

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

Deliberazione n. 57 del 10 giugno 2020

OGGETTO: Definizione della controversia (GU14/190524/2019) XXX XXX S.r.l. / WIND TRE (VERY MOBILE).

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 2001, 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 XXX XXX S.R.L. del 17/10/2019 acquisita con protocollo n. 0444788 del 23/10/2019;

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

UTENTE dichiara quanto segue:

“A decorrere dal mese di Ottobre del 2016, il Gestore non provvedeva più a recapitare all'istante la fatturazione emessa, impossibilitandolo così all'analisi del dettaglio costi.

Ed infatti, dopo reiterati reclami indirizzati al servizio clienti, solamente in data 05/05/18 Wind Tre provvedeva a recapitare tutte le fatture in parola. Tuttavia, analizzando il dettaglio dei costi, l'istante rilevava l'attivazione/fatturazione di servizi a sovrapprezzo mai richiesti.

Come si rileva dalle fatture ivi allegata, il Gestore addebitava una somma complessiva, a titolo di servizi a sovrapprezzo mai richiesti, pari all'importo di euro 930,00. Pertanto, prima di procedere al pagamento delle fatture insolute, l'Istante sporgeva reiterati reclami a mezzo Pec del 11/06/2018, 13/06/2018, 26/09/2018 05/10/2018, al fine di richiedere la rettifica delle stesse.

Ciononostante, le richieste dell'Istante venivano ignorate e Wind Tre continuava ad emettere un'abusiva fatturazione. A maggior aggravio, sebbene la fatturazione emessa risultasse integralmente contestata, a far data dal 15/02/2019 il Gestore operava, in assenza di preavviso, la sospensione amministrativa dei servizi fonia ed internet insistenti sull'utenza fissa n. 0444021XXX e del servizio mobile erogato sulle utenze n.ri 3294265XXX - 3478625XXX e 3248812XXX.

Venivano pertanto sporti ulteriori reclami a mezzo Pec del 18/02/2019 e del 22/02/2019 (All.3). Stante il mancato ripristino dei servizi, in data 11/04/2019 l'istante avviava procedimento GU5/110270/2019. I servizi venivano ripristinati solo a far data dal 16/04/2019”.

Con memoria di replica, depositata in data 20.12.19 l'utente ha precisato quanto segue.

Preliminarmente, deve rilevarsi che, nella propria memoria difensiva, la stessa Wind Tre S.p.A. conferma la tardiva emissione della fatturazione emessa a carico dell'istante; nello specifico, come dichiarato dal Gestore telefonico, “in data 05/05/2018, a causa di una pregressa anomalia di fatturazione, la convenuta provvedeva all'emissione di nove conti telefonici relativi al periodo compreso tra l'ottobre 2016 e il maggio 2018”.

Ne deriva dunque che, i numerosi reclami inoltrati dalla parte istante atti a lamentare la fatturazione - Pec del 11/06/2018, 13/06/2018, 26/09/2018 05/10/2018), risultano essere assolutamente tempestivi e conformi alle tempistiche di reclamo previste dalla vigente normativa.

NEL MERITO DELL'ERRATA FATTURAZIONE

Sul punto, nella propria memoria difensiva, il Gestore conferma l'esistenza di una fatturazione evidentemente maggiorata, a causa della presenza di servizi a sovrapprezzo; ed infatti, come precisato da Wind Tre, “a tal proposito [...] la convenuta predisponendo lo storno di un importo complessivo pari ad euro 1.841,72 tramite emissione delle relative note di credito”; si allegano a tal proposito le prime due.

Pertanto, come possiamo denotare dalla ricostruzione di Wind Tre S.p.A., la stessa avrebbe constatato l'erroneità della fatturazione emessa, procedendo con lo storno complessivo della somma di euro 1.841,72; tuttavia, come risulta ampiamente documentato in atti, il Gestore telefonico si limita a fornire evidenza di sole due note di credito (la prima di euro 294,74 del 17/07/2018 e la seconda di euro 168,93 del 14/03/2019).

