

	Presidente	Gualtiero Mazzi
	Componenti	Nerino Chiereghin Fabrizio Comencini Marco Mazzoni Nicoletti Luigi Perissinotto
	Dirigente	Carla Combi

Deliberazione n. 7 del 8 gennaio 2020

OGGETTO: Definizione della controversia Soc. Agricola XXX / WIND TRE spa (GU14/132267/2019).

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Preso atto che nella seduta odierna, tenuta presso la sede di Mestre (VE), via Poerio n. 34, la composizione del Comitato è quella riportata nella seguente tabella:

	Presente	Assente
Gualtiero Mazzi	X	
Nerino Chiereghin	X	
Fabrizio Comencini	X	
Marco Mazzoni Nicoletti	X	
Luigi Perissinotto	X	

Preso atto altresì della presenza della dott.ssa Carla Combi, Dirigente dell'Ufficio Supporto Corecom del Consiglio regionale del Veneto, che svolge le funzioni di verbalizzante;

Vista la Legge regionale 10 agosto 2011, n. 18 ed in particolare l'art. 3 "*Funzioni del Presidente*";

Visto il Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato ed in particolare l'art. 7 "*Verbale delle sedute*";

Preso atto che il Presidente ha designato quale Relatore la dott.ssa Carla Combi, Dirigente dell'Ufficio Supporto Corecom del Consiglio regionale del Veneto, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato;

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";

Visto l'art. 12 della l.r. 10 agosto 2001, n. 18 recante "*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Corecom)*" ai sensi del quale "*Il Comitato svolge le funzioni di governo, di garanzia e di controllo di rilevanza locale del sistema delle comunicazioni delegate dall'Autorità ai sensi dell'articolo 1, comma 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249 e del Regolamento adottato dall'Autorità con deliberazione n. 53 del 28 aprile 1999*" (comma 1) e, in particolare, la "*istruttoria in materia di controversie tra ente gestore del servizio di telecomunicazioni e utenti privati*" (comma 2, lettera z);

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 modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

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 “*Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni*”, sottoscritta in data 26 marzo 2018 tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni del Veneto;

Vista l'istanza di SOC.AGRICOLA XXX del 05/06/2019 acquisita con protocollo n. 0244040 del 05/06/2019;

Visti gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti, quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'Utente segnala/dichiara quanto segue:

- errate fatturazioni e mancata applicazione condizioni contrattuali (si veda fattura n. AH3120351, doc. 2);
- modifica unilaterale condizioni economiche (doc. 2);
- ritardo nella migrazione/ attivazione della linea fissa;
- mancanza frequente di segnale con impossibilità di navigazione internet e problemi nel ricevere/effettuare chiamate;
- recesso contratto per disservizi;
- addebito costi di recesso che si contestano (doc. 2);
- reclamo inviato in data 24.07.2017;
- fatturazione oltre chiusura contratto.

Si contestano per i medesimi motivi eventuali altre fatture in corso di emissione,

Ad integrazione di quanto indicato nel GU14, con memoria del 02.05.2019, l'Utente precisa altresì:

In merito alla mancata e/o inesatta applicazione da parte di Wind Tre spa di quanto pattiziamente stabilito.

Rimborsi e/o storni e/o indennizzi

Parte istante contesta la mancata applicazione delle condizioni economiche pattuite e sopra esposte.

Basterà infatti una rapida scorsa delle fatture oggetto d'istanza per verificare la circostanza *de quo*.

Wind Tre Spa infatti modificava i contratti unilateralmente, costringendo l'odierna ricorrente a continui controlli e continue segnalazioni al proprio agente di riferimento.

Infine e con reclamo del 5.12.2018, parte contestava - ancora una volta e per iscritto - il disservizio in parola (si veda reclamo).

Appare, quindi ed *ictu oculi*, come il Gestore non abbia correttamente gestito il cliente in termini di chiarezza e trasparenza e abbia comunque disatteso ogni impegno contrattualmente assunto.

Ciò in evidente contrasto sia con la normativa vigente che sancisce il principio di trasparenza e completezza informativa di cui al Codice delle Comunicazioni elettroniche (art. 70).

A ciò si aggiunga, che tutte le disposizioni esposte integrano - poi - quanto previsto in via generale dal codice civile vigente in materia di contratti (artt. 1175 e 1375), rispettivamente in materia di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto.

Per quanto sopra esposto, si chiede a Codesto Comitato anche il ricalcolo di tutte le fatture emesse con conseguente ulteriore rimborso di quanto pagato in eccesso rispetto al pattuito oltre agli indennizzi di cui l'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS.

In merito all'attivazione non richiesta di servizi a sovrapprezzo.

