cui sopra, si considerano i parametri indicati nella memoria di Wind e nello specifico le date delle segnalazioni (*dies a quo*) e le date di ripristino del servizio (*dies a quem*) che prevedono il termine superiore di 4 giorni di cui all'art. 2.2. della Carta Servizi Wind (termine concesso all'Operatore per risolvere il disservizio):

- *dies a quo* 14/04/2016 e *dies a quem* 22/04/2016 per un totale di 8 giorni di interruzione del servizio, di cui in termini di indennizzo 4 giorni;

- *dies a quo* 28/04/2016 e *dies a quem* 30/05/2016 per un totale di 32 giorni di interruzione del servizio, di cui in termini di indennizzo 28 giorni;

- dies a quo 24/05/2016 e dies a quem 07/06/2016 per un totale di 14 giorni di interruzione del servizio di cui in termini di indennizzo 11 giorni;
- dies a quo 13/06/2016 e dies a quem 16/06/2016 per un totale di 23 giorni di interruzione del servizio di cui in termini di indennizzo 19 giorni;
- dies a quo 13/07/2016 e dies a quem 18/07/2016 per un totale di 5 giorni di interruzione del servizio di cui in termini di indennizzo 1 giorno;
- dies a quo 27/07/2016 e dies a quem 05/08/2016 per un totale di 9 giorni di interruzione del servizio di cui in termini di indennizzo 5 giorni.

Pertanto la misura dell'indennizzo spettante all'istante è pari all'importo complessivo di € 680,00.- ottenuto in base ai seguenti calcoli: interruzione del servizio indennizzabile per 68 giorni totali pari a € 5,00 x 2, utenza business, = € 10,00 x 68 gg = € 680,00.- (seicentottanta/00).

L'istante, ha altresì diritto, per i periodi di interruzione del servizio, al rimborso se pagato o allo storno dei costi relativi ai servizi non fruiti per l'utenza fissa.

L'istante ha, inoltre, contestato il ritardo nella migrazione dell'utenza fissa de quo ad altro Operatore a seguito della disattivazione/sospensione della linea per morosità e ottenendo l'attivazione della stessa solo a seguito della richiesta di provvedimento d'urgenza formulata avanti a codesto Corecom.

Al riguardo, occorre precisare che l'utente avrebbe dovuto corrispondere il pagamento delle fatture relativamente alle parti non oggetto di contestazione al fine di evitare la sospensione dei servizi. Recita infatti l'art. 2 del Regolamento che: *"non può intendersi come mancato pagamento il pagamento parziale di una o più fatture da parte dell'utente qualora il pagamento omesso riguardi addebiti oggetto di contestazione"*.

Tuttavia, ai fini della legittimità della disposta sospensione e conseguente disattivazione dell'utenza da parte di Wind bisogna fare riferimento ai presupposti indicati dall'art. 5 del Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS per la sospensione dell'utenza.

Nel caso di specie risultano soddisfatti i presupposti dei ripetuti mancati pagamenti (vedi situazione contabile prodotta da Wind), ma non è stata raggiunta la prova sul preavviso reso. Infatti il gestore non può procedere alla sospensione della linea senza avere preavvisato l'utente. La contestazione della compagnia telefonica deve, infatti, garantire al cliente di comprendere il problema e permettergli di risolverlo senza subire danni e disagi.

Wind, su cui incombeva il relativo onere probatorio, non ha fornito la prova di avere inviato all'utente il preavviso di sospensione previsto dall'art. 5 Delibera 173/07/CONS.

L'utente, pertanto, ha diritto all'indennizzo previsto dall'art. 4 allegato A alla Delibera 73/11/CONS dal 17.11.2017, data della sospensione, sino al 13.12.2017 data di riattivazione dei servizi (vedi schermate Wind prodotte a seguito di formale richiesta istruttoria ex art. 18 del Regolamento).

La misura dell'indennizzo è da computarsi in base a quanto previsto dagli artt. 4, comma 1 e 12, comma 2, dell'Allegato A) della Delibera Agcom n. 73/11/CONS, che nel caso sospensione o cessazione amministrativa di uno o più servizi avvenuta senza che ve ne fossero i presupposti, ovvero in assenza del previsto preavviso, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 7,50 per ogni giorno di sospensione, da computarsi in misura pari al doppio, ossia euro 15,00.-, in quanto trattasi di utenza business.

