

DETERMINA Fascicolo n. GU14/115014/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXX G. - 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 XXXXX G. , del 24/04/2019 acquisita con protocollo n. 0180577 del 24/04/2019

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, sostenendo che in occasione della riparazione del proprio cellulare, in data 7.12.2016, l’operatrice di H3G le ha proposto l’offerta del modem “pocket cube” per il costo di euro 15,00 al mese, con un costo di attivazione di euro 29,00. In tale occasione ha quindi versato la somma di euro 29,00 relativa alla prima mensilità del servizio ed ha ritirato il modem, che però si sarebbe rilevato non funzionante. Ha dedotto di aver inviato diversi reclami, sia presso il negozio ove ha ritirato il modem, sia tramite il call center, senza avere assistenza e di aver ricevuto richieste di pagamento da parte dell’operatore per servizi non usufruiti, in quanto mai forniti dal gestore, di cui peraltro non ha

ricevuto fatture. Sulla scorta di tali assunti, ha chiesto: declaratoria di risoluzione del contratto relativo al servizio “pocket cube”, mai attivato da H3G; il rimborso della somma di euro 29,00 versata dall'istante in quanto il servizio concordato non è mai stato attivato; l'annullamento / storno di eventuali fatture emesse e/o in emissione; il ritiro della pratica, a cura e spese dell'operatore, dal recupero del credito, ove intrapresa; il pagamento di un indennizzo quantificato in € 1.215,00 per la mancata attivazione del servizio; il pagamento degli indennizzi per mancata risposta ai reclami e di tutti gli indennizzi automatici di cui alla vigente normativa; il risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non, subiti e subendi a causa delle condotte illegittime poste in essere dall'operatore.

Wind Tre spa ha presentato memoria difensiva, rilevando che le contestazioni si riferiscono al n. 3914xxxx, attivato in data 7.12.16 con contratto privato Dati ricaricabile con piano tariffario Super Web New, opzione Casa 3 ricaricabile e terminale PocketCube LTE, acquistato con modalità della vendita a rate per 30 mesi, vincolo fino al 7.6.2019 e che attualmente la linea risulta disattiva per morosità. L'operatore ha eccepito l'inammissibilità e/o improcedibilità dell'istanza in ordine alla richiesta di risarcimento dei danni, patrimoniali e non, avanzata dall'istante, nonché la genericità della stessa in spregio all'art. 14 comma 3 Delibera 203/18/CONS. Nel merito ha evidenziato che le condizioni di contratto sono state regolarmente accettate dall'utente e che l'operatore ha tariffato il traffico generato dalla linea secondo quanto pattuito. Ha contestato gli assunti della XXXXX, evidenziando che, nonostante la stessa si duole di un malfunzionamento del terminale modem PocketCube LTE, avente IMEI 86688702xxx, su tale IMEI non è mai stata aperta una scheda di riparazione presso la casa produttrice e/o i punti di raccolta Wind Tre. La stessa istante ha dichiarato di aver lamentato il malfunzionamento presso il negozio ove ha effettuato l'acquisto, nonostante la possibilità di avvalersi dell'assistenza tecnica in garanzia, tant'è che non risultano SAT aperte. Ha precisato che a sistema risultano solo due contatti al Servizio Clienti: uno in data 17.12.16 in seguito al quale è stata aperta una segnalazione tecnica e il dipartimento ha confermato che “i nodi serventi performano secondo le specifiche attese e non presentano anomalie e la SIM accede alla copertura erogata”; e altro in data 5.2.17 per anomalia di configurazione o di connessione che si è risolto con lo stesso contatto dell'istante effettuato al Servizio Clienti. In data 30.5.17 la Wind ha ricevuto pec dall'associazione dei consumatori con cui è stato reclamato il mancato funzionamento dispositivo PocketCube LTE abbinato al numero 3914xxx. L'operatore ha aperto la segnalazione ed è stato verificato che non risultava alcuna SAT per l'IMEI interessata e che a gennaio e febbraio 2017 risultavano eventi di traffico sulla sim interessata. E' stata pertanto contattata la XXXXX per dare riscontro. In ordine alla posizione amministrativa, ha rilevato che la XXXX risulta debitrice nei confronti di Wind Tre dell'importo di € 243,28 (l'insoluto è dato da diverse fatture non tutte relative alla linea interessata). Ha rivendicato la legittimità degli importi inseriti in fattura, evidenziando che l'interruzione anticipata del contratto ha generato l'emissione delle fatture contenenti somme per recesso anticipato e per rate residue del bene, che sono state elencate con riserva di produzione.

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto ammissibile. Prima di entrare nel merito della questione, si rileva che ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti “L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità” l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria. Alla luce di quanto sopra espresso, le richieste di natura risarcitoria non possono trovare accoglimento. L'istanza presentata da Giuliana XXXXX è da accogliere nei limiti che seguono. La risoluzione del contratto è già intervenuta, come da missiva dell'1.8.2017 inviata da Wind Tre spa a Giuliana XXXXX, con cui l'operatore, nel prendere atto che l'utente ha comunicato di voler interrompere il contratto, stante il perdurare dell'insoluto pari ad euro 207,30, ha dichiarato di ritenere il contratto risolto con effetto immediato per inadempimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c. come previsto dall'art. 20.2 delle Condizioni Generali di Contratto. Missiva seguita da ulteriore comunicazione del 7.9.17 con oggetto “risoluzione del contratto relativo alle utenze sottoscritte”, con richiesta dell'ulteriore importo di euro 35,98. Ai sensi dell'art. 1456 c.c. “I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva”. Nel caso in esame tale clausola è espressamente richiamata nelle Condizioni generali di contratto (CGC) all'art. 20.2, le cui

