

**DELIBERA N. 33/2020
XXX / WIND TRE (GU14/121643/2019)**

Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del Corecom Emilia-Romagna del 24/02/2020;

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, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”

VISTA la delibera n. 296/18/CONS, recante “*Modifiche alla delibera n. 203/18/CONS con riferimento all’entrata in funzione della piattaforma ConciliaWeb*”;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma ConciliaWeb, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”;

VISTA la delibera n. 347/18/CONS, recante “*Modifica del Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all’Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS*”;

VISTA la delibera 353/19/CONS, recante “*Modifica del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”;

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 di XXX del 12/05/2019 acquisita con protocollo n. 0203048 del 12/05/2019;

VISTA la relazione istruttoria della Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 24.02.2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

A seguito del procedimento di conciliazione concluso con verbale di mancato accordo del 14.02.2019, l'utente ha presentato istanza di definizione come indicato in premessa, lamentando nei confronti di Wind Tre X (di seguito Wind) quanto segue:

-che, quale cliente Wind da oltre un ventennio, in ragione della propria invalidità motoria aveva la linea fissa diramata in ogni stanza della propria abitazione e collegata con il teleallarme;

- di aver prestato, in totale buona fede, il proprio consenso alla proposta telefonica del 09.11.2018 dell'operatore, il quale, senza accertarsi del tipo di servizi collegati alla linea telefonica e garantendo che non vi sarebbe stata alcuna modifica delle funzionalità della medesima, le offriva la migrazione gratuita alla fibra ottica e di aver installato in data 14/11/2018 il nuovo modem;

-di essersi accorta, in data 19/11/2018, della disattivazione della linea telefonica - voce e internet - e del blocco del teleallarme e dei servizi a quest'ultima collegati;

-che, chiamato il 155, l'operatore le spiegava che la migrazione alla fibra comportava la cessazione della linea telefonica analogica con conseguente mancato funzionamento delle diramazioni della linea in casa e del teleallarme e che avrebbe dovuto effettuare a proprie spese modifiche tecniche all'impianto o, in alternativa, presentare recesso dalla migrazione a FTTC, ottenendo il ripristino della linea analogica;

-di aver, dunque, provveduto ad inviare pec di recesso del 21.11.2018 e di aver ricevuto dall'operatore, in data 23/11/2018, assicurazione dell'avvenuta presa in carico dell'invio di un tecnico per il ripristino della linea analogica;

- che, ancora in assenza della linea, in data 27.11.2018 ha contattato nuovamente l'operatore, che le comunicava che, essendosi trattato di una modifica esclusivamente tecnica, non poteva prendere in carico il ripensamento/recesso;

-che la linea, voce e dati, è stata ripristinata da Wind solo in data 19.12.2018, a seguito del provvedimento di urgenza del Corecom n 0223230 del 14/12/2018;

-che, durante l'udienza di conciliazione, l'operatore ha ribadito che, essendosi trattato di una mera modifica tecnica e non della sottoscrizione di un nuovo contratto, non sono applicabili le norme in materia di recesso, sostenendo, al tempo stesso, l'impossibilità di recedere dal contratto senza penali;

- di non conoscere a tutt'oggi le proprie condizioni contrattuali, non essendo possibile scaricare dalla propria area personale del sito Wind il consenso contrattuale prestato telefonicamente in data 09/11/2018;

- di non aver ritenuto di corrispondere alcuna somma all'operatore senza prima avere contezza di quanto prodotto in bolletta telefonica, considerando che oltretutto le somme richieste non hanno alcuna corrispondenza con il valore dei piani di offerta attualmente prestati per analoghi servizi FTTC, risultando i costi quasi raddoppiati.

In base a tali premesse, l'istante ha richiesto:

- a) il ripristino della linea analogica, voce ed adsl, alle medesime condizioni contrattuali preesistenti la data del 09/11/2018;
- b) l'integrale storno delle precedenti bollette nonché delle rate residue e finale;
- c) l'applicazione del piano telefonico attualmente più conveniente per la linea Voce+Dati in FTTC attualmente in commercio da Wind, che prevede una spesa di €25/mese e non la tariffa attualmente applicata di oltre €42/mese;
- d) la possibilità di poter migrare ad altro operatore in esenzione costi o penali;
- e) la documentazione cartacea relativa al contratto in essere con specifico riferimento ad eventuali costi e penali per l'esercizio del diritto di recesso o migrazione;
- f) un risarcimento per il disservizio totale (voce + dati) protratto per oltre un mese dal 19/11/2018 al 19/12/2018;
- g) la somma di euro 250,00 quali costi del tecnico per riadeguare l'impianto di teleallarme;
- h) la somma di euro 150 quali costi del tecnico per rendere di nuovo funzionanti i telefoni delle altre due stanze collegate originariamente alla linea analogica;
- i) un risarcimento a mero titolo satisfattivo di euro 350.