Deve pertanto eccepirsi l'assoluta mancanza di prove documentali circa la riferita attività di storno di euro 1.841,72. Tale eccezione, peraltro, vuole dimostrare un dato ancor più allarmante: se è vero come è vero che, la seconda esigua nota di credito (datata 14/03/2019) è stata emessa addirittura dopo la sospensione dei servizi (avvenuta in data 15/02/2019), è lecito attendersi che le ulteriori note di credito siano state emesse da Wind Tre S.p.A. in un periodo ampiamente successivo, così determinando una grave, tardiva ed erronea gestione dell'intera posizione contabile dell'odierno istante.

SULLA SOSPENSIONE DEI SERVIZI

Sul punto, anzitutto, si evidenzia che la sospensione amministrativa dei servizi risulta pienamente confermata da Wind Tre S.p.A..

Quanto all'evidente illegittimità dell'operata sospensione, deve con forza sottolinearsi come la stessa sia stata effettuata dal Gestore in un chiaro quadro di fatturazione integralmente soggetta a contestazione (come ampiamente dimostrato ai punti che precedono), che, in modo alcuno, può essere assunta a morosità. Ed infatti si ribadisce che, a fronte di una chiara ammissione di responsabilità del Gestore per l'errata fatturazione emessa (ammontante ad euro 1.841,72), Wind Tre operava la sospensione dei servizi già a decorrere dal 15/02/2019, data in cui aveva emesso una sola nota di credito di euro 294,74.

Ma vi è di più. L'operata sospensione dei servizi deve ulteriormente ritenersi illegittima stante l'assoluta assenza di idoneo preavviso di sospensione.

Ed infatti, sebbene Wind Tre asserisca di aver effettuato le opportune azioni di sollecito dei pagamenti, il Gestore non ha fornito prova dell'invio di alcun preavviso di sospensione del servizio, né ha dimostrato che alcuna comunicazione di tale tipo sia stata correttamente ricevuta dall'odierno istante.

A tal proposito, gli allegati 1 e 2 alla memoria difensiva di Wind Tre altro non sono che delle mere schermate autoreferenziali presenti nel sistema gestionale dell'operatore telefonico, che in alcun modo possono assurgere a prova di avvenuta comunicazione.

Infatti, secondo pacifica e consolidata giurisprudenza civilistica un documento di auto-produzione non può in nessun caso costituire prova dell'esatto adempimento, nel momento in cui questa viene prodotta ed utilizzata dallo stesso soggetto che ne è autore.

In altri termini, appare indubbio che una prova "autoreferenziale", ove riconosciuta valida, snaturerebbe la stessa natura e concetto di prova, tenuto conto della potenziale manipolabilità della stessa.

Ulteriormente, sebbene si tratti di un principio giuridico ovvio, ma, proprio per questo, solo raramente espresso dalla giurisprudenza, occorre ricordare che la stessa VI Sezione civile della Suprema Corte di Cassazione (con la sentenza n. 8290/2016 pubblicata il 27.4.2016) ha di recente affermato che *"un documento proveniente dalla parte che voglia giovarsi non può costituire prova in favore della stessa né determina inversione dell'onere probatorio"*. Ciò *"nel caso in cui la parte contro la quale è prodotto contesti il diritto, anche relativamente alla sua entità, oltreché alla sua esistenza"*.

Ma vi è di più. Ed infatti, quanto sopra affermato ha trovato ampio riscontro anche nelle pronunce AGCOM in seno alle quali è stato chiaramente ribadito che l'assolvimento dell'onere informativo nei confronti dell'utente non può essere documentato dal Gestore tramite le schermate del proprio sistema essendo che, quest'ultimo, non fornisce alcuna prova di avvenuta comunicazione all'utente, ovvero, in altri termini, alcuna prova che tali comunicazioni abbiano effettivamente raggiunto l'utente.

A sostegno di quanto in parola appare opportuno richiamare la Deliberazione Co.Re.Com. Toscana n. 14 del 6 marzo 2017, al cui estratto testualmente si legge: *"l'operatore telefonico ha prodotto copia della schermata estratta dai propri sistemi che riporta il riepilogo relativo agli invii dei messaggi informativi inviati al cliente con i relativi orari e le causali degli stessi; attesa la contestazione dell'istante, tuttavia l'operatore non ha dato prova che detti messaggi abbiano effettivamente raggiunto l'istante..."* (ex plurimis Delibera Agcom n. 117/15/CIR).

