

DETERMINA Fascicolo n. GU14/127645/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Gxxx S. - 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 Gxxx S., del 24/05/2019 acquisita con protocollo n. 0226027 del 24/05/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante. Con l’istanza di definizione, la Sig.ra S. Gxxx, in qualità di erede della Sig.ra Maria Domenica Paris - deceduta in data 15 dicembre 2017- intestataria ab origine della utenza telefonica distinta con il numero “0xxxxxxx” (codice cliente n. 12531851), inviava mediante raccomandata a.r. in data 8 gennaio 2018 formale recesso dal contratto “WINDHOME INFOSTRADA”, numero LTPRA9902906751, concernente la predetta utenza di telefonia fissa e sottoscritto con l’allora Infostrada S.p.A., oggi Wind Tre Spa (di seguito, per brevità “Wind Tre” o “operatore” o “gestore”). A motivo del citato recesso, l’istante

opponeva il malfunzionamento protratto nel tempo della linea fissa, oltre al decesso dell'intestataria dell'utenza telefonica in questione. L'utente contestava il fatto che, nonostante l'esercitato diritto di recesso, la Wind avesse continuato ad emettere fatture, "peraltro con servizio non funzionante per le stesse problematiche precedentemente lamentate e mai risolte sulla linea". A seguito della ricezione, nel maggio 2018, dell'ennesima fattura (n. W1805891758, emessa il 5 aprile 2018, di Euro 72,34), inviava, in data 11 luglio 2018 specifico reclamo, a mezzo PEC, rimasto però privo di riscontro da parte dell'operatore. Alla luce di quanto sopra, richiedeva : lo storno e/o il rimborso delle somme pagate e non dovute, un indennizzo per i malfunzionamenti contestati, un indennizzo per la mancata risposta al reclamo del luglio 2018, oltre alle spese di procedura ed al rimborso dei costi sostenuti.

2. La posizione dell'operatore. L'Operatore Wind Tre spa, ritualmente costituitosi nel procedimento a mezzomemoria difensiva di parte, eccepiva, in rito, la carenza di legittimazione attiva dell'istante, poiché la numerazione oggetto di contestazione apparteneva al de cuius, nonché la tardiva integrazione istruttoria non pervenuta nei 10 giorni successivi come riportato nella nota dell'Autorità del giorno 30/5/2019 , ma avvenuta solo in data 24/07/2019, Sempre in via preliminare, Wind Tre eccepiva l'inammissibilità e/o l'improcedibilità dell'istanza avversaria di ristoro delle spese di procedura in quanto non demandabili all'Autorità adita, ai sensi dell'art. 20, comma 4, della Delibera n. 203/18/CONS, stante peraltro la gratuità della procedura di conciliazione/definizione; nonché la genericità e indeterminatezza delle domande avversarie relativamente ai fatti contestati, ex art. 14, comma 3, della Delibera 203/18/CONS. Eccepiva inoltre l'indeterminatezza e genericità delle contestazioni dell'istante, che risultano prive di elementi di prova. Nel merito, previa ricostruzione della vicenda contrattuale, Wind Tre precisava di aver tariffato tutto il traffico generato dalla linea in questione secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dal relativo piano tariffario prescelto dall'istante nel corso del rapporto contrattuale. Confermava di aver ricevuto in data 8/1/2018 richiesta di risoluzione del contratto per decesso dell'intestataria e di aver correttamente disattivato la linea in data 9/2/2018, dunque entro i termini previsti dalle Condizioni Generali di contratto. Segnalava inoltre, in riferimento al "Costo per attività di cessazione servizio", pari ad Euro 65,00, concernente la fattura n. W1805891758, che i costi di disattivazione/migrazione fatturati all'istante fossero dovuti conformemente all'art. 1 della L. 40/2007. A dire della convenuta, nessun reclamo afferente al malfunzionamento della linea fissa in questione era pervenuto da parte dell'istante. Con riferimento alla "interruzione/sospensione del servizio" la Delibera AGComn. 3/11/CIR, proprio in materia di malfunzionamento, ha stabilito che "Qualora dalla documentazione prodotta agli atti non emergano elementi probanti e circostanziati, tali da rendere condivisibile 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" (così, conformemente, anche le delibere Agcom nn.50/11/CIR; 14/12/CIR;38/12/CIR; 24/12/CIR; 28/12/CIR; 34/12/CIR e altre ancora). Si tenga, altresì, in considerazione che la Carta Servizi WIND (doc.3), in tema di irregolare funzionamento del servizio, all'art. 2.2 dispone che "....WIND si impegna ad eliminare eventuali irregolarità funzionali del servizio entro il quarto giorno non festivo successivo a quello in cui è pervenuta la segnalazione, ad eccezione dei guasti di particolare complessità che verranno comunque riparati con la massima tempestività. Con riguardo a quest'ultima tipologia di guasti, WIND si impegna a fornire informativa attraverso ogni canale, ad esempio tramite sito web, sullo stato del disservizio occorso....". Nel caso in cui Wind non osservi i predetti termini, il Cliente avrà diritto agli indennizzi di cui al punto art. 3.3. Ciò posto, dunque, il diritto dell'istante ad essere indennizzato per un eventuale disservizio, sorge solo ed esclusivamente nel caso in cui la sua segnalazione di guasto effettuata al servizio clienti non trovi una risoluzione nel termine indicato. Da ultimo, la convenuta teneva a precisare la disciplina della regolamentazione in tema di accesso ad Internet da postazione fissa, chiarendo che l'esibizione da parte dell'istante del certificato Ne.me.sys. attestante il mancato rispetto da parte dell'operatore degli standard minimi garantiti, ha valore probatorio e avrebbe fatto nascere in capo allo stesso esclusivamente il diritto al recesso senza penali, e non il riconoscimento di alcun diritto all'indennizzo. Concludeva richiedendo l'accoglimento delle eccezioni di inammissibilità e, nel merito, il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, perché del tutto infondate in fatto ed in diritto.

