

DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/11111/2019

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXXXXXX - Wind Tre (Very Mobile) 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”;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, 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 Regolamento Indennizzi;

VISTO l'art. 5 lettera e) della Convenzione tra l'Agcom e il Corecom Sicilia, per l'esercizio delle Funzioni Delegate in tema di comunicazioni, in vigore dal 1° Gennaio 2018, con cui l'Autorità ha delegato il Corecom Sicilia alla definizione delle Controversie;

VISTO l'Accordo Quadro del 28 Novembre 2017, tra l'Autorità per le Garanzie nella Comunicazione, la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee Legislative delle Regioni e delle Province Autonome;

VISTA la Legge Regionale 26 Marzo 2002 n. 2, successivamente modificata ed integrata, ed in particolare l'art. 101, che ha istituito il "Comitato Regionale per le Comunicazioni della Regione Siciliana" (Corecom);

VISTA l’istanza dell’utente XXXXXXXXX, del 13/04/2019 acquisita con protocollo N. 0164950 del 13/04/2019

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

La sig.ra XXXXXXXXX (di seguito Istante) in relazione al contratto: XXXXXXXXX di servizio di telefonia fissa XXXXXXXXX di tipo privato, nell’istanza introduttiva del presente procedimento, descrive i fatti testualmente come segue. La wind tre non ha effettuato la mia richiesta di passaggio da Adsl Absolute a Fibra HTTH in quanto asseriscono che risulta insolvente e i dati di insolvenza provengono da una fantomatica SIMOITEL, come confermato anche dalla parte che rappresentava la wind tre in sede di conciliazione, con la quale non ho mai avuto rapporti commerciali. La sottoscritta non risulta debitrice nei confronti di nessun ente privato o statale e da come si può evincere dagli addebiti che la stessa Wind effettua da 3 anni a questa parte, dei conti telefonici della stessa utenza in questione e sempre sullo stesso numero di conto corrente bancario. Tengo a precisare che ad oggi la connessione ADSL attiva è inutilizzabile per la scarsissima velocità di rete. L’istante ha inoltre replicato alla memoria avversaria specificando in sintesi quanto segue. L’importo richiesto di 2.500,00 euro fa riferimento al conteggio, fra l'altro in misura ridotta per una chiusura bonaria, all’ Art. 4 comma 1 del regolamento in materia di indennizzi dell’Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni, che prevede l’ indennizzo di euro 7,50 per ogni giorno di ritardo dell’attivazione del servizio e per la quale la stessa Wind ammette di esserci stata una richiesta di contratto on line, non portata a termine. Nelle memorie difensive della Wind Tre, la stessa menziona “ Successivamente alcuna ulteriore richiesta né reclamo pervenivano da parte istante”, suddetta menzione non corrisponde al vero, in quanto anche in fase di conciliazione la sottoscritta aveva provveduto ad allegare i reclami sia al call center con numero reclamo 1095046063 del 27.04.2018 e n.1101359969 del 23.05.18 e anche con una pec del 13.05.2018, che la sottoscritta ripropone anche in questa fase di definizione. Tengo anche a precisare che ben per altre 2 volte ho provato ad effettuare nuovamente il contratto, questa volta tramite un operatore del call center 155, ma successivamente il contratto veniva chiuso senza sapere la motivazione e mai attivato. La Wind Tre fa riferimento alle condizioni di contratto all’art.2.1, nel quale possono rifiutare l’attivazione del contratto per motivi tecnici ma in realtà la mancata attivazione del contratto è stata volontariamente negata dalla compagnia, a loro dire, per la presenza

dell'iban di accredito presente in black list pressolaSi.Mo.i.TEL. L'istante in ragione di quanto dichiarato chiede, come da formulario GU14: 1) indennizzo per il ritardo della mancata attivazione richiesta dal 15.04.18 e ad oggi non attivata; 2) indennizzo per l'illecito accesso e applicazione dei dati presenti alla SIMOITEL, contrari a quanto disposto dalla Agcom e per il danno morale, nonostante più volte segnalato il disservizio e continuamente ignorata, quantifico in 2.500,00 euro il danno.