2. La posizione dell'operatore

Wind, con propria memoria difensiva, ha, preliminarmente, richiamato l'attenzione dell'Autorità scrivente sul principio di chiarezza e sinteticità che deve reggere la redazione degli atti e delle dichiarazioni delle parti, ai sensi dell'art. art. 16, comma 3, del Regolamento 203/18/CONS e delle Linee guida approvate con delibera n. 276/13/CONS. Ha, poi, eccetto l'inammissibilità delle richieste di risarcimento e di rimborso delle spese versate ai tecnici, in considerazione del contenuto vincolato del provvedimento di definizione di cui all'art. 20, comma 4, del Regolamento di procedura.

L'operatore ha ricostruito come segue la vicenda contrattuale. In data 09/11/2018 l'utente, già titolare dal 05.09.2007 dell'utenza fissa 051xxx571, veniva impattato da una campagna promozionale - finalizzata a consentire il passaggio di un'utenza fissa a tecnologia Fibra senza alcuna variazione di prezzo - ed aderiva al cambio proposto, che comportava, altresì, l'invio di un modem in comodato d'uso. Precisa che non si è trattato di un nuovo contratto bensì unicamente di un cambio della tecnologia.

Nel merito, Wind ha rappresentato che nel corso del contatto telefonico del 19/11/2018, il Servizio Clienti ha confermato alla cliente l'avvenuta variazione e, come dichiarato nell'istanza, l'impossibilità tecnica di ripristinare eventualmente la tecnologia precedente. Solo in data 29/11/2018 e 06/12/2018 e mai prima di allora pervenivano due provvedimenti ex art. 5 aventi ad oggetto disservizio tecnico (GU5/51121 e GU5/54661). Effettuate le opportune azioni, in data 14/12/2018 veniva rilevato il corretto funzionamento del servizio.

L'operatore ha, dunque, richiesto di rigettare tutte le domande in quanto del tutto infondate in fatto ed in diritto, eccependo che l'istante non fornisce alcuna prova di quanto avvenuto, inclusa eventuale documentazione scritta/reclami e sottolineando di aver attivato regolarmente il servizio, cui la cliente aveva aderito, offrendogli oltretutto condizioni migliorative, rispetto all'offerta precedente, dal punto di vista della tecnologia e al medesimo prezzo.

In tema di irregolare funzionamento del servizio, ha riportato l'art. 2.2 della Carta Servizi, per cui il diritto dell'istante ad essere indennizzato per un eventuale disservizio sorge solo nel caso in cui la sua segnalazione di guasto effettuata al servizio clienti non trovi una risoluzione nel termine indicato, evidenziando di aver prontamente verificato il malfunzionamento non appena è stato posto nella condizione di intervenire ovvero solo all'atto del provvedimento ex art. 5.

3. Motivazione della decisione

Le domande dell'istante possono essere accolte parzialmente.

a) Le richieste di cui ai punti da a) e b) si trattano congiuntamente e trovano accoglimento. L'istante rappresenta che, a seguito del consenso, prestato in data 09.11.2018, alla proposta telefonica di Wind di passaggio gratuito a tecnologia fibra, la linea analogica voce e dati- e i servizi ad essa collegati, a partire da 19.11.2018, non hanno più funzionato e lamenta di non esserne stato informato tempestivamente e adeguatamente dall'operatore. Aggiunge che, nonostante le numerose segnalazioni e la pec di recesso del 21.11.2018 dalla modifica telefonica, la linea analogica è stata ripristinata solo in data

19.12.2018 a seguito del provvedimento di urgenza del Corecom.

Wind eccepisce di aver fornito all'utente le adeguate informazioni in data 19.11.2018 - specificando che si è trattato di un mero cambio di tecnologia e non della stipula di un nuovo contratto - e di non aver ricevuto alcuna disdetta né alcun reclamo fino all'istanza GU5. Secondo quanto disposto dall'art. 4 della Direttiva approvata con delibera Agcom n. 179/03/CSP, gli utenti hanno diritto ad un'informazione precontrattuale chiara, esatta e completa delle specifiche tecniche ed economiche dei servizi secondo criteri uniformi di trasparenza, chiarezza e tempestività, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà, valutati alla stregua delle esigenze delle categorie di consumatori più deboli. Riguardo all'eccezione di Wind - per cui il passaggio a fibra è stato un mero cambio di tecnologia e non si è trattato di un nuovo contratto -, si aggiunge che anche l'Autorità scrivente si è già espressa (Corecom E.R. Delibera 59/2017), sostenendo che incombe sull'operatore l'obbligo di fornire informazioni precontrattuali chiare e comprensibili all'utente, incluse le eventuali modifiche o restrizioni del servizio di natura tecnica. Ai sensi dell'art 9, comma 10, del Codice del consumo, l'onere di provare l'adempimento degli obblighi di informazione precontrattuale incombe sul professionista.

