

DELIBERA N. 25

******* / WIND TRE (VERY MOBILE)
(GU14/247831/2020)**

Il Corecom Sardegna

NELLA riunione del Corecom Sardegna del 31/05/2021;

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. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi*, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate sottoscritta il 27/03/2018 dal Presidente dell’Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), dal Presidente della Regione Autonoma della Sardegna d’intesa con il Presidente del Consiglio regionale e dal Presidente del Corecom Sardegna, scaduta il 31/12/2020 e successivamente prorogata fino al 31/12/2021 a seguito della delibera del Consiglio dell’Autorità n. 683/20/CONS del 17 dicembre 2020 e della successiva presa d'atto del CORECOM Sardegna (delib n. 1 del 8 gennaio 2021);

VISTA la legge regionale 28 luglio 2008, n. 11, "Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com.) della Regione Autonoma della Sardegna" e ss.mm.ii.;

VISTA l’istanza di ***** del 22/02/2020 acquisita con protocollo n. 0080957 del 22/02/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'utente *****, codice fiscale *****, ha presentato in data 22/02/2020 l'istanza, ai sensi degli art. 14 e ss. del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (delibera n. 203/18/CONS), per la definizione della controversia in essere con la società Wind Tre. Procedimento N. GU14/247831/2020 - Precedente Procedimento di conciliazione ConciliaWeb N. UG/218418/2019 - Servizio di Telefonia mobile - Codice cliente o Numero contratto: 34951*****- Tipo di contratto: Privato

Riferisce che nel mese di settembre l'operatore avrebbe modificato il piano tariffario con un aumento non previsto e afferma di non aver potuto recedere dal contratto nei termini che la Tre imponeva, per motivi di salute. Afferma di avere contattato il servizio clienti per segnalare un malfunzionamento quasi totale della linea dati nella città di Carbonia. L'operatore avrebbe negato il disservizio, nonostante le segnalazioni di altri familiari con lo stesso problema. Chiede il risarcimento danni e di migrare presso altro operatore senza sostenere costi aggiuntivi in considerazione del disservizio subito. Quantifica gli indennizzi in € 500,00.

2. La posizione dell'operatore

In via preliminare, la convenuta eccepisce la improcedibilità e/o inammissibilità laddove si richiede un risarcimento del danno in quanto l'art. 20, commi 4 e 5, Allegato A, Delibera 203/18/CONS non contempla la facoltà di presentare istanze risarcitorie in sede di definizione.

Nel merito, riferisce quanto segue. In data 31/08/2018 veniva attivata su rete Wind Tre la sim prepagata 34951***** con offerta All In plus 24 mesi ed opzione ALL-IN Master che si rinnova sul metodo di pagamento diretto al canone mensile di € 7,50. Il vincolo contrattuale è di 24 mesi con scadenza naturale fissata al 31/08/2020 ed in caso di recesso anticipato è previsto il corrispettivo di € 49,00. In data 29/07/2019, in seguito a una rimodulazione del piano tariffario, veniva comunicata tramite sms la seguente informativa, come riscontrabile sul sito ufficiale Wind Tre <https://www.tre.it/rin-all-in> nella sezione "in Tre informa". In data 18/12/2019 la sim viene disattivata per port-out. Secondo l'operatore la rimodulazione dell'opzione tariffaria presente sulla numerazione dell'istante sarebbe avvenuta conformemente a quanto prescritto dalla normativa di settore e dalle proprie condizioni generali di contratto Wind/Tre, e sarebbe stata preceduta dall'avvio di una campagna informativa tramite sms per avvisarli che dal 01/08/2019 sarebbe stata effettuata la rimodulazione della loro opzione.

Nel caso di specie, difatti, Wind Tre inviava all'odierno istante, un SMS informativo che conteneva il rimando ad una orphan page dove venivano indicate, le caratteristiche dell'offerta, la data di decorrenza della modifica, il nuovo prezzo, le

modalità di disattivazione ovvero la modalità per poter disattivare il rinnovo dell'opzione e, quindi, per recedere gratuitamente dall'offerta in caso di non accettazione delle nuove condizioni (il recesso anticipato non avrebbe infatti comportato nel caso de quo l'addebito di alcun costo di recesso). Evidenzia, inoltre, la pretestuosità delle richieste formulate dall'istante per il fatto che non ha mai contestato gli importi, se non per la prima volta mediante la procedura di conciliazione obbligatoria.