Per le argomentazioni espresse, con la presente si reitera la richiesta di corresponsione degli indennizzi previsti dall'Art. 5 dell'Allegato A alla D.347/18/CONS in combinato disposto con l'Art. 13 comma 3 dell'Allegato A alla D.347/18/CONS, dal 15/02/2019 al 15/04/2019, per un totale di 60 giorni, sia in riferimento ai servizi di telefonia fissa ed internet, sia per quanto concerne i servizi mobili.

SULL'INSOLUTO A CARICO DELL'ISTANTE

Sul punto, Wind Tre S.p.A. si limita ad indicare la presenza di una posizione di insoluto, a carico dell'istante, per ad euro 6.701,86, senza tuttavia specificarne la natura.

Ed invero, deve con forza rilevarsi che, gran parte dell'insoluto di cui discorre Wind Tre va rintracciato nella presenza di costi di cessazione che sono da ritenersi integralmente non dovuti; ed infatti l'istante, continuamente vessato a causa dell'erronea fatturazione e della sospensione dei servizi, si ritrovava chiaramente costretto ad interrompere qualsivoglia rapporto contrattuale con il convenuto Gestore telefonico.

Ulteriormente, Wind Tre S.p.A. ha emesso illegittima fatturazione anche in riferimento al periodo di sospensione dei servizi, arco temporale in cui, su tutte le utenze detenute dal ricorrente, non veniva fornita alcuna prestazione di servizi.

Per tali motivi, si reitera la richiesta di storno integrale della morosità pendente.

SULLA MANCATA RISPOSTA AI RECLAMI

Sul punto, ci si limita a ribadire che l'istante ha fornito prova di aver notificato i reclami scritti a mezzo Pec del 11/06/2018, 13/06/2018, 26/09/2018 05/10/2018. Di contro, il Gestore non ha dimostrato di aver riscontrato in alcun modo i predetti reclami, limitandosi alla produzione di una sola asserita comunicazione priva di qualsivoglia prova di corretto invio.

Ed invero, che l'esistenza di un mero riscontro scritto al reclamo (anche se così non è) sia di per sé condizione necessaria e sufficiente per non configurare la fattispecie di indennizzo in rubrica costituisce un'erronea interpretazione delle vigenti disposizioni normative.

A maggior chiarezza, occorre ricordare che "la finalità dell'indennizzo per omesso riscontro al reclamo è quella di assicurare all'utente un riscontro chiaro ed esaustivo, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che non si presenta paritario a causa della qualità dell'operatore, inteso necessariamente quale soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato" (Corecom Puglia Delibera n. 17/11).

Ed ancora, si necessita richiamare il pacifico e consolidato orientamento AGCOM a tenore del quale *"Non può ritenersi sufficiente, ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di risposta al reclamo, la semplice circostanza che una risposta in forma scritta vi sia stata, atteso che la disposizione richiamata richiede che essa sia adeguatamente motivata e debba indicare gli accertamenti compiuti. Pertanto deve ritenersi che la mancata comunicazione delle condizioni ostative alla risoluzione della problematica lamentata dall'utente faccia sorgere in capo a quest'ultimo il diritto ad un indennizzo da mancata risposta al reclamo."* (ex plurimis si vedano Delibera Agcom n. 117/10/CIR, Delibera Agcom n. 47/10/CIR, Delibera Corecom E.R. 130/2017 n. 57).

Ulteriormente, i reclami non possono ritenersi riscontrati nemmeno *per facta concludentia*. Ed infatti, in tale asserita comunicazione datata 11/07/2018, Wind Tre si limitava a stornare la sola somma di euro 294,74, a fronte della dovuta e riconosciuta attività di storno che ammontava a complessivi euro 1.841,72.

RICHIESTE:

- i. indennizzo per sospensione dei servizi fonia ed internet (utenza n. 0444021XXX), dal 15/02/2019 al 15/04/2019, per un totale di 60 giorni;
- ii. indennizzo per sospensione del servizio mobile (utenza n. 3294265XXX) dal 15/02/2019 al 15/04/2019, per un totale di 60 giorni;
- iii. indennizzo per sospensione del servizio mobile (utenza n. 3248812XXX), dal 15/02/2019 al 15/04/2019, per un totale di 60 giorni;
- iv. indennizzo per sospensione del servizio mobile (utenza n. 347862XXX) dal 15/02/2019 al 15/04/2019, per un totale di 60 giorni;
- v. indennizzo per mancata risposta ai reclami;
- vi. indennizzo per attivazione di servizi a sovrapprezzo non richiesti;
- vii. annullamento delle morosità pendenti;

viii. rimborso per spese di procedura ed assistenza.