Considerando che il passaggio a fibra è stato convenuto telefonicamente tra le parti, si richiama, altresì, quanto previsto dall'art. 2, comma 5, del Regolamento approvato con delibera Agcom n. 664/06/CONS, per cui: "...Se è stata utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento degli obblighi informativi ...ed il consenso informato del titolare dell'utenza telefonica possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, previo consenso dell'interessato alla registrazione". Considerata la normativa sopra richiamata, nel caso in esame, l'operatore non risulta aver adempiuto all'onere probatorio relativo all'adempimento dei propri obblighi informativi per quanto riguarda il passaggio a fibra della linea in questione. Egli si è, infatti, limitato a produrre una copia della schermata dei propri sistemi che attesta che "il cliente verrà contattato telefonicamente da un consulente specializzato per procedere al passaggio in fibra". Agli atti non risulta però depositata alcuna registrazione vocale o documentazione atta a provare l'adempimento in questione.

La modifica oggetto del contendere è dunque da considerarsi viziata ab origine in quanto l'utente, se fosse stato correttamente informato, non avrebbe prestato il proprio consenso (conforme Corecom Umbria Delibera n. 49/12).

Ne consegue che Wind, per quanto già non provveduto, è tenuta a ripristinare, a propria cura e spese e senza l'applicazione di alcun onere o penale a carico dell'istante, le condizioni contrattuali preesistenti al passaggio a fibra del 09.11.2018 nonché a stornare tutte le fatturazioni eccedenti e/o non previste nelle medesime.

b) Le richieste di cui ai punti c), d) ed e) risultano assorbite nell'accoglimento delle richieste di cui ai punti a) e b) di cui sopra.

c) La richiesta di cui al punto f) di risarcimento per il disservizio totale (voce e dati) protratto dal 19/11/2018 al 19/12/2018 non può essere accolta.

Si premette che, secondo quanto disposto al punto III.1.3 della delibera Agcom n. 529/09/CONS, in applicazione dei criteri di efficienza e ragionevolezza dell'azione e del principio di tutela del contraente più debole, si interpreta la richiesta di risarcimento in esame come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal nomen iuris indicato dalla parte,

che potrà naturalmente rivolgersi all'Autorità ordinaria per ottenere la liquidazione dell'eventuale danno. (Si veda, ex multis, delibera Corecom ER n. 23/12)

Si considera, dunque, quanto previsto dal Regolamento indennizzi approvato dalla delibera Agcom n. 347/18/CONS, che all'art. 14, comma 4, dispone: "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"

Si richiama, inoltre, il consolidato orientamento di Agcom (delibere nn. 69/11/CIR, 100/12/CIR, 113/12/CIR e successive conformi), per cui 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, il quale, in assenza, non può avere contezza del guasto e, quindi, provvedere alla sua risoluzione (si veda conforme questo Corecom, ex multis, delibere nn. 60/2017 e 73/2017).

Nel caso in esame, non può ritenersi adempiuto l'onere probatorio che la richiamata normativa pone in capo all'utente, che si è limitato a dichiarare in istanza di aver contattato più volte il call center dell'operatore lamentando l'interruzione della linea analogica. Agli atti del presente procedimento non risulta prodotto, però, da parte dell'istante, alcun documento di reclamo tempestivamente inviato all'operatore né alcuna indicazione identificativa (n. ticket, nome operatore) di segnalazione.

d) Le richieste di cui ai punti g), h) ed i) si trattano congiuntamente e non possono essere accolte.

Le domande di cui ai punti g) e h) sono da ritenersi inammissibili in considerazione del disposto dell'art. 20, comma 4, del Regolamento di procedura approvato con delibera Agcom n. 353/19/CONS, che delimita e circoscrive il contenuto della pronuncia di definizione, da intendersi come vincolato alla possibilità per il Corecom di condannare l'operatore esclusivamente al rimborso e/o storno di somme fatturate non dovute e alla liquidazione di indennizzi. Le richieste in questione, seppur qualificate formalmente come domande di rimborso, hanno, infatti, contenuto tipicamente risarcitorio, sostanziandosi nella richiesta di versamento dell'equivalente monetario corrispondente al depauperamento economico subito dalla parte istante per il pagamento dei costi dei tecnici. (Conforme, ex multis, Corecom Toscana delibera n. 37/2015).

Conformemente all'orientamento di questo Corecom (ex multis, delibera n. 100/2017), non si ritiene, infine, accoglibile la richiesta "di un risarcimento a mero titolo satisfattivo di euro 350", in considerazione della sua evidente indeterminatezza e genericità. Si richiama, inoltre, quanto sopra esposto in merito al contenuto tipicamente vincolato del provvedimento di definizione.

DELIBERA

- 1) Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti di Wind Tre Italia X per le motivazioni di cui in premessa.
- 2) Wind Tre Italia X, relativamente alla linea 051xxx571, è tenuta in favore dell'istante, per quanto già non provveduto, al ripristino, a propria cura e spese e senza l'applicazione di alcun onere o penale, delle condizioni contrattuali preesistenti al

passaggio a fibra del 09.11.2018 nonché allo storno di tutti i costi fatturati eccedenti e/o non previsti nelle medesime.

3) Wind Tre Italia 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.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Bologna, 24/02/2020

IL PRESIDENTE

Stefano Cuppi