L'operatore Wind Tre S.p.A., (di seguito Wind) nella propria memoria difensiva, rappresenta, in sintesi, quanto segue. Relativamente all'utenza XXXXXXXX, attiva in accesso ULL a nome dell'istante a far data dal 12/03/2015, perveniva in data 15/04/2018 richiesta di modifica contrattuale tramite canale eCommerce. Prontamente la convenuta, effettuate le verifiche del caso, comunicava l'impossibilità di evadere la richiesta dell'utente inviando, in pari data, opportuna comunicazione tramite sms. Successivamente alcuna ulteriore richiesta né reclamo pervenivano da parte istante. Preme evidenziare che l'istanza dovrebbe essere rigettata in quanto non adeguatamente motivata e provata, l'istante non fornisce alcuna prova di quanto avvenuto e della asserita responsabilità della convenuta. A tal proposito, la Delibera Agcom n. 70/12/CIR ha stabilito, in materia di onere della prova che "La domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente: (...)."E ancora, la Delibera Agcom n. 3/11/CIR, in materia di malfunzionamento, ha stabilito che "Qualora dalla documentazione prodotta agli atti non emergano elementi probanti e circostanziati, tali da rendere condivisibili le asserzioni mosse dalla parte istante circa i 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 "quo modo" ed il "quantum" del verificarsi del malfunzionamento non consente in questa sede una valutazione adeguata in ordine alla liquidazione di un congruo indennizzo". Appare doveroso richiamare i principi fondamentali del processo civile, in particolare della difesa e del contraddittorio, disciplinati dagli articoli 115c.p.c. e 2697 c.c. che prevedono che il giudice debba decidere iuxta alligata et probata, e quindi, porre a base della decisione unicamente le circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda e le prove offerte dalle parti, e che chiunque voglia far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, che non risultano essere stati rispettati da controparte. Alcuna prova è stata, altresì, fornita dall'attuale ricorrente di alcuno delle anomalie lamentate. E' necessario provare i danni subiti dal singolo utente a seguito del disservizio imputato al gestore telefonico, non essendo sufficiente far riferimento ad un fatto notorio. Con riferimento all'attivazione del servizio, oltretutto, preme evidenziare che le condizioni di contratto all'art. 2.1 dispongono: WIND si riserva il diritto di rifiutare la Proposta e pertanto di non concludere il Contratto e di non dare seguito all'attivazione ed erogazione dei Servizi in presenza delle circostanze di seguito indicate: "[...] per motivi tecnici che rendono impossibile l'attivazione dei Servizi. [...] In tutti i casi sopra indicati, WIND provvederà a comunicare al Cliente la mancata accettazione della Proposta[...]. Ulteriormente all'art. 3.1.3 viene precisato quanto segue: "Qualora, per ragioni tecniche, fosse esclusa la possibilità di procedere all'attivazione del Servizio in modalità di accesso diretto, se la linea era già attiva con Telecom Italia il Servizio rimarrà attivo in modalità di accesso indiretto; se l'attivazione prevedeva una nuova numerazione temporanea, il Cliente rimarrà attivo con detta numerazione Di tale circostanza e delle condizioni economiche applicate, verrà dettagliatamente informato il Cliente che potrà recedere con effetto immediato e senza l'applicazione di alcun costo. Inoltre, all'art. 12.3.1 le CGC dispongono quanto segue: "Fatto salvo quanto previsto al precedente articolo 3.1, WIND provvederà a tutte le formalità tecniche e amministrative, anche nei confronti del precedente operatore, necessarie all'attivazione del Servizio, fatto salvo la richiesta a cura del Cliente del codice assegnato dal precedente operatore e necessario per attivare il Servizio Infostrada [...] I tempi di attivazione non potranno essere superiori a 90 giorni... Nei casi in cui l'attivazione del Servizio preveda l'attivazione di una nuova linea con un numero temporaneo, non è garantita la completa disattivazione del servizio con l'altro operatore. Il Cliente dovrà pertanto verificare e nel caso richiedere personalmente la disattivazione presso l'altro operatore una volta attivato il Servizio con WIND"; il successivo art. 20, in tema di Garanzie offerte da WIND, precisa, altresì, che sono comunque fatti salvi "i casi in cui il mancato rispetto delle tempistiche dichiarate sia dovuto a cause di forza maggiore, a casi di eccezionale difficoltà tecnica, a ritardi causati da tempistiche dipendenti dalla clientela e/o a circostanze comunque non imputabili a WIND" (Allegato 3). Per quanto occorso, è evidente che alcuna responsabilità può essere addebitata alla scrivente la quale si premurava altresì di informare immediatamente l'utente in merito all'impossibilità di effettuare la modifica richiesta. Occorre a tal proposito richiamare quanto più volte ribadito nel tempo dall'Autorità e dai Co.Re.Com nelle proprie delibere, "Non può essere addebitata all'Operatore alcuna responsabilità per il mancato trasloco della linea qualora il trasloco stesso sia stato reso impossibile da motivi tecnici non imputabili all'operatore convenuto, prontamente comunicati all'utente nel rispetto della normativa di settore"; del. AGCOM 110/17/CIR: "L'operatore Wind Tre S.p.A., alla luce delle Condizioni generali di contratto e della Carta dei servizi, è obbligato a dare