3. Motivazione della decisione. In via preliminare, si rigetta l'eccezione di improcedibilità/inammissibilità dell'istanza, spesa dall'operatore, relativamente alla tardiva comprova della legittimazione ad agire in capo all'odierna istante, derivante dall'estratto per riassunto dal registro degli atti di morte dell'intestatario dell'utenza in questione. Seppur detto documento sia sopraggiunto oltre il termine indicato dall'Autorità, ad integrazione dell'istanza, esso è stato comunque prodotto in aggiunta ad altra documentazione, già agli atti del procedimento, dalla quale emergeva la sussistenza della legittimazione ad agire, come la lettera di recesso nella quale veniva rilasciata una dichiarazione sostitutiva da parte dell'istante in relazione al decesso della madre, intestataria dell'utenza de qua, e alla qualità di erede legittima del de cuius (rectius, coerede in quanto aveva anche ricevuto la delega, versata agli atti, a promuovere il procedimento di conciliazione anche da parte dell'altra coerede, ossia la sorella, la Sig.ra Luciana Giorgi). Si rigetta, altresì, l'ulteriore eccezione operata dalla convenuta in ordine all'inammissibilità della richiesta di rimborso delle spese di procedura ed assistenza in quanto si rammenta che le stesse sono determinate dall'Autorità secondo criteri non solo di giustificazione e necessità, ma anche di equità e proporzionalità. Sempre in rito, si rigetta anche l'eccezione di inammissibilità/improcedibilità per assoluta indeterminatezza delle contestazioni avversarie, sollevata da Wind Tre, per violazione della Delibera n. 203/18/CONS, poiché la domanda risulta ben argomentata in riferimento alla contestazione da esporre. Si ritiene, infatti, che l'istante, precisando le date e il disservizio subito, la motivazione del recesso, il contenuto del proprio reclamo, l'importo dei lamentati addebiti, il tipo di offerta aderita, e completando la domanda con adeguata documentazione a supporto delle proprie pretese, abbia rappresentato la vicenda in maniera esaustiva, fornendo alla controparte tutte le indicazioni necessarie per inquadrare la problematica e predisporre la propria difesa. Non si ritiene fondata nemmeno l'eccezione formulata dall'istante, in sede di replica, concernente l'irricevibilità di eventuali memorie difensive dell'operatore non depositate nel termine assegnatogli. Ciò in quanto la memoria depositata dall'operatore in data 24 luglio 2019 veniva qualificata quale replica a quella precedentemente depositata dall'istante nel medesimo giorno. Ergo, come indicato nella comunicazione di avvio del procedimento del 30 maggio 2019, "la parte convenuta può presentare memorie entro il termine di giorni 45 dal ricevimento della presente comunicazione e, entro i successivi 10 giorni, tutte le parti possono presentare eventuali controdeduzioni". Pertanto, nel secondo termine, riguardante le eventuali controdeduzioni, "tutte le parti" possono produrre scritti difensivi, come avvenuto nel caso di specie. L'istanza, dunque, soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è, pertanto, proponibile. Tenuto conto di tali considerazioni e passando, quindi, al merito della controversia, si dà atto che, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato. La richiesta dell'istante, concernente lo storno integrale dell'insoluto relativo alla fattura n. W1805891758 del 5/4/2018 può essere accolta, atteso che la fattura ricomprende i "costi per attività di cessazione del servizio". Si fa presente che l'operatore è tenuto a dimostrare l'equivalenza tra gli importi fatturati e i costi effettivamente sostenuti per la gestione del recesso, in conformità con quanto previsto dalla legge n. 40/2007, che riconosce al consumatore la facoltà di recedere dai contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazione elettronica, o di trasferire la propria utenza presso altro operatore, con il solo obbligo del preavviso. Inoltre il recesso o il trasferimento devono essere garantiti senza ritardi e senza penali: gli unici importi ammessi sono le "spese giustificate da costi dell'operatore", ossia le spese per cui sia dimostrabile un pertinente e correlato costo sopportato da quest'ultimo per procedere alla disattivazione o al trasferimento dell'utenza, spese di cui l'operatore deve comunque fornire prova. In particolare, devono essere disapplicate le previsioni contrattuali che pongono a carico dell'utente, in caso di recesso anticipato, il rimborso di eventuali sconti di cui lo stesso abbia beneficiato. Pertanto, in mancanza di tale prova, l'utente ha diritto al rimborso o allo storno di quanto indebitamente fatturato. Al riguardo peraltro si deve evidenziare che in via generale le attività di disattivazione della configurazione preesistente coincidono con le attività tecniche da effettuarsi in fase di attivazione dall'operatore che acquisisce il cliente: attività che sono quindi già remunerate da quest'ultimo. Pertanto eventuali costi di disattivazione posti a carico dell'utente, in assenza di prova contraria, sono del tutto ingiustificati, con esclusione dei soli costi di gestione della pratica. SULL'INDENIZZO PER IL MALFUNZIONAMENTO DEI SERVIZI La domanda non può essere accolta per le motivazioni di seguito esposte. L'istante non ha dato prova di aver segnalato all'operatore detto malfunzionamento, ma si è limitata a recedere dal contratto anche a seguito della scomparsa della madre (intestatario ab origine del contratto). L'unico reclamo agli atti, risale a sei mesi dopo la comunicazione di recesso e, in buona sostanza, riproduce integralmente il contenuto della missiva di recesso dell'8 gennaio

