

DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/89613/2019

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - Wind Tre
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;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re. Com.)”;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l’Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 27/02/2019 acquisita con protocollo N. 0084545 del 27/02/2019

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:

A seguito dell’udienza di conciliazione del 26.02.2019, l’istante ha presentato istanza di definizione come indicato in premessa, lamentando nei confronti di Wind Tre X (di seguito Wind) l’attivazione di servizio non richiesto, l’interruzione della linea, la mancata risposta a reclamo, la fatturazione illegittima e l’applicazione di penali, dichiarando in particolare quanto segue: - di essere stato contattato dall’operatore nel marzo 2018 per l’attivazione di un contratto; - di aver precisato e registrato, nella suddetta circostanza, di non volere il modem ma di averlo comunque ricevuto dopo circa 2 settimane; - che nel mese di marzo 2018 la linea è stata interrotta; - di aver inviato all’operatore, tramite legale, pec per inadempimento contrattuale; In base a tali premesse, l’istante ha richiesto: a) Indennizzo per attivazione di servizio non richiesto b) Indennizzo per interruzione della linea c) Indennizzo per mancata risposta a pec d) Annullamento penali e posizione debitoria e) Spese di procedura

Wind, con propria memoria difensiva, ha dichiarato di aver concluso telefonicamente con l’istante in data 22/03/2018 il contratto Wind Home Fibra 200 New, consegnandogli successivamente il modem come previsto sul contratto stesso. L’operatore ha evidenziato di non aver ricevuto alcuna segnalazione da parte dell’istante ad eccezione del reclamo del 05/10/2018 cui ha risposto in data 11/10/2018. Ha eccepito l’infondatezza della contestazione relativa al modem, richiamando le Condizioni Generali di Contratto ed in particolare gli artt. 1.2, 3.2.1 e 3.2.3 per il quale: “Il Cliente prende atto ed accetta che il Servizio di Telefonia su IP funziona solo con i Prodotti di WIND, forniti secondo quanto previsto dall’art. 6 e che l’attivazione e la fornitura del Servizio di Telefonia su IP presuppongono un’idonea connessione Internet, anziché la tradizionale rete telefonica. In difetto di tale idonea ed attiva connessione di rete, WIND non garantisce la disponibilità e qualità del Servizio di Telefonia su IP, né risponde di conseguenti indisponibilità o malfunzionamenti”. In merito alla richiesta di restituzione di quanto versato, ha contestato la genericità della domanda e la scarsa documentazione acquisita

agli atti, richiamando il costante orientamento dell'Autorità, per cui l'istante deve adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con minimo grado di precisione, quali siano i fatti ed i motivi alla base della richiesta, allegando la relativa documentazione. Ha sottolineato, inoltre, che alcuna prova è stata, fornita dal ricorrente, richiamando oltre ai principi fondamentali del processo civile, per cui il giudice deve decidere iuxta alligata et probata, la delibera Agcom 91/15/CIR, per cui non può essere accolta la richiesta se "...l'istante non ha fornito alcuna prova di quanto asserito nè della responsabilità dell'operatore. (...)". Ha evidenziato il comportamento passivo dell'utente che da marzo 2018 ha promosso reclamo solo ad ottobre 2018 senza mai lamentare alcunchè in precedenza, aggiungendo di non aver ricevuto alcuna richiesta di disattivazione. Ha concluso di non aver riscontrato alcuna anomalia di gestione, chiedendo il rigetto delle richieste di parte istante e, in subordine, di operare eventuale compensazione tra le relative poste debito/credito, poiché trattasi, per le somme insolute che verranno indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile. Replica dell'istante Con successiva memoria di replica, l'istante ha reiterato le richieste di indennizzo per consegna prodotto non richiesto e interruzione servizio internet nonché di annullamento della posizione debitoria, ribadendo quanto esposto in istanza. Ha dichiarato di aver inviato disdetta contrattuale per inadempimento dell'operatore nonché di aver pagato fatture per euro 28 e per euro 55,07. Ha precisato che l'utenza 0532xxx406 non è mai stata attivata e che sulla stessa non vi è mai stato traffico. Ha sottolineato di aver inviato all'operatore in data 05/10/2018 pec di costituzione in mora contestando quanto accaduto.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono trovare parziale accoglimento a) La richiesta di cui al punto a) di indennizzo per attivazione servizio non richiesto non può essere accolta come di seguito precisato. L'istante lamenta in particolare di aver ricevuto dall'operatore il modem nonostante il relativo diniego espresso e registrato durante l'attivazione telefonica del contratto del marzo 2018. Dalla suddetta registrazione vocale, prodotta agli atti da Wind, risulta che l'utente ha aderito in data 22/03/2018 al contratto "Wind Home Fibra 200 New" ma non si rileva alcun diniego in merito alla consegna del modem. Dalle Condizioni generali del contratto, pure depositate agli atti dall'operatore, risulta, come evidenziato da quest'ultimo, che il modem o router fornito da Wind è un prodotto necessario al fine della fruizione del servizio oggetto del contratto concluso. Le richiamate Condizioni, infatti, precisato che per "prodotto" si intende "il modem o il router necessario per la fruizione del Servizio Internet e del Servizio di Telefonia su IP" (art.1.2) e che "in caso di attivazione del Servizio Internet con tecnologia in fibra ottica, il Servizio Voce verrà attivato con Telefonia su IP" (art. 3 2.1), prevedono che "Il Cliente prende atto ed accetta che il Servizio di Telefonia su IP funziona solo con i Prodotti di WIND, forniti secondo quanto previsto dall'art. 6 e che l'attivazione e la fornitura del Servizio di Telefonia su IP presuppongono un'idonea connessione Internet, anziché la tradizionale rete telefonica. In difetto di tale idonea ed attiva connessione di rete, WIND non garantisce la disponibilità e qualità del Servizio di Telefonia su IP, né risponde di conseguenti indisponibilità o malfunzionamenti" (art. 3.2.3). b) La richiesta di cui al punto b) di indennizzo per interruzione della linea non può essere accolta. Si richiama quanto previsto dal regolamento indennizzi approvato da Agcom con delibera n. 347/18/CONS all'art. 6, comma 1, per cui "In caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici, imputabili all'operatore, sarà dovuto un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari a euro 6 per ogni giorno d'interruzione" e al successivo art. 14, comma 1, per cui "Sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza, fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte". Nel caso di specie, dalla documentazione depositata in atti risulta che l'istante ha segnalato all'operatore la mancata attivazione della linea oggetto di contestazione risalente al marzo 2018 solo con pec del 05.10.2018. Considerata tale segnalazione tardiva rispetto ai termini di cui alla richiamata normativa, si ritiene non accoglibile la relativa richiesta di indennizzo.

