

**DELIBERA N.45**

**CASEIFICIO XXX / WIND TRE (VERY MOBILE)  
(GU14/363589/2020)**

**Corecom Calabria**

IL COMITATO nella riunione del 10/11/2022;

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 modificato 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*”, e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, “*Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni - Corecom*” e successive modifiche e integrazioni;

VISTO l’Accordo quadro del 28 novembre 2017 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, conforme al testo approvato dall’Autorità con delibera 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Co.Re.Com Calabria, in data 19/21 dicembre 2017;

VISTA l'istanza di CASEIFICIO XXX del 07/12/2020 acquisita con protocollo n. 0517854 del 07/12/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la relazione istruttoria del Responsabile del Procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

### **1. La posizione dell'istante**

L'istante rappresenta: *“In data 09 maggio 2020, il Sig. XXX XXX, in qualità di legale rappresentante della società XXX P.Iva 02709670XXX, sottoscriveva la proposta contrattuale N. 1496989651XXX per la fornitura del servizio Internet 200 Professional. In virtù dell'anzidetta proposta contrattuale, la società Wind tre XXX recapitava presso la sede del XXX l'apposito modem necessario per l'erogazione del servizio. Successivamente presso la sede del XXX si recava il tecnico incaricato dalla Wind tre, il quale praticava tutte le operazioni necessarie per ottenere l'attivazione del servizio. In particolare, da un primo sopralluogo il tecnico sosteneva che il collegamento si sarebbe potuto effettuare attraverso un cablaggio superiore a quanto da lui stesso preventivato e che sarebbe ritornato nei successivi giorni per effettuare il collegamento. Considerato il mancato intervento del tecnico nell'arco del tempo dallo stesso indicato, il signor XXX immediatamente contattava il servizio clienti, Wind Tre, al fine di ottenere l'attivazione del servizio richiesto e concordato.”* A fronte di quanto argomentato ha domandato: *“Si richiede ai sensi dell'art 4 comma 2 in combinato disposto con l'art 13 comma 3 del Regolamento allegato A alla delibera 347/18 Cons. la somma di euro 4.950€ (163 giorni per 15€ per la connessione internet e 163 giorni per 15€ per il servizio voce); Si richiede inoltre a titolo di indennizzo, la somma di € 300,00 per la mancata risposta al reclamo, Infine si richiede la somma di € 150,00 quale spese per la presente procedura”.*

### **2. La posizione dell'operatore**

La resistente argomenta: *“In data 09/05/2020 perveniva richiesta di attivazione per una nuova linea, contratto n. 1496989651XXX. Tale richiesta non si completava in quanto in data 17/05/2020 perveniva Ko definitivo: Qualità del doppino insufficiente a fornire la velocità e/o il servizio richiesto; ko definitivo La convenuta ottemperando agli oneri informativi, provvedeva repentinamente ad informare l'istante al recapito fornito al momento della sottoscrizione del contratto. In data 18/05/2020 infatti la scrivente inviava messaggio al recapito fornito dall'istante per informarlo dell'impossibilità di attivazione. In data 04/12/2020 l'udienza di conciliazione si concludeva con un mancato accordo.”*

A sostegno dei propri asserti, ha richiamato l'art 8 della Carta Servizi WINDTRE rubricato “Attivazione del servizio” che prevede che *“... WINDTRE e WIND TRE BUSINESS, per il servizio di telefonia fissa, si impegnano a valutare la richiesta di attivazione da parte dei Clienti entro il termine di 90 giorni decorrente dal momento della*

*ricezione della Proposta; qualora il Servizio non sia attivato entro tale termine, la Proposta dovrà essere considerata non accettata ... ”. Inoltre le condizioni di contratto, all’art. 2 (Conclusioni del contratto e modalità di erogazione dei servizi), stabiliscono: “Il Cliente richiede a WIND TRE i Servizi mediante la compilazione dell’allegato modulo datato e sottoscritto, che varrà come Proposta. La Proposta si considera irrevocabile secondo l’art. 1329 cod. civ., per il periodo di 90 (novanta) giorni dal momento della ricezione della stessa da parte di WINDTRE. WINDTRE 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 o amministrativi che rendono impossibile l’attivazione dei Servizi (...)”. All’art. 2.2 viene indicato inoltre: “In assenza di accettazione espressa, la Proposta, ai sensi dell’art. 1327 Codice Civile si intende accettata al momento dell’attivazione, in accesso diretto o indiretto alla rete WINDTRE sia in zone coperte dalla rete WINDTRE che fuori copertura, anche di solo una delle due componenti del Servizio (Servizio Voce o Servizio Internet). In particolare, l’attivazione dei Servizi decorre dalla data di notifica della stessa mediante SMS (Short Message Service) o messaggio di posta elettronica o dalla data di consegna dei Prodotti di cui all’articolo 6, che equivalgono all’avviso di esecuzione secondo l’art. 1327 comma 2, cod.civ. Resta espressamente inteso che, in ogni caso, qualora il Servizio non sia attivato entro 90 giorni dal momento della ricezione della Proposta, la Proposta dovrà essere considerata non accettata. Nel caso di Contratto già concluso, qualora siano trascorsi 90 giorni senza che il Servizio sia stato attivato per motivi tecnici o amministrativi, il Contratto si risolverà automaticamente, senza che ciò implichi alcuna responsabilità di WINDTRE nei confronti del Cliente ...”.*