2018, richiedendo in aggiunta lo storno della fattura n. W1805891758 del 5 aprile 2018. Questo Corecom ricorda che, in assenza di valide segnalazioni antecedenti, incombe sull'utente l'onere della prova, in base al principio sancito dall'art. 2697 c.c. "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento", principio cui aderisce la consolidata giurisprudenza dell'Agcom, nonché di questo Corecom. In tema di disservizi indennizzabili la normativa di settore, e in particolare la Delibera n. 69/11/CIR, nonché unanime orientamento dell'Autorità in materia, ha ritenuto che "Non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore.....qualora l'utente non provi di avere inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi provvedere alla sua risoluzione" (per tutte valgano le delibere AGCOM n. 100/12/ CIR, n. 127/12CIR, n. 130/12/CIR, n. 82/12/CIR, n. 38/12/CIR e n. 69/10/CIR). La mancanza di reclami in ordine alla presunta sospensione del servizio, pertanto, assume un particolare rilievo in questa sede, secondo quanto stabilito dall'Autorità, attraverso una consolidata applicazione della richiamata Delibera n. 179/03/CSP e che pone in diretta correlazione l'obbligo dell'operatore di provvedere al ripristino del servizio con l'obbligo dell'utente di porre la controparte nella condizione di provvedervi, attraverso una tempestiva segnalazione della problematica. Chiarisce, infatti, l'Autorità (v. ex multis, Delibera n. 69/11/CIR) che, in presenza di qualsivoglia malfunzionamento, l'intervento del gestore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato da parte del cliente. Applicando il principio generale appena enunciato al caso concreto, va da sé che, se l'utente non ha lamentato il disservizio al gestore, questi non abbia potuto provvedere alle opportune verifiche e provvedere, eventualmente, alla soluzione del guasto. La domanda di indennizzo per il malfunzionamento dei servizi non può quindi essere accolta. E per le stesse ragioni dovrà essere rigettata anche la richiesta di storno e /o rimborso delle fatture relative al periodo dell'asserito malfunzionamento. SULL'INDENNIZZO PER LA MANCATA RISPOSTA AL RECLAMO La richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo può, invece, essere accolta. Da consolidato orientamento dell'Autorità (ex multis, Agcom Delibere n. 9/10/CIR, n. 38/11/CIR e n. 126/12/CIR), 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. Nel caso in esame, la comunicazione di reclamo dell'istante inviata/ricevuta con PEC in data 11 luglio 2018, come depositata agli atti, è da ritenersi non riscontrata da parte di Wind Tre, che non ha prodotto alcuna risposta scritta in merito, bensì si è limitata a contestarne la ricezione. Considerato l'arco temporale indennizzabile - dal 25 agosto 2018, ossia 45 giorni dopo la presentazione del reclamo (tempo a disposizione del gestore per fornire la risposta secondo la Carta dei servizi), all'8 maggio 2019, data dell'udienza di conciliazione, in applicazione dell'art. art. 12, commi 1 e 2, del Regolamento indennizzi, approvato con Delibera Agcom n. 347/18/CONS, si ritiene di riconoscere un indennizzo per mancata risposta a reclamo nella misura massima di Euro 300,00. Spese di procedura compensate.

DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in accoglimento dell'istanza del 24/05/2019, è tenuta a 1. provvedere allo storno della fattura n. W1805891758 del 5/4/2018 e a corrispondere all'utente l'importo di euro 300,00 ai sensi dell'art. del Regolamento indennizzi, approvato con Delibera Agcom n. 347/18/CONS.

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

f.to