Pertanto la misura dell'indennizzo spettante all'istante è pari all'importo complessivo di € 405,00.-, ottenuto in base ai seguenti calcoli: sospensione del servizio per giorni totali pari a € 7,50 x 2, utenza business, = € 15,00 x 27 gg = € 405,00.- (quattrocentocinque/00).

L'istante ha, comunque, diritto al rimborso, se pagato e/o allo storno dei costi relativamente a tale periodo di sospensione per la mancata fruizione dei servizi per detta utenza.

C) In merito all'attivazione non richiesta di numerazioni fisse. Storni/Rimborsi/Indennizzi.

L'istante ha asserito che Wind ha attivato, senza alcuna richiesta, n. 10 utenze fisse (, , , , , , , , , , ,)

In realtà risulta agli atti, a seguito della produzione in giudizio da parte di Wind, la proposta di contratto per i servizi Wind Business sottoscritta dall'istante in data 22/12/2015 per l'attivazione di diverse utenze tra le quali anche quelle oggetto di contestazione.

La contestazione del ricorrente sull'attivazione non richiesta delle utenze interne di cui sopra va a mettere in discussione la validità del contratto stesso il cui disconoscimento ed di autenticità tuttavia esula dall'ambito di competenza dell'Autorità ai sensi dell'articolo 2 del Regolamento e rientra in quella dell'autorità giudiziaria così come disciplinato dagli articoli 214 e 215 del codice di procedura civile.

Ciò chiarito, la documentazione contrattuale prodotta da Wind recante la sottoscrizione da parte dell'istante, in assenza di un disconoscimento formale effettuato secondo il codice di rito, è da ritenersi valida ai fini della presente decisione atteso che la medesima documentazione è di per sé sufficiente a comprovare la volontà dell'utente di attivare i contratti e i servizi per le utenze indicate nello stesso e *"fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta se colui contro il quale è prodotta ne riconosce la sottoscrizione ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta"* (art. 2702 c.c.).

Premesso un tanto, la domanda volta a un riconoscimento di rimborsi e/o storni, nonché di indennizzo per l'attivazione di utenze non richieste non merita accoglimento.

D) In merito all'attivazione non richiesta di servizi a sovrapprezzo.

La richiesta dell'istante volta a ottenere rimborsi e/o storni e indennizzi (tra l'altro non previsti per tale fattispecie) per l'attivazione dei servizi a sovrapprezzo non è meritevole di accoglimento in quanto la contestazione risulta alquanto generica e non circostanziata relativamente a quali servizi a sovrapprezzo sarebbero stati addebitati.

E) In merito al mancato riscontro ai reclami.

L'istante ha riferito che a causa dei disservizi occorsi ha effettuato numerosi reclami a Wind che, oltre a non risolvere i vari disservizi, non ha neppure riscontrato per iscritto le sue segnalazioni e per tale ragione, ha richiesto la liquidazione degli indennizzi previsti dalla Delibera Agcom 73/11/CONS.

Le segnalazioni effettuate dall'istante a Wind per i disservizi occorsi e allegate all'istanza di definizione sono sprovviste della conferma di ricezione da parte dell'Operatore prodotte dall'istante.

Wind, ha tuttavia, prodotto alcune delle segnalazioni ricevute dall'istante fornendo un riscontro a quella del 31/05/2016 mentre per il reclamo del 6 luglio 2016, con il quale l'utente a mezzo e mail ha formulato una richiesta di ristoro delle spese sostenute per l'intervento di un

proprio consulente esterno per la riconfigurazione dei telefoni VOIP, non ha fornito alcuna risposta in merito. Il riscontro di Wind del 20/07/2016 non risulta esaustivo e coerente rispetto a quanto segnalato e richiesto dal proprio cliente.

Sul punto, l'articolo 8, comma 4 della delibera 179/03/CSP stabilisce che la risposta al reclamo debba essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e, comunque, non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto. Quanto sopra, come più volte ribadito dall'Autorità, al 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 questi motivi, la mancata risposta al reclamo, o la risposta non sufficientemente chiara e motivata, da cui deriva la mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo ai sensi dell'articolo 11 del Regolamento Indennizzi.

