

**DETERMINA Fascicolo n. GU14/133475/2019****DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXXXXX A. - Wind Tre (Very Mobile) IL****RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

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 delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/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 modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente 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;

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. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, di seguito "Regolamento Indennizzi";

VISTA l’istanza dell’utente XXXXXXXXX A., del 07/06/2019 acquisita con protocollo n. 0249108 del 07/06/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’utente ha presentato istanza di definizione nei confronti di Wind TRE SPA, rappresentando che dal 20.12.16 ha sempre avuto malfunzionamenti del numero 3929xxxx, collegato alla saponetta Wind Tre e che dopo diversi reclami al numero verde Wind, ai quali non è stato dato riscontro risolutivo, né risposta, ha deciso di recedere dal contratto in data 4.10.2018 facendo un ulteriore reclamo via pec. Ha precisato di aver sempre provveduto a pagare gli importi portati dalle fatture, nonostante il servizio non efficiente. Ha lamentato che anche dopo il recesso l’operatore ha continuato a prelevare dal suo conto, per il mese di ottobre 2018, due prelievi: uno di euro

13,12 e l'altro di euro 17,02 e per il mese di novembre 2018, un ulteriore prelievo di euro 13,12, nonostante la sospensione dal 5.11.18. Sulla scorta dei predetti assunti, ha chiesto il rimborso e lo storno delle fatture emesse; l'indennizzo per malfunzionamento del servizio; l'indennizzo per la sospensione del servizio; l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami.

Wind Tre spa ha presentato memoria difensiva, deducendo che in data 5.12.16 è stata attivata la sim dati abbonamento business con piano tariffario My Business Flex Internet, abbinata ad un Web pocket fornito con la formula della vendita a rate con vincolo di 24 mesi e che la sim dati + 39 392xxxx è stata disattivata, su richiesta dell'istante, in data 3.11.2018. Ha eccepito l'indeterminatezza delle contestazioni avversarie in ordine al dedotto malfunzionamento della linea, ex art. 14 comma 3 Delibera 203/18/CONS, stante la genericità dell'istanza, con conseguente limitazione del diritto di difesa. Nel merito ha precisato che in seguito alla disattivazione della linea così come richiesto dall'utente, è stata emessa la fattura n. 1889023642, contenente le somme dovute al recesso anticipato relative all'acquisto del bene preso con la formula vendita a rate, in quanto la scadenza prevista nel contratto non era stata rispettata (art. 10 delle CGA); contratto sottoscritto dall'istante anche ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. Inoltre, Wind, allegando il print di sistema alla memoria, ha dedotto che non risulta nessun reclamo da parte dell'istante, né a mezzo fax, né tramite e-mail, né missive con cui è stato lamentato il malfunzionamento della linea, pertanto, contesta la richiesta del relativo indennizzo, in quanto mai segnalato al gestore, con conseguente impossibilità per l'operatore di porvi eventualmente rimedio, invocando all'uopo il concorso del fatto colposo del creditore. In ordine all'emissione della fattura n. 1889023642, ha precisato che il documento è stato emesso in quanto, venendo meno i requisiti per l'applicazione delle condizioni migliorative, l'istante è soggetto al pagamento di un importo, quale riallineamento forfettario delle condizioni economiche base per il periodo precedente la data di efficacia del recesso come indicato alla Tabella 1 del Regolamento di Servizio. Ciò in quanto l'offerta commerciale applicata prevedeva condizioni di favore per l'utente, tuttavia, quest'ultimo si era impegnato a rimanere vincolato per un certo periodo di tempo verso l'operatore, garantendogli i tempi necessari ad ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio del contratto. Pertanto, alla risoluzione anticipata del contratto è seguita l'emissione della fattura con i costi di risoluzione. L'operatore ha precisato che l'unica segnalazione scritta ricevuta è quella del 4.10.18 con cui l'utente ha chiesto la disattivazione e che non avendo ricevuto altri reclami, il chiesto indennizzo per mancata risposta ai reclami non può essere riconosciuto. In ogni caso ha dedotto che l'utente ha una posizione debitoria di euro 160,34. Controdeduzioni dell'istante. In ordine all'insoluto ha richiamato la Delibera n. 204/18/CONS che ha adottato le Linee Guida sulle modalità di dismissione e trasferimento dell'utenza di cui agli allegati 1 e 2 della Delibera stessa, rilevando che l'operatore pur in presenza di un contratto in scadenza (cessato il 3.11.18 con scadenza naturale 5.12.18), a distanza di circa 30 gg. dalla cessazione naturale, ha addebito costi per euro 120,00 contravvenendo a quanto stabilito dall'AGCOM nella predetta Delibera. In merito ai reclami, ha dato atto di aver reclamato a mezzo numero verde, ma di non aver preso i riferimenti. Ha ridotto le pretese chiedendo lo storno dell'insoluto in essere in quanto non dovuto, nonché il pagamento di euro 150,00 per malfunzionamenti e le spese di procedura