Indennizzi.

Storno importi e liquidazione

L'operatore telefonico procedeva peraltro all'attivazione non richiesta di servizi a sovrapprezzo denominati "My Share Unlimited e Mu Share 15 Giga".

Tale disservizio è accertabile *per tabulas* dalla lettura delle stesse fatture prodotte.

Con reclamo del 5.12.2018, parte istante ha contestato tale illegittima attivazione senza ottenere alcun riscontro e/o risoluzione da parte dell'operatore.

In considerazione dell'attivazione di servizi accessori non richiesti Wind Tre Spa sarà pertanto tenuta a stornare e/o a rimborsare tutte le fatture emesse sino alla data di disattivazione dei servizi non richiesti.

A ciò si aggiunga che la Delibera n. 487/18 ha espressamente riconosciuto gli indennizzi per l'attivazione di servizi non richiesti dalla illegittima attivazione sino alla disattivazione (31.12.2018, si vedano fatture n.ri 2019T000056972 e 2019T000054852, allegate alla presente memoria).

In merito alla modifica unilaterale delle condizioni economiche e della fatturazione.

Rimborso importi e liquidazione indennizzi

Ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1 della Legge n. 40/2007 si prevede che: "*..I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni ... La violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 è sanzionata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, applicando l'art. 98 del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, come modificato dall'articolo 2, comma 136, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286 ...*".

L'operatore telefonico modificava unilateralmente i piani tariffari, rendendoli più onerosi.

È chiaro, quindi, come la società istante contesti la legittimità/validità, nonché la debenza delle fatture emesse successivamente alle modifiche operate del tutto illegittimamente dall'operatore telefonico.

In merito al mancato riscontro al reclamo.

Liquidazione indennizzi

Parte istante per il disservizio relativo al mancato funzionamento della rete fissa effettuava numerosi reclami, tra cui quello scritto del 5.12.2018.

Nessun riscontro a tale reclamo vi è stato da parte di Wind tre Spa e neppure alcuna risoluzione dei disservizi lamentati.

Nel caso in cui il gestore telefonico adempia ai propri obblighi probatori, si evidenzia come sia la stessa Agcom ad affermare che l'operatore telefonico non adempie correttamente ai propri obblighi (riscontro al reclamo, n.d.r.) nel momento in cui: "*..i reclami dell'istante sono stati riscontrati in modo generico e non esaustivo, Wind Tre si è limitata a comunicare di aver provato a contattare il cliente senza esito positivo, invitandolo a consultare il sito o a ricontattar e il servizio clienti..*" (*ex multis*, delibera n. 8/18/CIR).

Appare *ictu oculi*, quindi, l'inadempimento del Gestore telefonico che ha disatteso un impegno contrattualmente assunto e comunque violato un obbligo previsto dalla normativa speciale applicabile.

Per quanto sopra esposto, si chiede richiede a Codesto Corecom la liquidazione degli indennizzi previsti dalla delibera n. 487/18.

In merito alla fatturazione da parte di Wind Tre spa nonostante la migrazione ad altro operatore avvenuta prima della data del 24.8.2018 e comunque oltre la disdetta inviata in data 5.12.2018. Storno importi e liquidazione indennizzi

Appare *per tabulas* dalla fattura n. 2018T000785950 che parte istante - prima della data del 24.8.2018 - migrava le proprie utenze mobili aziendali verso un altro operatore telefonico.

Wind Tre continuava comunque la fatturazione emettendo le fatture n.ri 2018T000977116, 2019T000056972 e 2019T000054852.

Parte istante inviava quindi disdetta in data 5.12.2018 per chiedere la chiusura del contratto con disattivazione di tutti i servizi ancora attivi e bloccare in questo modo la fatturazione.

Risulta *per tabulas* però che Wind Tre Spa stia ad oggi e del tutto illegittimamente - continuando a fatturare (si vedano fatture n.ri 2019T000056972 e 2019T000054852, allegate alla presente memoria e fatture n.ri 2019T000249026 e 2019T000347073, prodotte da controparte).

Appare *ictu oculi* (anche in questo caso) come il Gestore abbia violato la normativa speciale applicabile (legge 40/2007) e non abbia correttamente gestito il cliente in termini di chiarezza e trasparenza.

Per quanto sopra esposto, si chiede a Codesto Comitato il ricalcolo di tutte le fatture emesse con conseguente storno/rimborso di quanto non dovuto, oltre alla liquidazione degli indennizzi previsti dalla delibera n. 478/18.