Evidenzia che nel caso di specie l’attivazione del servizio non è avvenuta per motivi tecnici, per cui, come da Condizioni contrattuali, il contratto si è risolto automaticamente, senza alcuna responsabilità a carico della società. Precisa inoltre di aver informato l’istante dell’impossibilità di attivare il servizio con un messaggio al recapito fornito e indicato nel contratto dall’istante stesso, nonostante la risoluzione automatica del rapporto contrattuale.

Rappresenta di non aver ricevuto mai alcun reclamo, e richiama a tale proposito l’art. 14 dell’ All. A della Delibera n. 347/18/Cons, che esclude il riconoscimento di indennizzi se l’utente non abbia 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. Richiama inoltre l’orientamento giurisprudenziale, secondo cui incombe sull’istante l’onere probatorio in merito al fatto dannoso subito, onere che, nel caso di specie, non è stato assolto, e richiama, altresì, la Delibera n. 70/12/CIR, in materia di onere della prova e la Delibera Agcom n. 105/14/CIR.

Sottolinea, in merito alla richiesta delle spese di procedura, che l’art.20, comma 6, Delibera 353/19/CONS oltre a prevedere che l’Autorità possa riconoscere il “rimborso delle spese”, dispone espressamente che le spese chieste siano “necessarie e giustificate per l’espletamento della procedura”. Nel caso de quo, assume, l’istante si limita a chiedere genericamente le spese di procedura, senza dimostrare alcunché al riguardo, come diversamente disciplina la delibera citata. Richiama a tale proposito la Delibera

AGCom n. 180/19/CIR, la recente Delibera del Corecom Puglia n. 77/19, la Delibera AGCom 178\_19 CIR, nonché la recentissima Delibera AGCom n. 300/20/CIR.

Per tali motivi la resistente ha chiesto il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, perché infondate sia in fatto sia in diritto.

Successivamente, il ricorrente ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2, del nuovo Regolamento di procedura, delibera n. 203/18/CONS e successive modifiche ed integrazioni, una memoria con cui, oltre a insistere nelle richieste già formulate, ha rappresentato di non aver mai ricevuto la comunicazione, a mezzo sms, con cui la società spiegava i motivi dell'impossibilità di attivazione dei chiesti servizi. Ha precisato inoltre di aver comunque reclamato a mezzo PEC la mancata attivazione dopo il presunto sms e ha insistito nella richiesta di rimborso delle spese di procedura.

### **3. Motivazione della decisione**

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le domande della parte istante possono essere accolte parzialmente.

L'istante ha lamentato la mancata attivazione della linea telefonica e dell'offerta cui ha aderito il 9 maggio 2020. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, il richiamo corre a quel principio, più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. II 20 gennaio 2010 n. 936), secondo cui il creditore che agisce per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento (ex multis, Cassazione civile sez. III, 18 febbraio 2020, n. 3996, sez. II, 24 gennaio 2020, n. 1634). Secondo consolidato orientamento Agcom (ex multis, Delibere n. 100/11/CIR e 143/11/CIR), gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale. Ne consegue che qualora l'utente lamenti il ritardo nell'attivazione del servizio rispetto alle tempistiche stabilite, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze o problematiche tecniche o difficoltà ad esso non imputabili.