In merito al lamentato disservizio, rappresenta che non risultano contatti al servizio clienti 133, non ci sono pec, mail, fax, raccomandate o contatti telefonici per il periodo di disservizio lamentato. Il primo reclamo coinciderebbe con l'esperimento del tentativo di conciliazione del 13/12/2019. Rileva che dall'analisi sulla copertura e sul traffico generato dalla sim, estrapolato in conformità alla regolamentazione vigente in materia di tutela della privacy (D.lgs. 1 Giugno 2003 n 196), emerge che alcun disservizio voce e dati risulta subito dalla linea 34951**** per il periodo di disservizio lamentato dall'istante. Come dai print di sistema riportati, non risultano problemi di copertura sul nodo che serve l'indirizzo di residenza del cliente; come da dettaglio traffico allegato, si riscontra un utilizzo costante dei servizi (chiamate, connessione dati) sulla sim oggetto di contestazione. Deposita altresì il traffico telefonico dove risultano regolari eventi di traffico generati dalla usim. Contesta quanto affermato dall'istante sul fatto di aver inviato, in data 12/12/2019, un reclamo contenente la medesima contestazione della presente istanza contestando un disservizio addirittura di un mese prima: il reclamo non sarebbe presente sui sistemi Wind Tre e non risulterebbe depositato nel fascicolo documentale. Al riguardo chiarisce che l'effettiva natura del servizio di somministrazione di telefonia mobile, documentata dalle Condizioni Generali di Contratto, dalle Carte Servizi e dalle proposte contrattuali predisposte da tutte le compagnie telefoniche, tra cui Wind Tre. Osserva che va da sé che in alcune zone territoriali (nazionali e non) è possibile che il servizio sia meno efficiente a causa della debolezza del segnale derivante da svariati motivi e che le compagnie telefoniche non garantiscano con certezza la totale copertura territoriale dei propri servizi e che per questo manca un preciso obbligo contrattuale per il quale, in caso contrario, potrebbe essere invocato un qualsivoglia tipo di inadempimento, come avviene ad esempio per i servizi di linea fissa. Sottolinea la distinzione tra tali due tipi di servizi di somministrazione telefonica per cui, con la sottoscrizione di un contratto di telefonia fissa il gestore si obbliga all'esecuzione di una fornitura del servizio presso la residenza o la sede del cliente per una determinata durata e, pertanto, in caso di impossibilità di ricevere od effettuare chiamate, il gestore sarà ritenuto responsabile; diversamente, per la telefonia mobile, il gestore non è nelle condizioni di sapere il luogo di esecuzione del contratto, ben potendo il luogo dell'acquisto, la residenza dell'acquirente, nonché l'effettiva zona dell'uso del credito corrispondere a tre luoghi geograficamente distinti. Pertanto, conclude che l'operatore assicura e pubblicizza una copertura territoriale dei propri servizi progressivamente estesa, ma mai una certa e totale copertura. Riferisce infine che, con riferimento agli obblighi di copertura previsti per gli operatori mobili cellulari, il Ministero dello Sviluppo Economico ha certificato che la convenuta società ha correttamente adempiuto agli

obblighi di copertura sull'intero territorio nazionale. Precisa infine che l'istante ha una posizione amministrativa non regolare.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, deve essere esaminata la richiesta di risarcimento del danno avanzata dall'istante e la relativa eccezione di improcedibilità/inammissibilità della stessa richiesta sollevata dall'operatore.

In merito si osserva che, ai sensi dell'art. 20 del Regolamento di procedura non rientra tra i poteri dell'Autorità e dunque dei CORECOM quello di riconoscere il risarcimento del danno subito dall'utente. Tuttavia, secondo le Linee guida in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori "sebbene in linea teorica non sia possibile richiedere il risarcimento dei danni, poiché l'Autorità non ha il potere di accertarli e perché l'oggetto della pronuncia riguarda esclusivamente la liquidazione d'indennizzi o il rimborso/storno di somme non dovute, se nell'istanza è formulata esclusivamente una richiesta di risarcimento danni, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione, essa può essere interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal nomen juris indicato dalla parte, la quale poi potrà naturalmente rivolgersi all'Autorità ordinaria per ottenere anche la liquidazione dell'eventuale maggior danno".