In merito all'illegittima applicazione da parte di Wind Tre di costi a titolo di "contributi di attivazione e/o rate finali".
Risoluzione per inadempimento

Preliminarmente, si fa rilevare come nel caso *de quo* siamo in presenza tecnicamente di una risoluzione per inadempimento piuttosto che di un puro e semplice recesso. La circostanza è naturalmente rilevante per quanto riguarda l'imputabilità o meno dei costi di chiusura del contratto in capo all'utente.

Si ribadisce infatti che parte istante sia stata costretta a migrare verso altro operatore per i disservizi esposti nei capi della presente memoria.

Wind Tre Spa ha addebitato - nelle fatture n.ri 2018T000785950, 2018T000977116 - non solo le rate a scadere dei terminali in acquisto abbinati ad alcune numerazioni mobili migrate, ma anche le cosiddette "Rate Finali".

Quest'ultima altro non è se non lo sconto applicato sul terminale per il mancato rispetto della durata contrattuale di 24 mesi. In altre parole, l'operatore telefonico offre la possibilità al cliente di acquistare un apparecchio a prezzo agevolato (*rectius*: scontato) - suddiviso in un numero concordato di rate - a patto però che venga rispettato dall'utente il vincolo contrattuale dei 24 mesi.

In caso contrario, Wind Tre addebita non solo la rate a scadere (nel nostro caso quelle mancanti per arrivare a quelle previste dal contratto), ma anche la rata finale del recupero dello sconto/promozione applicata al cliente.

Appare però *ictu oculi* come l'applicazione di tale "Rata Finale" sia solo ed esclusivamente diretta conseguenza del comportamento illegittimo di Wind Tre.

La rata finale dovrebbe in ogni caso essere parametrata al momento in cui il contratto è venuto a cessare, perché se quest'ultimo fosse giunto alla regolare scadenza, Wind Tre non avrebbe addebitato alcuna rata finale.

In ragione di ciò, appare chiaro che si debba calcolare la "rata finale" al momento in cui il rapporto si è chiuso.

Analoga considerazione può essere fatta per gli addebiti effettuati da Wind Tre a titolo di "Contributo di attivazione" per le numerazioni mobili migrate ad altro gestore telefonico.

Il mancato rispetto del vincolo a 24 mesi da parte di Soc. Agricola XXX è imputabile solo al comportamento negligente ed imperito di Wind Tre Spa.

La scrivente difesa ritiene che l'eccezione di cui sopra sia assolutamente dirimente in merito alla non legittimità (e quindi alla non debenza) dei costi di recesso anticipato addebitati da Wind Tre spa nelle fatture contestate.

Nel caso in cui non dovesse essere accolta l'eccezione di cui sopra, si evidenzia all'Ill.mo Comitato adito come Wind Tre Spa emetteva le fatture n.ri 2018T000785950, 2018T000977116 con addebiti a titolo a titolo di "Contributo di attivazione e/o Rata finale" - al momento della chiusura del rapporto contrattuale.

In merito alla debenza dei costi di recesso e al cosiddetto riallineamento dell'offerta

I gestori telefonici sostengono che la sottoscrizione di un'offerta promozionale rappresenta un accordo accessorio a quello principale, con la conseguenza che il recesso anticipato dall'offerta promozionale è una fattispecie diversa dal recesso dal contratto base (non soggetta quindi all'applicazione dell'art. 1, comma 3, L. 40/2007).

Chiaro quindi l'intento dell'operatore telefonico di voler promuovere delle normali tariffe commerciali (prive, quindi, di alcuna promozione) per poi rivendicare che la tariffa sottoscritta non era quella cosiddetta a "prezzo pieno " (mai proposta al cliente, n.d.r.), ma quella "scontata" a cui il medesimo cliente avrebbe invece aderito.

Basterà infatti un'attenta consultazione delle proposte commerciali formulate dall'operatore telefonico sui principali network televisivi e/o testate giornalistiche e/o siti internet per poter verificare che i costi dei piani tariffari pubblicizzati siano proprio quelli che il gestore sostiene essere invece il frutto di un'offerta base (cioè a prezzo intero, n.d.r.) su cui poi viene operata una promozione (cosiddetto sconto, n.d.r.).

In questo modo, peraltro, l'operatore telefonico si precostituisce la possibilità di sottrarre il contratto (in essere con il cliente, n.d.r.) all'applicazione della Legge Bersani per l'eventuale addebito di "penali" in conseguenza di un eventuale recesso anticipato operato dall'utente con profili di illegittimità ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1344 c.c.

In merito alla congruità ed alla proporzionalità dei costi di recesso

Si evidenzia al Giudicante come il principio sostenuto da controparte sia quello che in ragione degli sconti applicati, l'operatore telefonico necessita dell'intera durata contrattuale per "rientrare" del mancato guadagno legato alla promozione.