condizioni fanno parte integrante del contratto sottoscritto da Giuliana XXXXX in data 7.12.16 anche ai sensi degli artt. 1341 – 1342 c.c. L'utente ha richiesto il rimborso della somma di euro 29,00 per l'attivazione di un servizio di cui non ha usufruito, l'annullamento delle fatture emesse per tale servizio e un indennizzo per mancata attivazione. Diversamente da quanto dedotto dalla XXXXX, dalla documentazione allegata alla memoria dall'operatore, è emerso che la linea mobile oggetto di contestazione risulterebbe attivata in quanto la stessa ha avuto accesso alla copertura erogata generando traffico, relativamente al quale, però, il gestore non ha allegato le specifiche, in quanto non più disponibili a sistema, a causa del divieto imposto dal Codice della Privacy. Inoltre la circostanza che in data 17.12.16 sia stata effettuata segnalazione al Servizio Clienti in seguito alla quale è emerso che "i nodi serventi performano secondo le specifiche attese e non presentano anomalie e la SIM accede alla copertura erogata", dimostra che il servizio sia stato erogato. L'istanza, quindi, presenta delle contraddizioni, in quanto da un lato la XXXXX lamenta una mancata attivazione dell'offerta modem "pocket cube" e poi contesta il malfunzionamento del modem medesimo. Non può pertanto trovare accoglimento la richiesta di restituzione della somma di euro 29,00 in quanto il servizio risulta attivato e per la stessa ragione non può essere riconosciuto l'indennizzo per mancata attivazione dello stesso. Per quanto attiene al dedotto malfunzionamento, lo stesso operatore dichiara che il 17.12.16 è stata aperta una segnalazione tecnica da cui non sono emerse anomalie e poi una successiva il 5.2.17, cui è seguito il reclamo il 30.5.17 per mancato funzionamento del dispositivo PocketCube LTE abbinato al numero 3914xxx. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 13533/2001, secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare prova della fonte negoziale o legale del suo diritto; 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 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi. Il reclamo relativo al disservizio è del

30.5.17 e nonostante l'operatore abbia dichiarato che non è stata aperta alcuna SAT per l'IMEI interessato e che nel periodo gennaio / febbraio 2017 ci sono stati eventi di traffico sulla sim interessata, senza produrre la specifica. Ciò non dimostra la corretta e regolare fornitura del servizio, pertanto l'operatore non ha dimostrato l'esatto adempimento gravante a suo carico. A norma dell'art. 6 comma 2 Delibera 347/18/CONS, è pertanto previsto un indennizzo in favore dell'istante, ove il dies a quo è dato dalla data del reclamo (30/5/17) e il dies ad quem la data di risoluzione del contratto (1.8.17) e così l'importo di euro 189,00 per 63 giorni. Da respingere è la domanda di annullamento / storno delle fatture emesse. Si rileva che il contratto interessato si riferisce alla linea 3914281198 attivata in data 7.12.16 con contratto privato Dati ricaricabile con piano tariffario Super Web New, opzione Casa 3 ricaricabile e terminale PocketCube LTE acquistato con modalità della vendita a rate per 30 mesi, vincolo fino al 7.6.2019. Nonostante la scadenza naturale del contratto fosse il 7.6.2019, è intervenuta risoluzione anticipata ex art. 1456 c.c. e 20 delle Condizioni Generali di Contratto, per morosità del cliente, pertanto secondo quanto contrattualmente previsto, la XXXXX è tenuta a versare i costi previsti per recesso anticipato e per le rate residue del modem. L'istante ha chiesto l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami. Come più volte affermato dall'Autorità, rileva sul punto il disposto dell'art. 8 comma 4 della Delibera Agcom 179/03/CSP (nonché del successivo art. 11 comma 2 della medesima Delibera) secondo cui in caso di reclamo, il gestore deve fornire una risposta adeguatamente motivata entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni, utilizzando altresì la forma scritta qualora il reclamo sia rigettato (Agcom Delibera n. 9/10/CIR) (conformi Agcom Delibera n. 25/10/CIR, Delibera n. 114711/CIR, Delibera n. 6/12/ CIR). Il reclamo è datato 30.5.2017. Il gestore ha dedotto di aver contattato la cliente in seguito al reclamo, ma non essendovi prova scritta in tal senso, spetta all'istante un indennizzo per la mancata risposta ai sensi dell'art. 12 commi 1 e 2, Allegato A, Delibera 73/11 Cons. e ss.mm.ii. Si deve precisare che il dies a quo per il conteggio è dato dal 30.5.17 (data del reclamo) cui deve essere aggiunto l'intervallo di 45 gg. che le CGC prevedono come tempo di risposta, invece, il dies ad quem deve individuarsi nella data della risoluzione del contratto, ossia l'1.8.2017 per un totale di euro 45,00.

DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 24/04/2019, è tenuta a corrispondere la somma di € 189,00 per malfunzionamento del servizio ed € 45,00 a titolo di indennizzo da mancata risposta al reclamo oltre interessi dalla domanda al soddisfo.

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