All'esito delle risultanze istruttorie, si rileva che l'istante ha sottoscritto la proposta di Contratto associata all'offerta "Internet 200 Professional", secondo termini e condizioni indicati nel modulo di proposta e in base alle Condizioni Generali di Contratto (CGC), allegate al modulo stesso, dichiarando di conoscerle e accettarle. La proposta è datata 9 maggio 2020, perciò il servizio doveva essere attivato, come da come da CGC (art. 2.1) e Carta Servizi (par. 8), entro 90 giorni dalla richiesta, vale a dire entro il 7 agosto 2020. La resistente però nel caso di specie non ha dato prova dell'adempimento della propria obbligazione, ovvero di aver provveduto ad attivare i servizi richiesti nei tempi previsti. In tali casi, peraltro, il gestore deve anche fornire la prova di aver

adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione, il quale deve essere messo in grado di comprendere quanto accaduto. Allo stesso modo, l'operatore deve anche dimostrare di essersi diligentemente attivato per rimuovere eventuali ostacoli amministrativi e/o tecnici incontrati; in caso contrario l'utente ha diritto a un indennizzo. Spetta dunque all'operatore provare di aver posto in essere tutte le attività necessarie per dare seguito all'attivazione dei servizi richiesti nei tempi contrattualmente convenuti o di provare che l'impossibilità della prestazione è stata determinata da circostanze o da questioni tecniche o da difficoltà ad esso non imputabili.

La società, nel caso di specie, per escludere la propria responsabilità, imputa la mancata esecuzione della prestazione a problemi di natura tecnica, ma non fornisce la prova di tali impedimenti, come elemento di esclusione della responsabilità per inadempimento contrattuale ai sensi dell'articolo 1218 del Codice civile, producendo ad esempio un rapporto di intervento tecnico con esito negativo effettuato sul luogo dell'attivazione, attestante l'impossibilità di attivare i servizi richiesti. La medesima non ha prodotto alcuna relazione/perizia tecnica sullo stato dei luoghi, e non ha fornito prova delle attività eventualmente svolte per risolvere gli ostacoli amministrativi o tecnici riscontrati.

La società eccepisce altresì l'assenza di ogni responsabilità per la mancata attivazione del contratto atteso che, ai sensi dell'art. 2 delle Condizioni generali di contratto, WIND Tre si riserva la facoltà di non procedere all'attivazione dei servizi per motivi tecnici che la rendono impossibile. Secondo quindi le C.G.C., l'operatore può riservarsi il diritto di valutare se accettare o meno la proposta proveniente dall'utente. Così come configurata contrattualmente, la fattispecie rientra nel classico schema dello scambio tra proposta ed accettazione, e, conseguentemente, rientra nella più ampia libertà delle parti negoziali il decidere se addivenire o meno alla definitiva conclusione del contratto. Ma l'istante non è stato posto nella condizione di poter conoscere effettivamente l'impossibilità ad addivenire alla stipula del contratto, in ossequio a quanto prescritto dal combinato disposto degli articoli 1337, 1175 e 1375 C.C.. Invero l'obbligo di attenersi al rispetto della buona fede, fondato sul dovere di solidarietà di cui all'articolo 2 della Costituzione, impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere* (cfr Co.re.com. Abruzzo n. 103/20). In via generale, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, *“la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico”* (ex pluribus, Cass., sent. 15 febbraio 2007 e Cass., sent. 11 gennaio 2006, n. 264).

Né l'operatore ha dimostrato di aver provveduto a informare l'istante in ordine a eventuali criticità tecniche riscontrate nel corso della procedura di attivazione dei servizi,

conformemente ai criteri uniformi di trasparenza e chiarezza, di cui all'articolo 4, comma 2, dell'allegato A), alla delibera n. 179/03/CSP. L'operatore dà atto della mancata attivazione dell'utenza dichiarando di avere assolto i propri oneri informativi, nei confronti dell'istante, inviandogli un sms il 18 maggio 2020, con cui sarebbe stato informato dell'impossibilità di attivare la linea. Fornisce schermate al riguardo, ma non vi è prova del fatto che il messaggio sia stato ricevuto dall'istante, il quale, d'altro canto, ne contesta l'avvenuta ricezione. Non si desume in ogni caso che gli sia stata chiaramente esplicitata l'impossibilità definitiva di attivare l'utenza di cui trattasi, né le motivazioni di ciò, tanto che lo stesso ha inviato un reclamo successivamente a tale data ed ha instaurato procedimento di conciliazione il 21 ottobre 2020, lamentando il perdurare della mancata attivazione.