2. La posizione dell'operatore

WINDTRE dichiara quanto segue.

In merito alla richiesta delle spese di procedura, si rammenta che l'art. 20 della 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". Ebbene l'istante si limita a chiedere genericamente le spese di procedura e assistenza, senza dimostrare alcunché a riguardo, come diversamente disciplina la delibera citata.

Non può dunque bastare una generica contestazione per ritenere assolta la prova dell'assenza della *causa solvendi* che legittima la restituzione delle spese.

In data 05/05/2018, a causa di una pregressa anomalia di fatturazione, la convenuta provvedeva all'emissione di nove telefonici relativi al periodo compreso tra l'ottobre 2016 e il maggio 2018 con scadenze differite a 30 giorni, ciò al fine di consentire all'utente il pagamento dei conti telefonici di mese in mese. Tuttavia alcun pagamento risultava pervenuto alla convenuta che, effettuate le opportune azioni di sollecito dei pagamenti, in data 19/02/2019 provvedeva alla sospensione delle utenze 0444021XXX, 3294265XXX, 3478625XXX, 3248812XXX.

In data 15/04/2019, in pendenza del provvedimento ex art. 5, si procedeva con la riattivazione delle utenze.

Preme evidenziare che sin dalle attivazioni dei suddetti contratti mai alcuna segnalazione risultava pervenuta alla convenuta né relativamente alla posizione contabile né relativamente ai profili tariffari.

Solo in data 11/06/2018, e mai prima di allora, parte istante faceva pervenire reclamo in cui contestava l'addebito di importi maggiorati / servizi a sovrapprezzo. A tal proposito la convenuta effettuava prontamente, il blocco delle chiamate verso numerazioni a sovrapprezzo e, in ottica di *customer orientation*, predisponendo lo storno di un importo complessivo pari a € 1841.72 tramite emissione delle relative note di credito, si allegano a tal proposito le prime due.

Il suddetto reclamo risulta regolarmente riscontrato tramite e-mail in data 11/07/2018.

L'attuale posizione debitoria ammonta a € 6.701,86.

In primis preme evidenziare che dal 2016 al 2018 il cliente non si è mai premurato di verificare la propria posizione amministrativa, sino al giugno 2018 non risultano difatti mai pervenute alla scrivente alcune segnalazioni né reclami.

Come previsto da Carte Servizi Wind all'Art. 3.2 rubricato Procedure di reclamo: "Il Cliente può presentare eventuali reclami relativi all'inosservanza delle disposizioni della presente Carta dei Servizi o delle Condizioni Generali di Contratto. Tali reclami possono essere portati a conoscenza di Wind per telefono al servizio assistenza di Wind (155 o 1928), per iscritto con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno o per posta semplice, o per via telematica tramite l'area clienti del sito www.wind.it o www.windbusiness.it".

Nel caso di specie, alcun reclamo risulta inoltrato tramite i canali preposti dalla Carta Servizi Wind. Si veda a tal proposito anche la Delibera 142/16/CIR: "Con riferimento alla richiesta [...] la stessa non può essere accolta in quanto la copia del reclamo allegata all'istanza risulta inviata tramite fax a una numerazione che non rientra tra quelle indicate da Wind nella propria Carta servizi".

Opportuno 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, 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”*.

Non si comprende oltretutto il motivo per cui l'utente non abbia provveduto, a tutt'oggi, al saldo anche solo parziale delle fatture in contestazione. Come previsto dalle Condizioni Generali di Contratto all'art. 11.3 *“Il pagamento delle fatture emesse da WIND dovrà essere effettuato per l'intero importo [...]”*. E ancora: *“Il Cliente è tenuto al pagamento dei canoni anche nei casi di sospensione del Servizio previsti dall'art. 11.7 [...]”*; all'art. 11.7 infine: *“11.7 Decorso inutilmente il termine di pagamento delle fatture, WIND potrà altresì sospendere, previa comunicazione al Cliente effettuata anche tramite strumenti automatici, in modo totale o parziale l'erogazione dei Servizi. WIND garantirà in ogni caso le prestazioni previste all'art. 20.7”*.