Ciò premesso, considerato che detto articolo prevede che l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo è pari a euro 1,00 al giorno per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di euro 300,00.-, considerato altresì che la prima udienza di conciliazione, ove l'istante ha avuto sicuramente modo di interloquire con un rappresentante dell'operatore sui disservizi occorsi è avvenuta in data 15/02/2017 (*dies a quem*), si ritiene che il periodo indennizzabile sia di giorni 179 (*centosettantanove*) dal 20/08/2016 (*dies a quo* già dedotti i 45 giorni previsti dalla delibera 179/03/CSP), per un totale di euro 179,00.- (*centosettantanove/00*).

F) In merito alla illegittima applicazione da parte di Wind di costi legati alla chiusura anticipata del contratto.

L'istante ha rilevato che al momento della chiusura della rete mobile, l'Operatore gli ha addebitato con le fatture n. _____ e n. _____ e con la fattura emessa nel mese di settembre 2016, i "costi di disattivazione e/o attivazione e/o altre voci" a seguito del recesso prima dei 24 mesi dalla data di sottoscrizione del contratto.

Sul punto l'istante ha eccepito la mancata produzione da parte di Wind del contratto e/o delle condizioni generali di contratto da cui risulterebbero sia la comunicazione all'utente dell'asserito vincolo contrattuale di 24 mesi e sia i costi previsti per l'eventuale recesso anticipato e l'accettazione degli stessi da parte del cliente.

Il ricorrente ha rilevato che l'addebito di tali costi è configurabile come "penale" ai sensi e per gli effetti di cui alla legge 40/2007, creando un fortissimo deterrente al passaggio ad altro operatore con conseguente limitazione della libertà contrattuale.

L'istante ha evidenziato, inoltre, che il cosiddetto "riallineamento dell'offerta" (mancato guadagno) doveva essere calcolato per il periodo di vigenza tra le parti del rapporto contrattuale e non sicuramente per il periodo in cui tale rapporto si era già concluso e pertanto i contributi addebitati dall'operatore a titolo di "costi di disattivazione e/o attivazione e/o altre voci" dovranno essere rideterminati.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, la richiesta dell'istante di rimborso, se pagato e/o storno dei costi addebitati per il recesso anticipato a titolo di costi di attivazione e disattivazione delle SIM è meritevole di accoglimento per le seguenti ragioni.

Agli atti risulta compilata e sottoscritta dall'istante la proposta di contratto per i servizi Wind Business del 22/12/2015 contenente gli allegati *"Modulo Servizio Mobile Ricaricabile"* e *"Modulo Servizio Fisso Wind Smart Office"* nei quali sono state indicate tutte le utenze mobili e fisse oggetto del contratto e dai quali non emerge né la durata del contratto né l'indicazione delle penali in caso di recesso anticipato del cliente.

L'art. 2.3. delle condizioni generali di contratto citato da Wind e allegato nella memoria difensiva fa riferimento alle condizioni di un'altra proposta di contratto per i servizi Wind Business di tipologia comunque diversa da quella sottoscritta dal cliente risultando, infatti, allegati alla stessa il *"Modulo Servizio Mobile All Inclusive"* e il *"Modulo Servizio Fisso All Inclusive Business"*, e quindi dei moduli diversi da quelli sottoscritti dal cliente e che non risultano compilati con i dati dell'utente e delle relative SIM né sottoscritti da quest'ultimo.

Manca, quindi, la documentazione inerente la durata del vincolo contrattuale tra le parti, gli sconti cui avrebbe aderito il cliente, i costi imputabili allo stesso nel caso di recesso anticipato dal contratto, l'eventuale offerta promozionale diversa da quella a prezzo fisso per ritenere legittima la richiesta dell'Operatore dei costi di attivazione e/o disattivazione per recesso anticipato dal contratto, quale fattispecie di recesso non prevista dall'art. 1 del c.d. decreto Bersani e in tal modo sottratta alla sua disciplina.

Anche ammesso poi che le condizioni generali di contratto vigenti al momento del recesso prevedessero la possibilità per il gestore di addebitare somme a titolo di recesso anticipato, l'orientamento dell'Autorità e del Corecom porta a ritenere che, se tali costi di recesso sono stati introdotti in costanza di rapporto contrattuale tra le parti, è sempre onere dell'operatore dimostrare di aver fornito adeguata informativa all'utente ai sensi dell'articolo 70, comma 4 del Codice delle Comunicazioni elettroniche, tramite chiara ed esaustiva comunicazione. Secondo la norma appena richiamata *"gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni"*.