Pertanto, le richieste risarcitorie formulate dall'utente possono ben essere convertite nelle ipotesi d'indennizzo o, comunque, nelle altre ipotesi di ristoro previste dal Regolamento in materia di indennizzi.

Nel merito, l'utente contesta, in primo luogo, l'addebito in fattura dei maggiori costi applicati a seguito di una variazione del piano tariffario in quanto afferma di non avere potuto recedere dal contratto nei termini imposti dall'operatore per motivi di salute. In sostanza, dunque, l'istante chiede l'applicazione delle condizioni contrattuali precedenti alla variazione, lo storno dei costi aggiuntivi applicati ed il riconoscimento del diritto allo storno dei "corrispettivi di recesso" applicabili a seguito di un eventuale passaggio ad altro operatore. L'operatore precisa in proposito di avere reso edotto l'utente, tramite sms inviato il 29/07/2019 (il cui testo viene riprodotto nelle memorie) delle informazioni previste dall'art. 70, comma 4, del Codice delle D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 per cui "Il contraente, qualora non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, ha diritto di recedere dal contratto senza penali né costi di disattivazione. Le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, e contengono le informazioni complete circa l'esercizio del diritto di recesso. L'Autorità può specificare la forma di tali comunicazioni."

Dunque l'operatore può modificare unilateralmente le condizioni contrattuali, ma per controbilanciare tale diritto potestativo e garantire così l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni, si prevede a favore dell'utente un diritto (potestativo) di recesso e, affinché egli possa compiere una scelta consapevole, ha il diritto di essere informato in maniera completa sui termini della variazione e sull'esercizio del diritto di recesso.

Invero, nel caso di specie non è in contestazione la circostanza della comunicazione da parte dell'operatore del preavviso di modifica contrattuale. Infatti, l'utente afferma di non aver potuto esercitare il diritto di recesso nei tempi imposti dall'operatore per motivi di salute, con ciò ammettendo di avere ricevuto l'informativa. In ogni caso non contesta esplicitamente il fatto di non essere stato informato dall'operatore in merito alla possibilità di poter esercitare il diritto di recesso senza l'addebito di oneri aggiuntivi. Occorre richiamare in merito un orientamento consolidato dell'Autorità e dei Corecom per cui trova applicazione nei procedimenti di definizione l'art. 115 c.p.c., ovvero il principio della domanda, di cui il principio di non contestazione costituisce specificazione, laddove si prevede che "il giudice deve porre a fondamento della decisione [...] i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita". Piuttosto, l'utente chiede di fatto di essere rimesso in termini per esercitare il recesso per avere avuto un impedimento che avrebbe ostacolato l'esercizio del diritto nel termine indicato dall'operatore, termine che risulta indicato nel testo dell'sms, di 60 giorni ed è pertanto conforme al preavviso previsto dal citato art. 70 che a tutela dell'utente non può essere inferiore a trenta giorni. Trattandosi indubbiamente di un termine di decadenza per l'esercizio del diritto di recesso, i motivi di salute invocati dall'istante non costituiscono cause che impediscono la decadenza. Infatti, secondo l'art. 2966 c.c. "la decadenza non è impedita se non dal compimento dell'atto previsto dalla legge o dal contratto.". Si osserva che, peraltro, la modifica contrattuale così operata costituisce una mera variazione contrattuale che non altera in maniera significativa l'equilibrio contrattuale.

Oltretutto, l'utente, avrebbe dovuto quanto meno allegare la fonte del suo diritto, cioè il contratto, le fatture con l'addebito dei costi maggiorati a seguito della variazione contrattuale, ed in questo caso, la documentazione probatoria valida a dimostrare l'esistenza di un giustificato motivo che gli avrebbe impedito, a suo dire, di esercitare tempestivamente il diritto di recesso. Infatti, secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità in tema di onere probatorio "In tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento" (così, Cassazione civile sez. un., 30/10/2001, n. 13533). L'utente non ha dimostrato le predette circostanze. In altri termini le richieste dell'utente, oltre a non essere documentate, sono generiche, indeterminate e non sono attuali. Non viene infatti indicata l'entità della variazione contrattuale e quindi lo squilibrio del sinallagma che deve essere corretto. Inoltre, la richiesta di deliberare in questo procedimento in ordine all'addebito dei corrispettivi di recesso si riferisce ad un comportamento futuro ed eventuale dell'operatore ed è pertanto inammissibile.