Orbene, appare *ictu oculi* come lo schema contrattuale in parola non possa prescindere dal momento in cui interviene la chiusura del contratto e dall'importo addebitato dall'operatore telefonico a titolo di "Contributo di attivazione e/o rata finale".

Infatti, un addebito effettuato comunque nella sua interezza e a prescindere dal momento in cui interviene il recesso, costituirebbe di fatto una "penale " ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 40/2007.

La condotta posta in essere dall'operatore opererebbe infatti un "fortissimo " deterrente al passaggio ad altro operatore con conseguentemente grave compressione della libertà contrattuale del cliente debole. Libertà contrattuale che la normativa speciale applicabile al caso di specie tende a preservare.

In caso di mancato accoglimento dell'eccezione di cui sopra, si ribadisce come l'operatore telefonico "rientri" del costo della promozione mediante il saldo dei piani tariffari applicati al cliente, mentre quest'ultimo ottiene l'applicazione di una tariffa promozionale/scontata invece di quella intera.

Conditio sine qua non dell'operazione è che il rapporto contrattuale abbia una durata di almeno di 24 mesi. Se così è, appare *ictu oculi* come la perdita economica che Wind tre Spa sarebbe costretta a sopportare sia in ogni caso parametrata al momento in cui l'utente decide di recedere anticipatamente dal contratto in essere.

Quindi, nel caso in cui tale momento sia posizionato tanto più vicino alla scadenza contrattuale, tanto minore sarà evidentemente la perdita in parola.

In ragione delle considerazioni di cui sopra, si chiede a Codesto Corecom di voler rideterminare i costi addebitati dall'operatore telefonico a titolo di "rate finali" che altrimenti sarebbero esorbitanti e privi di qualsivoglia ragionevolezza.

In merito ai costi di recesso in generale

Sul punto ed in primo luogo, si fa rilevare come la cosiddetta "Legge Bersani" (art. 1, terzo comma, Legge 40/2007 e le sue successive modificazioni) preveda che agli utenti dei servizi di telefonia, di comunicazione elettronica e televisivi, i quali decidono di recedere dal contratto stipulato con l'operatore, non possono essere addebitate da quest'ultimo "spese non giustificate da costi dell'operatore". Eventuali clausole difformi sono nulle.

Chiaro che l'obiettivo perseguito dalla normativa speciale sia quello di impedire che l'imputazione di qualsiasi voce di costo alle attività di recesso rafforzi proprio quell'effetto di "retention" del cliente che il D.L. n. 7 del 2007 (ora Legge n. 40/2007) ha inteso neutralizzare.

Appare *ictu oculi* che la tempistica dell'addebito del "Contributo di attivazione" all'utente (al momento cioè della chiusura anticipata del contratto a 24 mesi, n.d.r.) e la rilevante quantificazione degli stessi costituisca a tutti gli effetti un "fortissimo deterrente al passaggio ad altro operatore con conseguentemente grave compressione della libertà contrattuale del cliente debole che invece la normativa speciale tende a tutelare".

Anche alla luce della delibera Agcom n. 487/18, tali addebiti appaiono illegittimi.

In conclusione SOC. AGRICOLA XXX chiede l'accoglimento delle seguenti conclusioni:

- i. presa d'atto della chiusura del/i contratti con Wind Tre spa;
- ii. accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale di Wind Tre Spa in merito all'illegittima modifica unilaterale dei piani tariffari e delle condizioni economiche applicate ed in conseguenza di ciò condannare l'operatore telefonico al ricalcolo di tutte le fatture emesse con relativi storni e/o rimborsi di quanto non dovuto, oltre agli indennizzi di cui dall'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS;
- iii. accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale di Wind Tre Spa in merito alla fatturazione oltre il termine di 30 giorni dalla chiusura del contratto avvenuta con servizio principale e accessorio già migrato e alla mancata lavorazione delle disdette ed in conseguenza di ciò condannare l'operatore telefonico al ricalcolo di tutte le fatture emesse con relativi storni e/o rimborsi di quanto non dovuto, oltre agli indennizzi di cui all'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS;
- iv. accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale di Wind Tre Spa in merito alla mancata copertura di rete e segnale telefonico ed in conseguenza di ciò condannare l'operatore telefonico al ricalcolo di tutte le fatture emesse con relativi storni e/o rimborsi di quanto non dovuto, oltre agli indennizzi di cui dall'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS;
- v. accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale di Wind Tre Spa in merito al mancato riscontro ai reclami ed in conseguenza di ciò condannare l'operatore telefonico al ricalcolo di tutte le fatture emesse con relativi storni e/o rimborsi di quanto non dovuto, oltre agli indennizzi di cui all'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS.;
- vi. accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale di Wind Tre Spa in merito all'emissione di fatture con importi contestati a titolo di "Rata finale" e di "Contributo di attivazione" ed in conseguenza di ciò condannare l'operatore telefonico al ricalcolo della fattura emessa nonché di eventuali ulteriori fatture che riportassero importi a titolo di "Rata finale" e di "Contributo di attivazio11e" con conseguente storno e/o rimborso di quanto non dovuto, oltre ad indennizzi di cui all'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS;
- vii. liquidazione delle spese della presente procedura ai sensi della delibera 173/07/CONS e ritiro di ogni eventuale pratica di recupero del credito, a cura e spese del gestore.