Wind, al contrario, non prova e non deduce alcunché sul punto e in base alla documentazione in atti non è dato sapere se questi costi siano stati accettati dall'utente al momento dell'adesione tramite la sottoscrizione dell'apposita clausola o se diversamente siano stati introdotti nel corso del rapporto contrattuale fra le parti.

In materia di ripartizione dell'onere della prova, è pacifico l'orientamento giurisprudenziale e dell'Autorità che hanno fatto applicazione dell'art. 1218 c.c., norma secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Secondo l'Agcom *"l'operatore dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati"* (Linee guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, III.4.2).

Wind avrebbe dovuto dimostrare quali fossero le condizioni di favore praticate al cliente, quale fosse l'entità dello squilibrio contrattuale che il recesso anticipato dell'utente avrebbe causato alla società, nonché la previsione contrattuale dei costi di recesso o, in alternativa, l'avvenuta notifica all'istante della modifica delle condizioni contrattuali.

Da quanto esposto discenderebbe il diritto dell'istante a vedersi comunque rimborsati e/o stornati i costi per il recesso anticipato applicati dal gestore, complessivamente determinati in € 880,00.- (ottocentottanta/00), così come addebitati nella fattura n. d.d. 19/07/2016 (contributo di attivazione per la SIM di € 80,00), nella fattura n. d.d. 19/09/2016 (contributi di attivazione per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00) e nella fattura n. (contributi di attivazione per recesso anticipato per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00).

RITENUTO che gli indennizzi e/o rimborsi riconosciuti dall'Autorità (CoreCom) devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice, il requisito dell'equità, e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura.

Alla luce di quanto esposto sopra, il CO.RE.COM. FVG, in parziale accoglimento dell'istanza della società CONSFORN S.a.s. nei confronti di Wind Tre S.p.a.

DELIBERA

La società Wind Tre S.p.a., è tenuta:

- 1) a regolarizzare la posizione amministrativa - contabile della società, mediante il rimborso, se pagato e/o lo storno, con relativo ritiro della pratica di recupero del credito a spese dell'operatore, delle seguenti voci:
 - costi relativi ai servizi non fruiti per l'utenza per i periodi di ritardo dell'attivazione, di interruzione dei servizi e di sospensione come indicati in motivazione, maggiorati degli interessi legali dal deposito dell'istanza;
 - contributi di attivazione per recesso anticipato (SIM 2, di € 80,00, per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00, per la SIM di € 80,00) per un totale di euro 880,00.- (ottocentottanta/00) maggiorati degli interessi legali dal deposito dell'istanza;
- 2) al pagamento dell'importo di euro 405,00.- (quattrocentocinque/00) a titolo di indennizzo per il ritardo di attivazione dell'utenza di cui agli artt. 3, comma 1 e 12, comma 2, del Regolamento Indennizzi, raddoppiato in conformità alla natura business delle utenze, e detratto l'accredito di € 100,00.- effettuato da Wind nella fattura n. d.d. 19/09/2016 a titolo di "indennità su attivazione fisso" oltre alla maggiorazione degli interessi legali dal deposito dell'istanza;
- 3) al pagamento dell'importo di euro 680,00.- (seicentottanta/00) a titolo di indennizzo per l'interruzione dell'utenza di cui agli artt. 5 comma 1, e 12, comma 2, del Regolamento Indennizzi, raddoppiato in conformità alla natura business delle utenze, con la maggiorazione degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
- 4) al pagamento dell'importo di euro 405,00.- (quattrocentocinque/00) a titolo di indennizzo per la sospensione illegittima dell'utenza di cui agli artt. 4, comma 1, e 12, comma 2, del

- Regolamento Indennizzi, raddoppiato in conformità alla natura business delle utenze, con la maggiorazione degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
- 5) al pagamento dell'importo di 179,00.- (centosettantanove/00) a titolo di indennizzo, per la mancata risposta al reclamo di cui all'art. 11 del Regolamento Indennizzi, con la maggiorazione degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;

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.

E' 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 sui siti web del Co.Re.Com. FVG e dell'Autorità (www.agcom.it).

Il direttore
del Servizio Organi di garanzia
Roberto Sartor

Il presidente
Mario Trampus