esecuzione alla richiesta di trasloco nel termine di 70 giorni sempre che nel corso della procedura non emergano motivi tecnici ostativi all'espletamento della stessa. Nel caso in esame, la Società, incontestatamente, ha dichiarato di aver riscontrato l'impossibilità tecnica di effettuare il trasloco e di averne dato comunicazione all'istante entro il termine previsto. Ciò stante, alcuna responsabilità può essere attribuita a Wind Tre S.p.A. che in pendenza della procedura di trasloco ha comunque erogato il servizio, a prescindere dal fatto che l'utente l'abbia o meno utilizzato, per sua scelta. In relazione a tanto non si ravvisano i presupposti per cui la richiesta di rimborso debba essere accolta"-DeliberaAgcom28/19/CIR:"Con riferimento alla richiesta di liquidazione dell'indennizzo per il mancato trasloco dell'utenza telefonica e dei servizi accessori ,la richiesta non può trovare accoglimento, atteso che la società WIND Tre ha comunicato, entro la tempistica così come prevista dalle proprie Condizioni di contratto, l'impossibilità tecnica di completare la procedura di trasloco".

Alla luce dell'istruttoria svolta le richieste dell'istante possono essere parzialmente accolte per le motivazioni e nei limiti che seguono. Preliminarmente si rigetta la richiesta di cui al punto 2) in quanto sottende una richiesta di risarcimento danno. Sul punto è opportuno chiarire che il risarcimento del danno non può trovare accoglimento in questa sede. In particolare, sia la quantificazione che la liquidazione del danno esulano dalle competenze dell'Autorità, e quindi dalle competenze del Corecom, che in sede di definizione delle controversie "ove riscontri la fondatezza dell'istanza può ordinare all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o di corrispondere indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità", come previsto espressamente dall'art. 20, comma 4, del Regolamento di cui all'allegato A alla delibera n. 353/19/CONS. Ai sensi del comma 5, invece, resta salvo il diritto dell'utente di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno. Sempre in via preliminare occorre chiarire che oggetto della presente controversia non è la mancata attivazione di un servizio a seguito di regolare conclusione di un contratto ma il diniego da parte dell'operatore di concludere il contratto. Nel merito l'istante lamenta il mancato passaggio dell'utenza fissa da Adsl Absolute a Fibra HTTH richiesto a mezzo eCommerce il 15.04.18 adducendo quale motivo, il diniego ricevuto da parte dell'operatore, per motivi di insolvenza, circostanza questa non documentata in atti. Dal corredo probatorio depositato in atti infatti non risulta che l'operatore abbia formalmente motivato le ragioni del rifiuto. L'art. 2.1 delle Condizioni di Contratto - stabiliscono che " WIND si riserva il diritto di rifiutare la Proposta e pertanto di non concludere il Contratto e di non dare seguito all'attivazione ed erogazione dei Servizi in presenza delle circostanze di seguito indicate....." e prevede anche l'adempimento dell'operatore che " In tutti i casi sopra indicati, WIND provvederà a comunicare al Cliente la mancata accettazione della Proposta ed i motivi del rifiuto". Sebbene l'operatore abbia prontamente comunicato il rifiuto della richiesta dell'istante, non risulta agli atti comunque che l'abbia formalmente motivata, così come previsto nelle proprie Condizioni di Contratto. Nella considerazione quindi che l'operatore non ha correttamente informato il cliente dei motivi ostativi che hanno impedito l'erogazione del servizio richiesto, contravvenendo al rispetto dei propri oneri informativi, si ritiene equo accogliere parzialmente la richiesta di cui al punto 1) riconoscendo un indennizzo, ai sensi dell'art. 4 comma 2 del Regolamento di cui alla delibera 347/18/CONS. Ai fini dell'individuazione del periodo di riferimento per il calcolo dell'indennizzo, si ritiene equo, determinarlo dalla data del diniego da parte dell'operatore dell'attivazione della Fibra richiesta dall'istante, 15/04/2018, "fino a quando vi sia la prova certa che lo stesso abbia avuto conoscenza delle informazioni, anche se in ipotesi aliunde e non nelle forme stabilite dal contratto o dalla normativa" (III.5.3. delle Linee Guida delibera 276/13/CONS) che agli atti risulta essere 12/5/2018 come risulta provato da lettera pec depositata dall'istante, dalla quale si evince che lo stesso fosse, a quella data, a conoscenza della motivazione che ha indotto l'operatore al rifiuto dell'erogazione del servizio di cui trattasi. Per quanto sopra argomentato l'operatore è tenuto a corrispondere un indennizzo di euro 202,50 calcolato moltiplicando 27 giorni di "carezza informativa" per euro 7,50 .

DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 13/04/2019, è tenuta a corrispondere euro 202,50 (duecentodue/50) a titolo di indennizzo per mancato rispetto degli oneri informativi, ai sensi dell'art. 4, comma 2 del Regolamento di cui alla delibera 347/18/CONS.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento 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.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore
Francesco Di Chiara