



DELIBERA N. 3/2023

**[REDACTED]/WIND TRE S.p.A.
(GU14/1793/C/9.2.2018)**

Il Corecom Basilicata

NELLA riunione del Corecom Basilicata del 03/02/2023;

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 legge regionale 27 marzo 2000, n. 20, recante "Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni – Co.Re.Com.";

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, di seguito denominato Accordo Quadro 2018, nuovamente prorogato con delibera n. 374/21/CONS, recante "Proroga dell'Accordo Quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni";

VISTA la convenzione per il conferimento e l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale della Basilicata e il Comitato regionale per le comunicazioni della Basilicata in data 19/12/2017;

VISTA la delibera n. 6/2021 del Co.Re.Com. Basilicata avente ad oggetto: "Accettazione proroga al 31 dicembre 2022 della convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Consiglio regionale della Basilicata e Comitato Regionale per le Comunicazioni della Basilicata";

VISTA la delibera n. 427/22/CONS del 14 dicembre 2022 recante: "Approvazione dell'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, concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni";



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", di seguito denominato Regolamento, come, da ultimo, modificata dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS, del 12 luglio 2018, recante "Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, dell'Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l'esercizio delle funzioni delegate ai Corecom", come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 670/20/CONS;

VISTA l'istanza di [REDACTED] del 9/02/2018 acquisita in pari data con protocollo n. 1793/C;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione della parte istante

Il sig. [REDACTED] quale titolare di un contratto di telefonia mobile con Windtre S.p.A. per il numero [REDACTED], con formulario UG 11757 del 2017 si rivolgeva al Co.re.com. di Basilicata lamentando di aver subito la sospensione della Sim, a seguito della decurtazione di tutto il credito esistente.

L'utente, infatti, precisava di aver chiesto all'Operatore la riattivazione della linea, a cui tuttavia seguiva la richiesta di cambio profilo tariffario mediante invito a sottoscrivere una dichiarazione in conformità agli articoli 4.1 e 6.1 del contratto.

L'utente, pertanto, sottoponeva a codesta autorità l'anzidetta vicenda senza ulteriormente specificare o dedurre

All'udienza di conciliazione svoltasi il 12.02.2018 dinanzi al funzionario Co.re.com. responsabile del procedimento, veniva redatto verbale di mancato accordo, stante l'assenza di qualsivoglia proposta conciliativa da parte dell'operatore.

Pertanto, in data 19.02.2018, l'utente depositava istanza di definizione della controversia dinanzi al Co.re.com. di Basilicata.

Nella predetta istanza di definizione, il sig. [REDACTED], riportandosi al formulario UG, chiedeva:

- i) *il ripristino delle originarie condizioni contrattuali;*
- ii) *l'adozione di tutte le misure informatiche al fine di evitare un uso anomalo della sim.*

2. La posizione dell'operatore

L'Operatore Windtre s.p.a., faceva pervenire la memoria difensiva in data 25.06.2018, con la quale preliminarmente eccepiva l'incompetenza dell'Autorità adita in ordine alla richiesta di *facere* esplicitata dall'Utente, e ciò anche in virtù di quanto stabilito dall'art-19, comma 4, delibera 173/07/CONS.

Nel merito, poi, specificava che il piano tariffario del sig. ██████████ fosse il "Bewind" in autoricarica sulle chiamate ricevute in entrata. Riportandosi all'art. 4.1 del Contratto rubricato "abuso del contratto" ed all'art. 6.1 rubricato "segnalazione dei consumi anomali e sospensione del servizio" specificava che dalla sim in uso all'utente si registrava un uso anomalo finalizzato ad un'autoricarica superiore alle due ore di conversazione giornaliera e di 50 sms o mms, deduceva che il superamento di detti limiti determinava la sospensione automatica della linea.

In particolare l'Operatore specificava che in data 21.4.2016 inviava un sms di segnalazione del consumo anomalo del traffico all'utente, invitandolo a contattare il servizio clienti. Tuttavia a seguito della riattivazione della linea, veniva ugualmente riscontrato un traffico non conforme, all'uopo esibendo uno schema riassuntivo delle ore indebitamente utilizzate.

Evidenziava, infine, che l'utente con la propria condotta aveva causato la sospensione della sim prepagata, così declinando ogni responsabilità di sorta.

Di conseguenza, la Windtre s.p.a. in detta memoria insisteva per il rigetto delle odierne pretese, stante anche l'anzidetta violazione delle regole di correttezza e buona fede da parte dell'utente.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento, ed è pertanto validamente proponibile risultando l'istante residente nel circondario di competenza territoriale dell'avvocato Organismo.

Sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, le richieste formulate dalla parte istante non possono essere accolte, come di seguito precisato.

In ossequio ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento delle obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (v., per tutte, Cass., SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass., SS. UU., 6 aprile 2006, n. 7996), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto 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, ovvero, a fornire la



prova di impedimenti oggettivi a lui non imputabili che hanno condotto all'inadempimento degli obblighi contrattuali assunti.

Nella fattispecie incombeva, dunque, all'istante allegare la proposta di abbonamento sottoscritta con Windtre, nonché gli eventuali reclami scritti inviati all'operatore circa i disservizi lamentati, mentre incombeva al gestore provare di aver erogato il servizio in maniera continuativa, ovvero, provare i motivi tecnici che non hanno consentito il rispetto dei termini contrattuali o non hanno consentito una regolare erogazione del servizio.

In via documentale l'utente esibiva e depositava la sola comunicazione di riattivazione datata 29.4.2016. In virtù di quanto invece dedotto e provato documentalmente dall'operatore, si evince che la sim avente numero [REDACTED] fosse una prepagata con piano tariffario "Bewind" in autoricarica sulle chiamate ricevute con limite giornaliero di autoricarica sino a due ore di conversazione e di 50 sms o mms. Il sistematico superamento di dette soglie determinava la sospensione automatica della linea, pur sempre segnalata all'istante (cfr. Sms 21.4.2016 e 29.7.2016).

In linea generale si evidenzia, altresì, che gli utenti hanno diritto all'attivazione dell'offerta per come descritta al momento della conclusione del contratto (cfr. 4 della delibera Agcom 179/03/CSP) ovvero, ove le condizioni promesse non fossero quelle effettivamente offerte, al recesso senza penali, nonché, in ogni caso, alla restituzione o allo storno della eventuale differenza tra gli importi addebitati e quelli risultanti dall'applicazione delle condizioni pattuite.

In realtà tale assunto non è riscontrabile dalla documentazione presente nel fascicolo documentale, e pertanto la prima doglianza sub i) non può essere accolta non avendo l'Utente assolto all'onere probatorio su di esso incombente, in detta fattispecie.

All'operatore, in particolare, non può essere imputato alcun comportamento contrario a buona fede se si considera che l'utente ha comunque riconosciuto l'assenza di traffico sulla sim, e, da quanto detto, l'Operatore ha correttamente proceduto alla disattivazione dell'utenza in un lasso di tempo tale da consentire all'utente, volendo, di attivarsi per regolarizzare la propria posizione.

Ne consegue che la facoltà contrattualmente prevista di richiedere anche dopo la scadenza la riattivazione della sim deve essere interpretata come residuale rispetto alla ratio del contratto, le cui disposizioni sono volte a rendere l'utente prontamente informato sullo stato della propria scheda e, dunque, a consentirgli di effettuare una eventuale ricarica ed evitare la scadenza della sim.

Inoltre, e non da ultimo, si osservi come un tale meccanismo sia teso a tutelare l'interesse degli utenti alla conservazione della numerazione in uso, nel rispetto degli obblighi di trasparenza e della prassi che caratterizza il settore delle telecomunicazioni secondo la quale l'operatore, a prescindere da uno specifico obbligo contrattuale, prima di procedere alla disattivazione deve sempre darne preventiva comunicazione.

Parimenti destituita di fondamento appare pertanto la richiesta sub ii), tra l'altro contenente un obbligo di *facere*, in ogni caso non valutabile, a causa dell'assoluta



incoerenza dell'unico documento prodotto dall'utente dal quale non è possibile desumere a quali termini e condizioni ricondurre l'accordo contrattuale in essere tra le parti.

Da tanto ne consegue che tutte le richieste proposte devono essere comunque respinte non potendosi ritenere assolto in capo all'istante, l'onere probatorio previsto a suo carico ex articolo 2697 c.c. il quale espressamente prevede che *"Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento"*.

Nulla sulle spese della presente fase.

DELIBERA

Articolo 1

1. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte nonché della documentazione prodotta dalla parte, vista la relazione istruttoria dell'esperto giuridico Avv. [REDACTED], si propone l'integrale rigetto dell'istanza avanzata in data 19.02.2018 dal sig. [REDACTED] nei confronti di Wind Tre S.p.a.
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.

Potenza, 03/02/2023

IL PRESIDENTE

dr. Antonio Donato Marra