Relativamente alla contestazione per i servizi a sovrapprezzo, voglia l'adita Autorità tener conto del comportamento posto in essere dalla convenuta che, in ottica di *customer orientation* ha già predisposto lo storno parziale dell'insoluto, con particolare riferimento ai contestati importi, tramite emissione delle relative note di credito.

Per quanto sopra esposto e documentato, ne consegue che Wind Tre ha predisposto lo storno della somma richiesta dall'istante, con conseguente cessazione della materia del contendere. Alcun indennizzo risulta al contrario dovuto, come più volte già evidenziato da codesta Autorità sia in riscontro all'interrogazione presentata da Codacons Abruzzo (AGCOM.REGISTRO UFFICIALE (I).0019566.12-04-2016) che in numerose determinazioni (ex plurimis n. 49/15/DIT, n. 75/15/DIT, n. 100/15/DIT, n. 101/15/DIT), ad esclusione dell'applicabilità, di indennizzi per detti servizi *“[...]la fornitura di contenuti digitali premium non può essere ricompresa tra le fattispecie per le quali è applicabile l'apparato indennitario predisposto nell'ambito della definizione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, attesa l'impossibilità tecnico-giuridica di qualificare tali contenuti quali servizi di comunicazione elettronica, sebbene accessori*.

D'altronde, deve tenersi conto di ulteriori profili giuridici per convenire sulla inapplicabilità ai contenuti premium acquistati tramite mobile internet della compensazione prevista dall'art. 8 del Regolamento indennizzi. Va rammentato, infatti, che le controversie rimesse alla competenza dell'Autorità per espressa previsione dell'art. 84 D.lgs. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche) sono quelle tra utenti ed imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica.

E' evidente, dunque, come l'ambito della procedura di risoluzione stragiudiziale delle predette controversie è delimitato, sotto il profilo soggettivo, dalla qualità delle parti suindicate, non potendo trovare applicazione in relazione a soggetti diversi, e quindi, sul piano oggettivo, è circoscritto ai rapporti giuridici che a quelle parti siano riferibili.

In concreto, quindi, la circostanza che i contenuti digitali siano forniti da un soggetto terzo diverso dall'operatore di comunicazione elettronica esclude che quest'ultimo possa ritenersi tenuto ad indennizzare i disagi subiti dagli utenti per l'attivazione di servizi premium non richiesti e forniti da soggetti terzi, trattandosi, in considerazione di quanto sopra rilevato: i. di servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del Regolamento di cui alla delibera n. 73/11/CONS; di servizi forniti generalmente da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazione elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l'utente ed il fornitore del servizio; di servizi in relazione ai quali il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo e del corrispondente meccanismo di liquidazione, attiene solo alla fase dell'addebito, e non a quello della attivazione in senso stretto”.

Relativamente alla risposta ai reclami, al di là del riscontro datato 11/07/2018 opportunamente allegato in atti, è evidente che la convenuta ha regolarmente gestito le segnalazioni di parte istante stornando gli importi per servizi a contenuto ossia *per facta concludentia*, come da consolidato dell'Autorità.

Ad ogni modo, come riportato nell'Allegato A alla Delibera 353/19/CONS art. 12 comma 2: *“l'indennizzo di cui al comma 1 è computato in misura unitaria indipendentemente dal numero di utenze interessate dal reclamo e anche in caso di reclami reiterati o successivi, purché riconducibili al medesimo disservizio”*.

CHIEDE 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

Prima di passare all'esame delle singole richieste dell'utente, giova fare una breve considerazione.

Il fatto che per un problema tecnico (“pregressa anomalia di fatturazione”), Windtre non abbia inviato le fatture per circa un biennio, dal 2016 al 2018, non è una questione le cui conseguenze debbano essere sopportate dall'utente, in quanto trattasi di fenomeno oggettivamente indipendente dalla volontà e/o da eventuali comportamenti di quest'ultimo.

