

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: GU14 n. 535/17 xxxxx /Wind Tre S.p.A.**

Presenti:

ENZO BROGI	<i>Presidente</i>
CHETI CAFISSI	<i>Vicepresidente</i>
ALBERTO LAPENNA	<i>Componente</i>
ELETTRA PINZANI	<i>Componente</i>
MASSIMO SANDRELLI	<i>Componente</i>

Assenti:

Presiede: **Enzo Brogi**

Segretario: **Cinzia Guerrini** *Dirigente della struttura di assistenza al Comitato incaricata della redazione del presente atto*

IL COMITATO REGIONALE per le COMUNICAZIONI

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "*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 "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14 e comma 13;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante il "Codice del consumo" e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 "Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni", in particolare l'art. 30, e il "Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni" (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO l' "Accordo quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai comitati regionali per le comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome", sottoscritto in data 28 novembre 2017;

VISTA la "Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 gennaio 2018", e in particolare l'art. 5, comma 1, lett. e);

VISTA la Delibera Agcom n. 179/03/CSP "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249" e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 73/11/CONS All. A "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori";

VISTA la Delibera Agcom n. 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";

VISTA la Delibera Agcom n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante "Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettroniche" e successive modifiche;

VISTA la Delibera Agcom n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante, "Modifica del Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS",

VISTA l'istanza GU14 n. 535 dell'11 ottobre 2017 con cui la Sig.ra xxxx chiedeva l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società Wind Tre S.p.A. (di seguito, per brevità, Wind Tre) ai sensi dell'art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A (di seguito il "Regolamento");

RILEVATO che, nel caso di specie, trova applicazione, *ratione temporis*, il Regolamento sugli indennizzi vigente al momento della presentazione dell'istanza e, dunque, nella versione precedente alle modifiche introdotte con la Delibera Agcom n. 347/18/CONS;

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

Parte istante, titolare di un contratto *business* con la società Wind Tre, ha contestato l'errata lavorazione del recesso contrattuale dell'utenza n. 327 215xxxx e l'applicazione di penali di recesso a seguito di passaggio ad altro operatore dell'utenza n. 328 9262xxxx.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- nell'agosto 2015, già cliente Wind Tre con l'utenza n. 327 215xxx (codice cliente 504164xxx), stipulava con il medesimo operatore un nuovo contratto su una nuova utenza (n. 328 9262xxxx, codice cliente n. 1156128304xxxx), con abbinato l'acquisto di un apparato *smart phone*, *"tuttavia le condizioni contrattuali applicate risultavano diverse da quelle pattuite"*;
- nel frattempo, in data 25 agosto 2015, inviava all'operatore Wind Tre lettera di recesso con riferimento all'utenza n. 327 2159xxxx *"in quanto non correttamente funzionante"*;
- Wind Tre, con lettera del 2 settembre 2015, non accettava le modalità d'invio del recesso contrattuale per l'utenza n. 327 2159xxxx. Nella comunicazione inviata all'utente precisava *"che la richiesta di disattivazione va inoltrata su Carta Intestata, firmata dal Titolare/Rappresentante Legale oppure Delegato, con allegato l'avviso di ricevimento della raccomandata"*;
- in data 25 febbraio 2016 riceveva un sollecito di pagamento ad oggetto *"lettera di messa in mora Codice cliente N Utenza 54164xxxx"* in relazione all'utenza n. 327 2159xxxx;
- decideva di passare a nuovo gestore, visti i problemi di fatturazione riscontrati con Wind Tre; la sim n. 328 9262xxxx veniva, quindi, disattivata in data 9 giugno 2016 per passaggio ad altro operatore
- in data 9 luglio 2016, per il tramite dell'associazione di consumatori di riferimento, inviava un fax di reclamo, con il quale chiedeva *"la chiusura del contratto in gratuità", "storno totale morosità pendente ed invio di nota di credito", "ritiro della pratica di recupero crediti"* oltre indennizzo per tutti i disagi subiti.
- con lettera del 12 luglio 2016, la società Wind Tre accoglieva il reclamo del 9 luglio 2016 lavorando la disdetta con storno delle penali (l'utenza n. 327 2159xxxx); con la lettera veniva comunicato che sebbene *"la (...) richiesta non [fosse] conforme come già comunicato con una lettera da Wind, ma in via eccezionale [veniva] stornato l'importo delle penali nella fattura 2016T000226464 con NDC 910492290"*;