c) La richiesta di cui al punto c) di indennizzo per mancata risposta al reclamo può essere accolta. Risulta depositata agli atti da parte istante la pec di reclamo datata 05/10/2018, del cui ricevimento è dato atto nella memoria dell'operatore, il quale produce la lettera di risposta datata 11/10/2018 ove si limita a informare l'utente di non aver riscontrato alcuna irregolarità. Sulla base delle risultanze istruttorie, il reclamo in questione è da ritenersi non riscontrato da parte di Wind, dal momento che della suddetta mail di risposta non risulta agli atti alcuna prova di invio da parte dell'operatore o di ricevimento da parte dell'utente. Occorre, d'altra parte, aggiungere che per valutare il diritto dell'utente ad ottenere un indennizzo per mancata risposta al reclamo, occorre analizzare il comportamento dell'operatore: non può ritenersi sufficiente, al fine di un esonero da

responsabilità, la semplice circostanza che l'operatore abbia provveduto a rispondere per iscritto alle doglianze dell'utente. L'operatore deve infatti informare l'utente anche circa gli accertamenti compiuti e i motivi ostativi alla risoluzione della problematica lamentata, in modo da mettere quest'ultimo in condizione di poter effettuare una scelta consapevole in ordine alla prosecuzione o meno del rapporto contrattuale. Non è conforme a ciò un riscontro che risulti essere del tutto generico, e che non soddisfi nessuna delle richieste di chiarimento avanzate dall'utente, limitandosi a informare l'utente di non aver riscontrato alcuna irregolarità. Nel caso di specie, la condotta dell'operatore non risulta essere stata conforme agli obblighi sopra esplicitati, il che fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo (si veda Agcom Delibera n. 117/10/CIR Corecom Lombardia Delibera n. 35/11 e Corecom Friuli Venezia Giulia Delibera n. 22/12). In applicazione dell'art.12, comma 1, del regolamento indennizzi approvato con delibera Agcom n. 347/18/CONS, considerato l'arco temporale indennizzabile - svolgentesi dal 05/10/2018, data del reclamo, fino al 26/02/2019, data dell'udienza di conciliazione al netto dei 45 giorni di tempo a disposizione del gestore per fornire la risposta secondo la Carta dei servizi - si ritiene di riconoscere un indennizzo pari a 2,50 euro x 99 giorni (144 - 45) per un totale di euro 247,50. d) Le richieste di cui al punto d) di annullamento della posizione debitoria e delle penali non può essere accolta. In merito, occorre evidenziare quanto stabilito, in materia di onere della prova dalla delibera n. 70/12/CIR, in linea con l'orientamento costante dell'Autorità Garante: "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, avrebbe dovuto fornire la prova chiara dei pagamenti, nonché dell'avvenuta contestazione delle fatture (...)." Nel caso in esame, l'istante non risulta aver adempiuto al suddetto onere probatorio. Egli si limita, infatti, a richiedere il rimborso di fatture indebitamente pagate senza fornire alcuna prova dei relativi pagamenti e dell'avvenuto reclamo delle fatture stesse all'operatore. Si aggiunga che, non risultando prodotta copia né tantomeno indicato numero e/o data di dette fatture, la scrivente Autorità non è in grado di accertare la giustezza della richiesta di rimborso per assenza di elementi oggettivi. Non risulta, altresì, depositata agli atti del presente procedimento né altrimenti deducibile, la pec di disdetta contrattuale che l'istante asserisce aver inoltrato presentato all'operatore. e) Si ritiene, infine, di riconoscere, ai sensi dell'articolo 20, comma 6, del Regolamento di procedura e in considerazione del parziale accoglimento dell'istanza, l'importo pari ad euro 50,00 a titolo di spese di procedura.

DETERMINA

- Wind Tre, in parziale accoglimento dell'istanza del 27/02/2019, è tenuta a 1) Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti della società Wind Tre X per le motivazioni di cui in premessa. 2) Wind Tre X è tenuta a corrispondere, in favore dell'istante, oltre alle spese di procedura di euro 50,00 (cinquanta) l'importo di euro 247,50 (duecentoquarantasette/50) maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo. 3) Wind Tre X è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento della presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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
Rita Filippini