2. La posizione dell'operatore

Wind Tre eccepisce l'improcedibilità/inammissibilità della presente istanza di definizione per la genericità della stessa laddove l'istante descrive contestazioni relative a presunte "errate fatturazioni/mancata applicazione delle condizioni contrattuali, modifica di queste ultime e ritardo nella migrazione / attivazione della linea fissa, assenze di segnale" senza indicare alcun arco temporale preciso né alcun dettaglio a sostegno di quanto dichiarato.

E' notoriamente onere dell'istante contestualizzare la richieste contenute nell'istanza, pena l'inammissibilità della stessa non solo per mancanza degli elementi essenziali ma soprattutto per la lesione del diritto di difesa non potendo l'operatore, chiamato in causa, poter focalizzare la propria difesa su un evento definito.

In ogni caso l'istanza deve essere rigettata, in quanto non adeguatamente motivata e provata, l'istante non fornisce alcuna prova né allega precedenti reclami circa l'accaduta e circa la asserita responsabilità della convenuta. A tal proposito, la Delibera Agcom n. 70/12/CIR ha stabilito, in materia di onere della prova che *"La domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente: (...)".*

E ancora, la Delibera Agcom n. 3/11/CIR, in materia di malfunzionamento, ha stabilito che *"Qualora dalla documentazione prodotta agli atti non emergano elementi probanti e circostanziati, tali da rendere condivisibili le asserzioni mosse dalla parte istante circa il malfunzionamento dell'utenza, non è possibile accogliere la domanda formulata dall'istante. Invero, in assenza di riferimenti dettagliati, l'impossibilità di accertare l'"an", il "quomodo" ed il "quantum" del verificarsi del malfunzionamento non consente in questa sede una valutazione adeguata in ordine alla liquidazione di un congruo indennizzo"* (così, conformemente, anche le Delibere Agcom nn. 50/11/CIR; 14/12/CIR;38/12/CIR; 24/12/CIR; 28/12/CIR; 34/12/CIR e altre ancora).

L'utenza oggetto del presente procedimento - 3279060139 - veniva attivata, sui sistemi Wind Tre, in data 07/07/2017 e successivamente disattivata dietro richiesta di parte istante (23/05/2018).

Nell'arco di vigenza del suddetto contratto alcuna comunicazione perveniva alla convenuta, tantomeno pervenivano reclami relativamente all'asserita "mancanza frequente di segnale con impossibilità di navigazione internet e problemi nel ricevere/effettuare chiamate".

Dalla documentazione allegata in atti, verosimilmente, la prima e unica segnalazione risale al 24/07/2017. Preme tuttavia evidenziare che detta comunicazione si profila come una richiesta di disattivazione risultando oltretutto priva di firma e di qualsivoglia notifica di invio/ricezione.

Opportuno, inoltre, anche un riferimento alla delibera 276/13/CONS *"Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche"*, con la quale l'Autorità fa espresso riferimento, tra le altre cose, al concorso del fatto colposo del creditore: *"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"*.

La Corte di Cassazione a sezioni unite nella sentenza 21 novembre 2011, n. 24406 ha elaborato una massima che vale qui la pena richiamare: *"In tema di risarcimento del danno, al fine di integrare la fattispecie di cui all'art. 1227, primo comma, c.c. - applicabile per l'espresso richiamo di cui all'art. 2056 c.c. anche alla responsabilità extracontrattuale - il comportamento omissivo del danneggiato rilevante non è solo quello tenuto in violazione di una norma di legge, ma anche più genericamente in violazione delle regole di diligenza e correttezza. Ciò comporta che, ai fini di un concorso del fatto colposo del danneggiato ex art. 1227, comma 1 c.c., sussiste il comportamento omissivo colposo del danneggiato ogni qual volta tale inerzia contraria a diligenza, a prescindere dalla violazione di un obbligo giuridico di attivarsi, abbia concorso a produrre l'evento lesivo in suo danno"*.

