

DETERMINA N.
BXXX SXXX XXX C/ WIND TRE
(LAZIO D/368/2018)

IL DIRETTORE

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’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018;

VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

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 indennizzi”);

VISTA l’istanza dell’utente acquisita con protocollo n. 1798 del 27/03/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Posizione dell’utente

La Bxxx Sxxx xxx, in persona della legale rappresentante p.t. Sig.ra Exxx Dxxx, premette di essere stata intestataria della linea business WIND TRE n°06.5741301, che serviva un’attività commerciale di parrucchiera.

L’istante deduce di aver subito, nella vigenza del rapporto con WIND TRE, un isolamento del servizio per complessivi 15 giorni ed in particolare nel periodo dal 3.07.2017 all’8.07.2017 e dall’11.09.2017 al 21.09.2017 e che il Gestore non ha attivato il servizio di trasferimento di chiamate, come da richiesta della Cliente.

A sostegno delle proprie doglianze, produce reclamo del 14.09.2017, a mezzo del quale l'utente contestava i disservizi subiti.

Premesso quanto sopra ha richiesto:

- i) per l'isolamento del servizio, ai sensi degli artt. 4 e 12 ex all.A Del. 73/11/Cons, indennizzo di € 900,00;
- ii) per la mancata risposta al reclamo del 14.09.2017, ai sensi degli art. 11 ex all. A Del. 73/11/Cons, indennizzo di € 164,00;
- ii) lo storno dei costi di migrazione ed annullamento dell'insoluto residuo a carico dell'utenza;
- iv) il rimborso delle spese di procedura per € 200,00.

2. Posizione dell'Operatore

L'operatore Wind Tre, preliminarmente, eccepisce in rito l'inammissibilità delle richieste per eccessiva genericità delle domande contenute in istanza. L'operatore contesta altresì il rimborso delle spese di procedura richieste dal procuratore di parte istante, in quanto il consumatore può partecipare personalmente e gratuitamente, anche a mezzo di fiduciario delegato, all'intera procedura, mentre la scelta di farsi rappresentare da un avvocato resta una mera facoltà dell'utente le cui spese rimangono a suo esclusivo carico e senza diritto al rimborso.

In ultimo, sempre in punto di rito, la Wind Tre eccepisce l'improcedibilità dell'istanza di definizione per aver l'operatore già corrisposto l'indennizzo per il disservizio oggetto della controversia.

Nel merito, l'operatore deduce che il malfunzionamento in parola è da ricondurre al solo servizio voce – per un problema di Area Rete – esclusivamente per il periodo dall'11.09.2017 al 21.09.2017, non essendo mai pervenuta alcuna segnalazione per il servizio ADSL. Sul punto, precisa di aver completato la chiusura del guasto sulla linea voce con ticket n°WTT5941773.

In merito all'asserita mancata attivazione del servizio di deviazione/trasferimento di chiamata, l'Operatore deduce di aver correttamente gestito la richiesta di attivazione in data 14.09.2017 e di averla disattivata – sempre su richiesta del proprio cliente – alla successiva data del 24.09.2017, a seguito della riattivazione della linea voce.

In merito al reclamo del 18.09.2017, il Gestore deduce di aver gestito la segnalazione amministrativa in data 27.09.2017, mediante concessione di indennizzo accreditate su fattura n°2017T00862529, che allega.

Sempre con riferimento al reclamo, la Wind Tre precisa che prima della data del 18.09.2017 non erano pervenute altre contestazioni e che alla citata segnalazione sono stati forniti due riscontri scritti datati 27.09.2017 e 12.10.2017 (che allega) ed almeno un contatto telefonico.

In ultimo, WIND TRE conferma presenza di insoluto a carico dell'utenza per un totale di € 269,86, per costi tutti dovuti ed afferenti altresì ad un'utenza mobile 3385364884 – non oggetto della pendente definizione – insistendo per la correttezza delle fatturazioni.

3. Repliche dell'utente

In sede di repliche, l'utente precisa che l'accredito ricevuto non è stato emesso per il lamentato disservizio ma a titolo di rimborso costi di attivazione e che con i riscontri al reclamo prodotti, il Gestore non ha comunque fornito un'adeguata motivazione del diniego di indennizzo.