Se da un lato è vero, come afferma l'operatore, che in questi due anni l'utente, secondo la diligenza del buon padre di famiglia, avrebbe potuto attivarsi per avere, quantomeno, notizie sui ritardi della fatturazione (anche se l'utente afferma di essersi attivato in tal senso, con mail e telefonate al call-center) è altrettanto vero, se non dirimente, il fatto che un utente, di norma, solo nel momento in cui ha la possibilità di leggere la fattura, è in grado di verificare effettivamente la conformità dei profili tariffari applicati rispetto alle disposizioni contrattuali sottoscritte.

Ed infatti, tempestivamente, o quantomeno entro il termine previsto dalla disposizioni contrattuali entro il quale un utente è chiamato a contestare formalmente una fattura, con pec dell'11.06.18, l'utente ha contestato la regolarità delle (nove) fatture che Windtre, in data 05/05/2018, provvedeva a recapitargli.

Per quanto riguarda le richieste **sub i)**, **sub ii)**, **sub iii)** e **sub iv)** si ritiene che le stesse possano essere accolte.

Come da costante orientamento dell'Agcom e dei Corecom, infatti, si ritiene illegittima la sospensione del servizio operata dal gestore in assenza di un congruo preavviso di sospensione. In tutti i casi, l'operatore è tenuto a fornire la prova dell'avvenuto invio all'utente della nota di sollecito di pagamento contenente il preavviso di sospensione, in mancanza del quale, la sospensione dell'utenza deve comunque considerarsi illegittima.

Ma non solo: la stessa Agcom ha stabilito l'illegittimità della sospensione del servizio operata dal gestore, seppur in presenza di morosità dell'utente, quando vi sia un reclamo dell'utente circa gli importi fatturati.

Sebbene WindTre nella propria memoria difensiva asserisca di aver effettuato “le opportune azioni di sollecito dei pagamenti”, la stessa si è limitata a produrre, nello specifico, dei semplici screen-shot di alcune schermate presenti nel proprio sistema gestionale, che non possono certo considerarsi, oggettivamente, come prova di avvenuta comunicazione.

Per quanto sopra, quindi, si ritiene che ricorrano i presupposti per l'applicazione degli indennizzi di cui al combinato disposto degli artt. 5 e 13 dell'Allegato A della Delibera AGCOM n. 347/18/CONS. (Regolamento sugli indennizzi) che vengono così quantificati:

- per l'utenza 0444021XXX, trattandosi sia di linea voce che di servizio internet e quindi di due servizi distinti, si riconosce un indennizzo complessivo pari a € 1.620,00= così quantificato:
 - € 7.50 x 2 (due servizi distinti) x 2 (utenza affari) x 54 giorni di disservizio: dal 19.02.19 (data in cui l'utenza è stata sospesa) al 15.04.2019 (data in cui Windtre, in risposta al procedimento GU5/110270/2019, dichiara di aver provveduto all'attivazione);
- per l'utenza mobile 329 4265XXX si riconosce un indennizzo complessivo pari a € 810,00= così quantificato:

- € 7.50 x 2 (utenza affari) x 54 giorni di disservizio: dal 19.02.19 (data in cui l'utenza è stata sospesa) al 15.04.2019 (data in cui Windtre, in risposta al procedimento GU5/110270/2019, dichiara di aver provveduto all'attivazione);
- per l'utenza mobile 324 8812XXX si riconosce un indennizzo complessivo pari a € 810,00= così quantificato:
- € 7.50 x 2 (utenza affari) x 54 giorni di disservizio: dal 19.02.19 (data in cui l'utenza è stata sospesa) al 15.04.2019 (data in cui Windtre, in risposta al procedimento GU5/110270/2019, dichiara di aver provveduto all'attivazione);
- per l'utenza mobile 347 862XXX si riconosce un indennizzo complessivo pari a € 810,00= così quantificato:
- € 7.50 x 2 (utenza affari) x 54 giorni di disservizio: dal 19.02.19 (data in cui l'utenza è stata sospesa) al 15.04.2019 (data in cui Windtre, in risposta al procedimento GU5/110270/2019, dichiara di aver provveduto all'attivazione);

Per quanto riguarda la richiesta **sub v)** riguardante l'indennizzo per mancata risposta al reclamo si precisa quanto segue: il Gestore afferma di aver fornito, in data 13.06.18, puntuale riscontro al reclamo dell'11.06.18: in realtà la predetta risposta di Windtre non la si può certamente considerare ad ogni effetto come riscontro, in quanto il tenore letterale della stessa - "la sua segnalazione dell'11.06.18 è in gestione, il codice identificativo attribuito è il n. 1105955481" - , contrasta chiaramente con quell'ormai consolidato orientamento AGCOM, in virtù del quale non può ritenersi sufficiente, ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di risposta al reclamo, la semplice circostanza che una risposta in forma scritta vi sia stata, atteso che la disposizione richiamata richiede che essa sia adeguatamente motivata e debba indicare gli accertamenti compiuti.