Voglia ad ogni modo l'adito Corecom voglia l'illustrissimo Corecom considerare la natura stessa del servizio di somministrazione di telefonia mobile erogato dallo scrivente operatore.

Costituisce fatto notorio - in ogni caso documentato dalle condizioni generali di contratto, dalle carte servizi e dalle proposte contrattuali predisposte da tutte le compagnie telefoniche, tra cui Wind - la circostanza che oggetto di un contratto di somministrazione di servizi telefonici mobili sia la possibilità di usufruire, per l'utente, di tale servizio nella quasi totalità del territorio nazionale ed internazionale.

Va da sé, come può essere confermato da chiunque sia titolare di una utenza mobile, 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. Mai, invero, le compagnie telefoniche hanno potuto garantire con certezza la totale copertura territoriale dei propri servizi, né tale circostanza è stata mai oggetto di 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.

Difatti, appare importante la distinzione tra tali due tipi di servizi di somministrazione telefonica: con la sottoscrizione di un contratto di telefonia fissa il gestore, verso il versamento di un corrispettivo, 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 quest'ultimo assicura e pubblicizza una copertura territoriale dei propri servizi progressivamente estesa ma mai, una certa e totale copertura (Delibera Agcom n. 65/16/CIR) che ad oggi, anche mediante l'utilizzo di sistemi tecnologicamente molto avanzati, risulta ancora essere utopia.

Si consideri, altresì, che proprio 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. Tale ultimo documento riprova come l'odierna convenuta abbia regolarmente erogato i servizi di telefonia mobile in favore degli utenti, garantendo la dovuta copertura su tutto il territorio nazionale.

Relativamente ai contestati costi di recesso, gli stessi sono stati addebitati a fronte della disattivazione della sim conformemente alle condizioni di contratto sottoscritte e accettate dall'utente; dette Condizioni Generali di Contratto ed il relativo Allegato Tecnico-Economico stabiliscono che *“La durata del Contratto è di 24 (ventiquattro) mesi dalla sua conclusione. Successivamente il Contratto, ove possibile, si rinnoverà tacitamente di anno in anno, salvo disdetta da darsi con telegramma o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, almeno 30 (trenta) giorni prima della scadenza del Contratto stesso. La durata verrà calcolata singolarmente per ogni Accesso/Carta SIM attivato dal Cliente, specificando altresì che “Wind potrà subordinare la concessione di sconti e/o di promozioni sugli importi dovuti dal Cliente per i diversi Servizi offerti da Wind al mantenimento da parte del Cliente del Contratto per una durata determinata stabilita di volta in volta dall'offerta promozionale. In tali ipotesi, qualora il Cliente receda prima del decorso della durata minima prevista dalle singole offerte promozionali, sarà tenuto al pagamento di un importo corrispondente agli sconti o al valore della promozione di cui ha beneficiato secondo quanto previsto negli Allegati”.*

Il richiamato “Allegato” tecnico-economico, relativamente agli specifici piani sottoscritti, precisava, che *“I piani tariffari mobili All Inclusive prevedono un contributo di attivazione pari a 80€ per ogni SIM; tale contributo è scontato del 100% per i Clienti che non recedono prima di 24 mesi dall'attivazione. In caso contrario, il contributo sarà applicato sull'ultima fattura utile”.*

Alcuna responsabilità potrà essere ascritta alla Convenuta in merito ai costi di recesso (si veda, *ex plurimis*, la deliberazione Corecom Puglia n. 48 del 29/07/2015 che rispetto ad analoghe fattispecie in contestazione specificava che: *“L'interruzione prematura del rapporto, creando uno squilibrio contrattuale, è quindi sfociata nella richiesta dei suddetti costi che rappresentano un mero riallineamento delle migliori condizioni tariffarie fruita dalla società istante. Trattasi di costi giustificati dall'Operatore conformi sia alle condizioni contrattuali accettate dall'utente che al dettato della c.d. Legge Bersani e delle Linee Guida della Direzione Tutela dei Consumatori dell'AGCOM... Ne discende che non sussiste alcuna responsabilità in capo al Gestore in ordine alla richiesta dei costi di disattivazione, risultando gli stessi conformi alle pattuizioni contrattuali e alla proposta tecnico-economica”.*