4. Motivazioni della decisione

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

i) Relativamente alla sospensione del servizio voce dal 3.07.2017 all'8.07.2017 e dall'11.09.2017 al 21.09.2017, per complessivi 15 giorni di disservizio, la domanda risulta essere meritevole di accoglimento. Necessitano tuttavia delle preliminari precisazioni: *in primis*, nel caso di specie si applicherà l'art. 5, comma 1 ex all.A Del. 73/11/Cons per "indennizzo per malfunzionamento del servizio" e non l'art. 4 cit. Del. come richiesto dall'utente. *In secundis*, il disservizio in parola riguarda - come si evince *per tabulas* dalle stesse contestazioni dell'utente riportate in sede di reclamo - il solo servizio voce, e non anche l'ADSL. Ed invero, come correttamente dimostrato dal Gestore in sede istruttoria e come rilevabile dalla disamina dal reclamo scritto del 14.09.2017, l'utente si riferisce all'isolamento della sola linea telefonica fissa, al punto da richiedere - per giustificati motivi afferenti l'attività commerciale svolta, legata agli "appuntamenti telefonici" - il trasferimento delle chiamate sul numero mobile.

Nessun riferimento diretto o indiretto, viceversa, viene fatto in sede di reclamo al disservizio della linea internet ADSL.

Parimenti, dallo stesso reclamo scritto si evince - diversamente da quanto eccepito da WindTre - che le contestazioni di malfunzionamento riguardavano anche l'isolamento dei cinque giorni del mese di luglio 2017. Per questo periodo oggetto del disservizio e di specifica doglianza, la Wind Tre non ha fornito la prova contraria, su di essa incombente, circa la sussistenza di traffico regolare nel periodo oggetto di contestazione. E ciò a maggior ragione se sol si consideri che il precedente periodo di disservizio non eccede il limite temporale di sei mesi necessario al Gestore per la conservazione dei tabulati di traffico atti a dimostrare la regolarità nella fornitura del servizio.

Ed invero, per consolidata giurisprudenza di questa Autorità "*La disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'articolo 2697 c. c. ("chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti, ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto, deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda")*, nonché l'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 13533 del 30 ottobre 2001 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva: cfr. sentenze n. 2387/2004, n. 1743/2007, n. 9351/2007, n. 26953/2008, n. 15677/2009 e n. 936/2010) secondo la quale il creditore che agisca 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, mentre può limitarsi ad allegare l'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. Inoltre, sempre secondo la Suprema Corte (sentenze n. 7962/2009 e n. 15162/2008) l'onere probatorio gravante, a norma dell'articolo 2697 c.c. su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto fatti negativi, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo" Corecom Lazio Delibera n. 1/11.

Nel caso di specie, attesa l'omessa produzione della prova sulla corretta fornitura del servizio, la condotta dell'operatore integra un inadempimento ex articolo 1218 c.c., da cui sorge in capo all'utente il diritto ad un equo indennizzo.

Nulla questio, invece, relativamente ai dieci giorni di disservizio dall'11.09.2017 al 21.09.2017 per i quali lo stesso Operatore Wind riconosce l'avvenuto isolamento della linea telefonica 06.5741301. Inconferente, sul

punto, la contestazione del Gestore in forza del quale l'isolamento della linea era riferibile ad un "problema di Area di Rete generalizzato".

Sul punto, neppure può essere riconosciuta la detrazione dal computo dell'indennizzo già riconosciuto dal Gestore a mezzo accredito sulla fattura n° 2017T000862529 in quanto la voce di riconoscimento del detto importo non è direttamente imputabile da indennizzo per l'isolamento, come da Carta dei Servizi, bensì a diversa "indennità su attivazione fisso".

Ne deriva l'applicabilità dell'art. 5, comma 1 ex All. A Del. 73/11/Cons a mente del quale: "*In caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici, imputabili all'operatore, sarà dovuto un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 5,00 per ogni giorno d'interruzione.*". Per tali motivi si potranno calcolare € 5,00 per 15 giorni di sospensione per il servizio voce moltiplicato per il doppio a fronte della previsione di cui all'art. 12, comma 2 ("*Se l'utenza interessata dal disservizio è di tipo "affari", nei casi indicati dagli articoli da 3 a 6 gli importi liquidati a titolo di indennizzo ed i limiti corrispondenti sono computati in misura pari al doppio*"), così per un totale di € 150,00.

ii) Sulla mancata risposta al reclamo del 14.09.2017 la domanda non risulta meritevole di accoglimento. Tale considerazione deriva *per tabulas* nella misura in cui l'Operatore Wind Tre ha soddisfatto l'onere della prova producendo in atti ben due riscontri scritti, rispettivamente datati 27.09.2017 e 12.10.2017, ai quali si può aggiungere *ad abundantiam* il contatto telefonico del 27.09.2017.