All'esito dell'esame istruttorio, si ritiene che non possano essere accolte le richieste formulate dall'istante in merito all'asserita mancata copertura territoriale del servizio di telefonia mobile che l'istante ricostruisce in termini di inadempimento contrattuale per malfunzionamento del servizio. Infatti, come correttamente rilevato dall'operatore, ciò non costituisce un'ipotesi di inadempimento contrattuale. In primo luogo, non risulta

sufficientemente provata la circostanza di una totale assenza di copertura territoriale, avendo riguardo agli estratti prodotti dall'operatore che attestano la presenza di un traffico internet nel periodo indicato dall'utente. Ad ogni modo, non esiste un obbligo degli operatori volti a garantire la copertura totale del servizio di rete mobile. L'Autorità ha infatti evidenziato, ad esempio nella delibera n. 65/16/CIR che rispetto a tali contestazioni "(...) occorre fare riferimento alla stessa natura del servizio di somministrazione di telefonia mobile che, così come indicato nelle condizioni generali di contratto e nella carta servizi, consente al titolare dell'utenza la possibilità di fruire del servizio telefonico nella quasi totalità del territorio nazionale ed internazionale, fermo restando che in alcune zone territoriali è possibile che il servizio sia meno efficiente a causa della debolezza del segnale derivante da svariati motivi. Non esiste, al riguardo, alcun obbligo volto a garantire la totale copertura territoriale dei propri servizi. Diversamente da quanto avviene per i contratti relativi alla telefonia fissa dove è ben circoscritto il luogo di esecuzione della prestazione, per la telefonia mobile il gestore non è nelle condizioni di sapere il luogo di esecuzione del contratto, ben potendo il luogo dell'acquisto, la residenza dell'acquirente, nonché l'effettiva zona dell'uso del credito corrispondere a luoghi geograficamente distinti. Pertanto l'operatore assicura e pubblicizza una copertura territoriale dei propri servizi progressivamente estesa ma mai, una certa e totale copertura. Inoltre, Wind nella propria pagina web relativa alle "Condizioni di servizio" relative al servizio internet da rete mobile, precisa che "[l]a velocità di navigazione effettiva è variabile e dipende da numerosi fattori, tra i quali: la tipologia di rete disponibile nel luogo in cui avviene l'accesso, il livello di copertura, l'intensità di traffico sulla rete di trasporto, l'intensità di traffico sulla rete d'accesso mobile, il numero di richieste alla pagina web visitata, le caratteristiche del server nel quale la pagina è ospitata, il dispositivo con il quale si sta navigando, il sistema operativo e il browser utilizzato, il protocollo di comunicazione e il tipo di pagina richiesta". Alla luce di quanto descritto, trattandosi di una cattiva ricezione del segnale internet all'interno della propria abitazione, e non di un malfunzionamento del servizio internet di carattere generale, alcun indennizzo potrà essere riconosciuto all'istante in questa sede, ma soltanto la possibilità di recedere senza alcun costo effettuando port out verso altro operatore, fermo restando l'obbligo in capo al cliente di corrispondere eventuali rate residue del terminale.". Analogamente, nel caso di specie, non sussiste per i suddetti motivi un'ipotesi di malfunzionamento del servizio che dia luogo alla corresponsione di un indennizzo. Peraltro l'operatore ha prodotto un estratto dal quale risulta il traffico dei servizi voce e dati sulla linea dell'utente, a dimostrazione che il servizio era funzionante.

L'infondatezza dei motivi comporta dunque il rigetto delle istanze dell'utente.

DELIBERA

Articolo 1

- 1.** Il rigetto delle istanze dell'utente.

2. 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.

3. 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.

Cagliari, 31 maggio 2021

LA PRESIDENTE
Luisa Anna Ronchi