Alla luce di tutto ciò, deve dunque essergli riconosciuto l'indennizzo di cui all'art. 4, comma 1, dell'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS per la mancata attivazione della linea telefonica. Ai fini della determinazione dell'indennizzo, occorre considerare il principio generale dell'ordinamento, di cui all'art. 1227 Cod. civ. sul concorso del fatto colposo del creditore. In base a tale principio se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto. Il creditore è infatti gravato non solo da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno), ma anche da un obbligo positivo (tenere condotte utili e possibili rivolte ad evitare o ridurre il danno), come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011 n. 3, richiamata da Consiglio di Stato sentenza 31 ottobre 2012 n. 5556). Su questa scia, assume particolare rilievo la condotta dell'istante, ovvero il fatto che lo stesso non ha attivato la procedura cautelare al fine di ottenere un provvedimento temporaneo per l'attivazione dei servizi e non ha formulato recesso dall'offerta contrattuale, nonostante la mancata fruizione dei servizi, con ciò mostrando non interesse per il disservizio subito.

Secondo il consolidato orientamento dell'Autorità *“la rilevata inerzia dell'istante, a fronte del disservizio di cui si duole, contraddice la sussistenza di un interesse concreto all'ottenimento puntuale della prestazione. Pertanto, l'inoperosità dell'utente rileva sotto il profilo del principio giuridico del concorso del fatto colposo del creditore di cui all'articolo 1227 del codice civile.”* (Delibera 127/18/CIR). Per il che si ritiene che l'indennizzo debba essere dimezzato. Ai sensi dell'art. 4, comma 1, in combinato disposto con l'art. 13, comma 3, dell'allegato A) della delibera n. 347/18/CONS, ordunque, la società resistente avrebbe dovuto corrispondere un indennizzo per la mancata attivazione del servizio voce pari ad € 1.785,00 (millesettecentottantacinque/00), così calcolato  $7,50 \times 119 \text{ g.} \times 2 \text{ utenza business} = 1.785,50 \text{ Euro}$ , in riferimento al periodo dal 7 agosto 2020 (termine massimo entro il quale sarebbe dovuta avvenire l'attivazione ai sensi delle C.G.A.) al 4 dicembre 2020 (data del tentativo di conciliazione). Parimenti ai sensi della medesima normativa, la società resistente avrebbe dovuto corrispondere un indennizzo per la mancata attivazione del servizio internet pari ad € 1.785,00 (millesettecentottantacinque/00), così calcolato  $7,50 \times 119 \text{ g.} \times 2 \text{ utenza business} = 1.785,50 \text{ Euro}$ , in riferimento allo stesso periodo. Nel caso di specie però dovrà essere riconosciuto all'istante un indennizzo di € 892,50 (ottocentonovantadue/00) x il servizio

voce, e di € 892,50 (ottocentonovantadue/00) x il servizio internet, atteso il concorso di colpa, come sopra rilevato.

Diversamente, non può essere accolta la richiesta di liquidazione di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo, a mezzo PEC, del 13 giugno 2020, in quanto l'assenza di riscontro allo stesso, può ritenersi assorbita dalla misura indennitaria determinata per il disservizio medesimo (Cfr. a tale proposito Delibera Agcom n. 172/19/CIR).

Da ultimo, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare a favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 20, comma 6, del Regolamento, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00). Il maggiore importo preteso dall'istante non è giustificato, attesa la mancata allegazione agli atti, della prova di eventuali (e pertinenti) spese sostenute, secondo quanto previsto dall'art. 20, comma 6, del Regolamento.

Per tutto quanto sopra:

PRESO ATTO della proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Dott. Maurizio Priolo, resa ai sensi dell'art. 20 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, di cui alla Delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018 e succ. modifiche e integrazioni;

UDITO il Presidente, nell'odierna seduta, il Comitato all'unanimità

## **DELIBERA**

### **Articolo 1**

**1.** la società WIND Tre XXX (Very Mobile) è tenuta a liquidare alla Società Caseificio XXX, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme: a) € 892,50 (ottocentonovantadue/50) a titolo di indennizzo per la mancata attivazione dell'utenza linea voce, oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia; b) € 892,50 (ottocentonovantadue/50) a titolo di indennizzo per la mancata attivazione dell'utenza linea internet, oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia; c) € 50,00 per spese di procedura.

**2.** La società WIND Tre XXX (Very Mobile) è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

**3.** Ai sensi dell'art. 20, comma 3, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti 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.

4. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, ai sensi dell'art. 20, comma 5, del citato Regolamento.

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 e del Co.re.com.

Reggio Calabria, 10 Novembre 2022

IL PRESIDENTE

Avv. Fulvio Scarpino

Firmato  
digitalmente da  
**Fulvio Scarpino**

CN = Fulvio  
Scarpino  
C = IT