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. L'istanza presentata deve essere integralmente rigettata per le ragioni che seguono. L'utente ha dedotto continui malfunzionamenti della linea, nonché di aver effettuato diversi reclami sino all'ultimo via pec in data 4.10.18, con cui ha esercitato il diritto di recesso. In primo luogo si evidenzia che l'istanza presentata risulta eccessivamente scarna, non circostanziata e priva della documentazione necessaria a supportare le contestazioni e richieste avanzate. Agcom con Delibera n. 118/12/CIR ha ritenuto che "Non può essere accolta la richiesta di indennizzo formulata dall'utente per malfunzionamento del servizio qualora lo stesso non abbia fornito alcuna indicazione sull'asserito inadempimento, né abbia circoscritto il periodo di disservizio o prodotto alcuna documentazione a riguardo". L'istante non ha minimamente dato la prova dell'asserito malfunzionamento, né ha inviato reclami / contestazioni a sostegno di quanto assunto e preteso. Al riguardo Agcom con Delibera n. 69/11/CIR 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". (conformi Agcom Delibera n. 9/12/CIR; Agcom Delibera 34/12/CIR; Agcom Delibera n. 38/12/CIR; Agcom Delibera n. 82/12/CIR). Ed ancora Agcom Delibera n. 3/11/CIR "Qualora dalla documentazione prodotta agli atti non emergano elementi probanti e circostanziati, tali da rendere condivisibili

le asserzioni mosse dalla parte istante circa il malfunzionamento dell'utenza, non è possibile accogliere la domanda formulata dall'istante. Invero in assenza di riferimenti dettagliati, l'impossibilità di accertare l'an, il quomodo ed il quantum del verificarsi del malfunzionamento non consente in questa sede una valutazione adeguata in ordine alla liquidazione di un congruo indennizzo" ( conformi Agcom Delibera n. 50/11/CIR, Agcom Delibera n. 14/12/CIR, Agcom Delibera n. 24/12/CIR, Agcom Delibera n. 28/12/CIR, Agcom Delibera n. 34/12, Agcom Delibera n. 38/12/CIR); " Non deve ritenersi sussistente alcun onere probatorio in capo all'operatore, qualora, dalla documentazione prodotta dalla stessa parte istante, la violazione contestata risulti infondata"( Agcom Delibera n. 15/11/CIR); " La domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente" (Agcom Delibera n. 70/12/CIR)." In base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c. , il creditore che agisce per l'inadempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto..." (Corecom Abruzzo Delibera n. 10/11 conformi Corecom Lazio Delibera n. 35/11; Corecom Lazio Delibera 4/12). La richiesta di indennizzo per malfunzionamento non può pertanto essere accolta. Parimenti da respingere è la richiesta di indennizzo per mancata risposta ai reclami, in quanto l'unica segnalazione scritta da parte dell'utente è quella datata 4.10.18 con cui è stato esercitato il recesso e chiesta la disattivazione della linea. Non sono stati allegati altri reclami, pertanto non può essere riconosciuto alcunchè a tale titolo. L'istante ha dedotto di aver esercitato il recesso e che, nonostante ciò, ha ricevuto degli addebiti in fattura per importi non dovuti. Il contratto sottoscritto dall'istante è datato 5.12.16, con scadenza naturale, per stessa ammissione del signor XXXXXXXXX, in data 5.12.18, mentre il recesso è stato esercitato con pec del 4.10.18, quindi prima della scadenza naturale del contratto. Dal momento che il recesso è stato esercitato solo due mesi prima della naturale scadenza, si ritiene equo riconoscere lo storno/rimborso dei costi di recesso conseguente diritto alla ricostruzione della posizione contabile.

#### DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 07/06/2019, è tenuta a stornare/rimborsare le somme contabilizzate a titolo di penali per recesso anticipato provvedendo, altresì, alla ricostruzione della posizione contabile.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura  
Roberto Rizzi