La stessa affermazione di Windtre che nella propria memoria difensiva dichiara di aver "...regolarmente gestito le segnalazioni di parte istante stornando gli importi per servizi a contenuto ossia *per facta concludentia*...", non può condividersi nella misura in cui Wind Tre ha prodotto una sola nota di credito a storno della somma di € 294,74=, quando invece l'utente, con il sopra citato reclamo, contestava in toto, gli addebiti per servizi a sovrapprezzo per una somma complessiva pari a € 1.841,72=.

Per quanto sopra, quindi, si ritiene che debba essere riconosciuto l'indennizzo per mancata risposta al reclamo nella sua quantificazione massima pari a € 300,00=.

Per quanto riguarda la richiesta **sub vi)** relativa all'indennizzo per l'attivazione di servizi a sovrapprezzo si precisa quanto segue: l'art. 3 della delibera 664/06/CONS testualmente prevede che "*Ai sensi dell'art. 57 del Codice del Consumo è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro preventiva ordinazione da parte dell'utente (...). In caso di attivazioni o disattivazioni di linee o contratti o di forniture di beni o servizi non richiesti gli operatori non pretendono dagli utenti alcuna prestazione corrispettiva e provvedono a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali preesistenti o al ritiro di detti beni. Tutti i costi, tra i quali quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione, sono a carico dell'operatore che ha disposto l'attivazione o la disattivazione della prestazione non richiesta dall'utente, che, pertanto, non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva (...)*".

Quindi, il gestore telefonico, per adempiere formalmente e sostanzialmente al dettato dell'articolo 3 Delibera 664/06/CONS, avrebbe dovuto procedere alla preventiva verifica della volontà inequivoca del cliente prima dell'attivazione di qualsiasi servizio a pagamento: il Gestore, però, non ha fornito prova di aver effettuato tale verifica. Contribuisce, infatti, a confermare tale assunto, il fatto che lo stesso Gestore abbia provveduto, seppur per quota parte, ad emettere note di credito a storno degli importi addebitati quali servizi a sovrapprezzo.

Si precisa, però, che i servizi a sovrapprezzo non possono essere considerati alla stregua di servizi accessori che, come noto, sono identificati quali servizi di comunicazione elettronica aggiuntivi rispetto a quelli di accesso alla rete di comunicazione e quindi si ritiene che non possano rientrare nell'ambito della fattispecie di indennizzo di cui all'art. 9, co. 2 del Regolamento indennizzi.

Pur tuttavia si ritiene che, per quanto sopra specificato, all'utente debba essere riconosciuto lo storno integrale degli importi relativi ai servizi a sovrapprezzo addebitati nelle fatture come sopra indicate.

Per quanto riguarda la richiesta **sub vii)** la stessa non può essere accolta in quanto risulta estremamente generica non consentendo a quest'Autorità di procedere ad alcuna verifica circa l'effettiva debenza e/o correttezza degli importi per i quali viene richiesto lo storno.

Per quanto riguarda la richiesta **sub viii)** si ritiene congruo riconoscere un importo di € 150,00= a titolo di spese di 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, in parziale accoglimento dell'istanza di XXX XXX è tenuta:

a) a stornare, qualora non vi abbia già provveduto, l'importo di € 1.841,72= relativo ai servizi a sovrapprezzo;

b) a liquidare, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, in favore della parte istante i seguenti importi:

- € 1.620,00= a titolo di indennizzo per la sospensione della linea 0444 021XXX;
- € 810,00= a titolo di indennizzo per la sospensione della linea 329 4265XXX;
- € 810,00= a titolo di indennizzo per la sospensione della linea 324 8812XXX;
- € 810,00= a titolo di indennizzo per la sospensione della linea 347 862XXX;
- € 300,00= a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo;
- € 150,00= a titolo di spese di procedura.

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