Sia dai riscontri forniti, sia dal comportamento concludente tenuto dal Gestore - il quale come pacificamente ammesso dall'istante in data 21.09.2017 aveva già ripristinato il servizio - è possibile concludere per l'infondatezza della richiesta di indennizzo ex art. 11, comma 1 All. A Del. 73/11/Cons.

iii) L'utente, in sede di precisazione della propria istanza, ha richiesto lo storno dei costi di migrazione, in quanto illegittimi, non dovuti e, comunque, non adeguatamente motivati e/o giustificati dal Gestore. Tuttavia, pur apportando a corredo della contestazione ampie motivazioni in diritto omette di fornire gli elementi essenziali che giustificano la richiesta di rimborso.

Ed invero, l'utente non solo non ha quantificato quali sarebbero stati i costi sostenuti per le dette spese di migrazione, ma neppure deposita in atti la fattura a mezzo del quale l'Operatore li avrebbe addebitati a carico dell'utenza. E non solo. Anche a voler ammettere che l'utente avesse esattamente quantificato i costi qui contestati e l'avvenuta illegittima fatturazione del Gestore, avrebbe dovuto anche dimostrare l'avvenuto pagamento degli stessi. Nulla di tutto questo è rinvenibile a sostegno della domanda della Bxxx Sxxx xxx che, nel caso di specie, non quantifica la spesa contestata, non produce il titolo che ne avrebbe giustificato l'addebito e, infine, non ne dimostra l'eventuale avvenuto pagamento.

Ne deriva l'inconsistenza della richiesta, attesa l'assoluta genericità della stessa la quale, in ogni caso, resta altresì sformata alla radice del necessario supporto probatorio.

Sul punto giova ricordare che: "*La domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente: con riferimento al caso di specie, per ottenere il rimborso di spese asseritamente versate a titolo di penale, avrebbe dovuto fornire la prova dei pagamenti, nonché dell'avvenuta contestazione delle fatture*" (Agcom Delibera n. 70/12/CIR). E ancora: "*La domanda dell'utente deve essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente. Con riferimento al caso di specie, per ottenere il rimborso di spese (a detta dell'utente) indebitamente pagate, avrebbe dovuto fornire la prova dei pagamenti, nonché dell'avvenuta contestazione delle fatture*". Corecom Lazio Delibera n. 30/11.

Posti le sopra riportate motivazioni, non può essere accolta la richiesta di storno delle spese di migrazione asseritamente addebitate dal Gestore.

E ancora. Dalla contestazione dei costi di migrazione, secondo le argomentazioni forniti dall'utente, ne deriverebbe l'illegittimità di tutte le fatture rimaste insolute e ciò in quanto: *"la migrazione ad altro Gestore è stata obbligata"* dai lamentati disservizi. Tale motivazione e l'entità del disservizio subito (ovvero i 15 giorni di isolamento), non sono di per sé sufficienti a supportare una richiesta di azzeramento dell'intera posizione debitoria, anche in ragione del fatto che la siffatta richiesta non è stata mai preceduta - prima della proposizione del presente procedimento - da una specifica contestazione delle relative fatture.

Sussiste tuttavia un'altra motivazione dirimente che induce il Deliberante ad escludere l'azzeramento della posizione debitoria residua a carico della società istante; ovvero, che le fatture *de quibus* includono costi e canoni per l'utenza mobile 33853xxxx4, non oggetto del presente contenzioso.

Ne deriva che al totale indennizzato in questa sede dovranno essere detratti - ex art. 1241 cc e ss - gli importi per le fatture dovute dall'utente per € 269,86

Sulla richiesta di rimborso delle spese di procedura, la domanda non può essere accolta; ed invero, a mente dell'art. 19 ex Delibera 173/07/Cons, comma 5, l'Autorità ha facoltà di *"riconoscere altresì il rimborso delle spese"*, in favore dell'istante, solo qualora le stesse risultino *"necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura"*. Tuttavia, nel caso di specie non risulta provato che l'istante abbia sostenuto spese necessarie, né giustificate, per lo svolgimento della procedura, ivi compresa l'udienza di discussione del 28.11.2018 la quale - come si evince dai verbali - è avvenuta da remoto. Per tali motivi non si ritiene possibile riconoscere il rimborso delle spese richieste.

Per tutto quanto sopra premesso,

IL DIRETTORE

DETERMINA

A parziale accoglimento della domanda della Bxxx Sxxx xxx, in persona del legale r.p.t.,

1. Wind Tre sarà tenuta al pagamento di indennizzo:

a) ex art. 5 comma 1 e 12, comma 2, All. A Del. 73/11/Cons per la sospensione del servizio voce per € 150,00;

Il totale indennizzato di € 150,00 dovrà essere detratto - ex art. 1241 cc e ss - dagli importi per le fatture dovute dall'utente per € 269,86.

La società Wind Tre è tenuta a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della stessa.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11 di cui al 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, come previsto dall'articolo 11, comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Il presente decreto è notificato alle parti e pubblicato sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

F.TO