Su tali costi, peraltro, codesta Autorità, alla sezione <http://www.agcom.it/pilloleinformative> ha esplicitamente chiarito che la disciplina generale circa i costi in caso di recesso *“non si applica ai casi in cui il contratto abbia ad oggetto un'offerta promozionale per la cui fruizione le parti accettano un periodo minimo di vigenza del contratto. In questi casi, infatti, fermo restando il diritto dell'utente di recedere in qualsiasi momento dal contratto, si ritiene legittimo l'eventuale vincolo economico (ad esempio la restituzione degli sconti promozionali) posto dall'operatore qualora il cliente receda prima che sia decorso il periodo minimo. Sulla questione si è espresso anche il giudice amministrativo [cfr. sentenza n. 01442/2010 del Consiglio di Stato] evidenziando che in tali casi un eventuale recesso anticipato senza costi altererebbe l'equilibrio contrattuale a sfavore dell'operatore il quale fa affidamento proprio sulla durata pattuita del rapporto contrattuale per coprire i costi sostenuti e realizzare il corrispettivo che gli è dovuto in ragione della prestazione offerta”.*

La richiamata sentenza n. 01442/2010, difatti, stabilisce espressamente che “... *l'impegno di non recedere prima di una certa data è il prezzo che, di fatto, l'utente paga al fine di godere del vantaggio rappresentato dallo sconto sui servizi acquistati*”, sancendo nell'ambito del rapporto sinallagmatico la legittimità di un'offerta promozionale subordinata all'accettazione da parte dell'utente di una durata minima che l'operatore non avrebbe evidentemente alcun interesse a praticare senza avere la certezza di un arco temporale di vigenza.

La scrivente Società precisa infine che i rapporti contrattuali relativi alle utenze indicate sono stati stipulati in data anteriore rispetto all'entrata in vigore della legge 4 agosto 2017 n. 124 che – come peraltro già dedotto nel pendente ricorso al Tar Lazio avverso la delibera 487/18/CONS – non può avere alcuna portata retroattiva, alla luce del noto principio generale che sancisce tale regola.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, voglia l'adito Corecom ritenere che le fatture insolute sono interamente di competenza della parte istante.

L'attuale posizione debitoria ammonta a € 1.989,93 al netto degli storni già effettuati dalla convenuta per il ritardo nella disattivazione dell'opzione Giga Smart per complessivi € 806,12

A tal proposito null'altro si ritiene dovuto in base al consolidato orientamento dell'Autorità e dei Co.Re.Com secondo il quale, a fronte di una eventuale fatturazione indebita, non sussisterebbero in ogni caso gli estremi per la liquidazione di alcun indennizzo, bensì la possibilità dell'utente di richiedere unicamente lo storno e/o il rimborso degli importi fatturati, ma non dovuti, in conformità a quanto previsto dalla Carta dei Servizi

Chiede quindi di nel merito, rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto, in subordine, ex art. 1241 cc e ss, operare eventuale compensazione tra le relative poste debito/credito, poiché trattasi, per le somme insolute indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso all'esito dell'istruttoria, le richieste di parte istante possono trovare parziale accoglimento per i motivi che seguono.

Per quanto riguarda la richiesta **sub i)** si ritiene che la stessa non possa essere accolta, in quanto esula dalle competenze specifiche del Corecom il potere di dare atto o confermare la chiusura di un contratto.

Con riferimento alla richiesta **sub ii)** relativa alla modifica delle condizioni contrattuali e all'eventuale applicazione di condizioni contrattuali diverse da quelle pattuite, occorre precisare che l'istante si è limitato genericamente a contestare la difformità delle condizioni economiche applicate rispetto a quelle pattuite senza fornire la prova della conclusione del contratto di cui si discute, rendendo impossibile la prova dei fatti dedotti, i termini e le condizioni del contratto stesso e impraticabile ogni valutazione in ordine agli accordi contrattuali vigenti fra le parti. Infatti, se non vi è alcun dubbio in merito all'esistenza del legame contrattuale fra le parti, non altrettanto può dirsi in relazione agli accordi che tale contratto prevedeva.

Con riferimento alla richiesta **sub iii)** si ritiene che la stessa possa essere accolta per le seguenti motivazioni: per quanto riguarda, nello specifico, lo storno delle fatture emesse dopo la disdetta contrattuale, giova precisare quanto segue: l'utente, con nota del 24.07.2017, inviata a Wind Tre con PEC del 25.07.2017, ha comunicato formalmente la propria volontà di recedere dal contratto. Considerato che l'operatore è tenuto a recepire il recesso esercitato dall'utente entro il termine legislativamente previsto di 30 (trenta) giorni, si ritiene che tutte le fatture emesse dal 25.08.2017 (trentesimo giorno successivo alla data del recesso) debbano essere stornate, ad eccezione, però, della fattura n. 2017T000705039 del 19.09.17 in quanto il periodo di fatturazione della stessa (01.07.2017 – 31.08.2017) concerne una fase temporale antecedente, appunto, al recesso.

In proposito, si rileva, infatti, come vi sia un orientamento consolidato ed unanime nelle diverse pronunce dei Corecom e dell'Agcom, in virtù del quale, nel caso in cui l'utente eserciti correttamente il proprio diritto di recesso, tutte le fatture emesse successivamente sono da considerarsi illegittime e quindi devono essere annullate (ex multis Corecom Friuli Venezia Giulia, delibera n. 54/2012, Corecom Emilia-Romagna, determinazione n. 6/2012, Agcom, delibera n. 43/12/CIR).

Per quanto riguarda, invece, la richiesta dell'indennizzo (per la fatturazione successiva alla disdetta), si ritiene che la stessa non possa essere accolta: si richiama in proposito la delibera Agcom n. 14/15/CIR secondo cui: *“non può essere accolta la richiesta dell'istante inerente la corresponsione di ulteriori indennizzi a titolo di ritardata cessazione contrattuale e conseguente fornitura di un servizio non richiesto in quanto, conformemente a quanto questa autorità ha più volte statuito, a fronte della fatturazione indebita non*

sussistono gli estremi per la liquidazione di un indennizzo, bensì la possibilità di richiedere lo storno e/o il rimborso degli importi fatturati, ma non dovuti...”.

Tale orientamento consolidato, risulta confermato anche dalle più recenti pronunce dell’Autorità, le quali escludono altresì che la tardiva cessazione dell’utenza telefonica sia equiparabile all’attivazione di un servizio o profilo tariffario non richiesto, con la conseguente applicazione, in via analogica, dell’indennizzo di cui all’art. 9 del Regolamento sugli indennizzi (*ex multis* Agcom, delibere nn. 43/14/CIR, 84/14/CIR, 104/14/CIR, Corecom Calabria, delibera n. 240/2018).

Si richiama in proposito la delibera Agcom n. 116/17/CIR secondo la quale “... *l’eventuale disagio patito dall’istante per la proseguita ricezione di indebite fatturazioni, non può essere ricondotto nell’alveo degli oggettivi disagi indennizzabili in favore degli utenti...*”.

Con riferimento alla richiesta **sub iv)** riguardante la mancata copertura di rete e segnale telefonico, si precisa quanto segue: occorre innanzitutto 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.

La richiesta di indennizzo formulata, pertanto, non può essere accolta.

Con riferimento alla richiesta **sub v)** di indennizzo per mancata risposta al reclamo, la stessa può trovare accoglimento in quanto l’operatore non ha prodotto agli atti alcun riscontro al reclamo del 24.07.17 (inviato a Wind Tre tramite PEC il 25.07.2017) e, pertanto, va riconosciuto l’indennizzo di cui all’art. 12, co. 1 del Regolamento indennizzi (allegato A), Delibera 347/18/CONS.) nella sua misura massima pari a € 300,00= (trecento/00).

Con riferimento alla richiesta **sub vi)** si ritiene che la stessa venga assorbita da quanto già precisato al punto sub iii). Considerato, infatti, che sono stati prodotti agli atti i soli frontespizi della fatture contestate, senza il dettaglio specifico dei costi, non vi è la possibilità di verificare con precisione le voci di costo riferibili alla “rata finale” e al “contributo di attivazione”, di tal ché, trattandosi di fatture emesse dopo la disdetta contrattuale, le stesse non sono comunque dovute.

Con riferimento alla richiesta **sub vii)** si ritiene congruo compensare tra le parti le spese della presente procedura.

Considerato che i competenti uffici hanno provveduto a svolgere l’istruttoria e a formulare le relative proposte, altresì illustrando il contenuto dell’allegato alla presente deliberazione;

All’unanimità dei voti espressi a scrutinio palese

DELIBERA

per le motivazioni espresse in premessa e che qui si intendono integralmente riportate:

1. WIND Tre S.p.A è tenuta:

- a stornare integralmente la fattura n. 2019T000249026 del 21.03.2019 di € 331,84= relativa al periodo 01.01.2019 – 28.02.2019 e la fattura n. 2019T000347073 del 21.04.2019 di € 563,20= relativa al periodo 01.01.2019 – 28.02.2019;
- a stornare l’importo di € 1.934,73= dalla fattura n. 2018T000785950 del 20.09.2018;

- a stornare l'importo di € 158,34 dalla fattura n. 2018T00977116 del 20.11.2018.

Spese compensate.

2. ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del "Regolamento", il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità 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, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Il Dirigente

f.to Carla Combi

Il Presidente

f.to Gualtiero Mazzi

Il verbalizzante

f.to Carla Combi