DELIBERAZIONE
n. 102 del 10 novembre 2020

- tuttavia continuava a ricevere fatture per il numero 327 2159xxxx e un altro sollecito di pagamento.
- con riferimento all'utenza n. 328 9262xxxx, in data 26 luglio 2016, per il tramite dell'associazione di consumatori di riferimento, inviava un fax di reclamo con il quale, indicando la contestazione circa le condizioni contrattuali, chiedeva a Wind Tre di procedere ad un ricalcolo della fattura di chiusura che non contenesse penali per recesso anticipato, dichiarandosi disponibile solo al pagamento delle residue rate del telefono;
- il reclamo non riceveva risposta alcuna e gli veniva recapitato un sollecito di pagamento del 18 novembre 2016; restava, quindi, in attesa della risposta per il ricalcolo della maxi rata finale;
- perveniva lettera di risoluzione contrattuale del 20 gennaio 2017 e ad aprile 2017 l'operatore Wind Tre applicava il blocco del codice IMEI, rendendo l'apparecchio telefonico inutilizzabile.

In data 21 luglio 2017 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore Wind Tre tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

- i) *“rimborso spese procedure”;*
- ii) *“chiusura dei contratti in gratuità”;*
- iii) *“storno di tutta la morosità pendente ed invio nota di credito”;*
- iv) *“ricalcolo fattura di chiusura con rate residue telefono”;*
- v) *“sblocco IMEI telefono”;*
- vi) *“indennizzo per tutti i disagi subiti”;*
- vii) *“ritiro pratica recupero crediti a spese del gestore”.*

2. La posizione dell'operatore.

La società Wind Tre, in data 13 novembre 2017, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato, nella quale ha preliminarmente ricostruito la *“vicenda contrattuale”* evidenziando che *“l'istante lamenta genericamente il blocco imei, le penali per recesso e la mancata gestione della disdetta”*.

Preliminarmente l'operatore ha precisato *“che il cliente aveva con la scrivente attivi i seguenti contratti:*

- *n. 1073691012434, codice cliente 504164750, per la sim 327215xxxx attivata con listino All Inclusive Business Unlimited in data 18/07/2013 con variazione in ricaricabile con listino AII Inclusive Aziende Ricaricabile Unlimited in data 28/04/2015.*
- *n. 1156128304016, codice cliente P1067552884, attivo sulla sim pre-notax 3289262xxxx dal 19/08/2015 e disattivato in data 09/06/16 per cessazione sim donor - All Inclusive Unlimited PIVA Ricaricabile + contratto telefono incluso n. 35928306695xxx (KIT AppleiPhone 6 64GB silver+SIMnano1E) attivo dal 19/08/15*
- *contratto n. 1156357669161, codice cliente P1069676665, attivo sulla linea 05093xxx dal 11/09/2015 con opzione All Inclusive ADSL Affari - accesso WLR attivo dal 08/09/2015 al 26/07/2016- promo Super, attiva dal 11/09/15- contratto disattivato in data 26/07/2016 per notifica asincrona”.*

L'operatore ha dedotto, nel merito, che la *“domanda attorea non merita accoglimento in quanto infondata in fatto e in diritto”*, deducendo quanto segue:

- “per la sim 327215xxxx si evidenzia che in data 16/07/2013 perveniva proposta di contratto per l’attivazione di una sim postpagata in portabilità da altro gestore; che veniva attiva in data 18/07/2013 (ALLEGATO 1, 2) e successivamente, in data 28/04/2015 su richiesta del cliente veniva mutata in ricaricabile”;
- “[p]arte attrice, in data 27/08/15, inviava richiesta di cessazione della sim 327215xxxx associando erroneamente tale numerazione al codice cit P1067552417. Tale richiesta non veniva gestita in quanto la pec non era certificabile. Veniva quindi dato riscontro al reclamo come da allegato (ALLEGATO 3, 4). Successivamente Federconsumatori, in data 13/06/2016, inoltrava reclamo con cui il cliente contestava la mancata disattivazione della linea 327/215xxxx con pec inviata il 28/8/2015, reclamando il rimborso fatture e indennizzo per i disagi subiti”;
- Wind Tre “procedeva con emissione di nota di credito di €122,00 in riferimento alla fattura 2016T000226464 a storno della penale per risoluzione contrattuale per inadempimento. Si forniva regolare riscontro (Allegato 5 e 6)”.

Inoltre Wind Tre, “[p]er quanto attiene invece i codici clienti P1067552417 e P1069676665 [ha dedotto che] si accertava che in data 30/01/16 perveniva reclamo da dealer con cui il cliente reclamava la mancata applicazione della promo Super All Inclusive Unlimited e AII Inclusive Unlimited PIVA Ricaricabile che prevedeva il costo di €44,95 euro/mese con due codici clienti diversi ma con convergenza attiva su fisso e mobile; lato mobile fatturava correttamente, lato fisso veniva attivata la Promo All Inclusive - sconto 15 euro x sempre in data 30/01/16 e venivano predisposti le rettifiche amministrative nel seguente modo:

ft n.7416906523 storno di canoni € 15.00+ iva 3.30

ft. n.7420329374 storno di canoni € 40.00+ iva € 8.80

ft n.7302899094 storno di canoni € 39.03+ iva € 8.59 (Allegato 1)

Il giorno 26/07/16 veniva disattivata la linea fissa per passaggio ad altro operatore e il giorno successivo perveniva fax della Federconsumatori dove veniva richiesto il non pagamento della penale abbinata alla sim 3289262xxxx, disattivata in data 09/06/16 per passaggio ad altro operatore e cpe disattivato anticipatamente. Il reclamo veniva gestito e respinto in data 02/09/16 come da allegati. in quanto i costi addebitati erano relativi alle rate dei terminali. A seguito del mancato pagamento delle fatture veniva bloccato l’IMEI del telefono in data 05/04/17 (Allegato 2)”.

Per quanto riguarda “la mancata gestione della disdetta” Wind Tre ha dedotto “di aver già regolarizzato la posizione contabile”.

Per quanto riguarda “l’addebito delle rate del terminale e della maxi rata finale”, Wind Tre ha dedotto che “il contratto e le condizioni contrattuali allegate nonché le procedure attive sui sistemi della scrivente prevedono chiaramente che la disattivazione della sim prima della scadenza comporta l’addebito della rata finale”, richiamando quanto disposto “Telefono incluso” delle Condizioni Generali di Contratto.

L’operatore ha, quindi dedotto, che deve essere respinta la richiesta di “storno delle fatturazioni relative alla chiusura contratto, [in quanto] il cliente [sarebbe] omaggiato del terminale di ingente valore, con ciò determinando un ingiustificato arricchimento di parte istante a danno della convenuta in violazione quindi, dell’art. 2041 del codice civile. Le rate dei terminali non sono e non possono essere considerate pertanto delle penali. Preme richiamare inoltre l’art. 8, rubricato “Blocco codice IMEI e risoluzione del contratto da parte di WIND” dell’allegato Telefono incluso delle Condizioni Generali di Contratto che recita: “Nel caso di mancato pagamento anche di una sola rata del prezzo del Terminale (salvo il disposto dell’art. 1525 del cod. civ), WIND, previo apposito avviso, avrà facoltà di effettuare il blocco

del codice IMEI (International Mobile Equipment Identity) laddove disponibile del Terminale, in seguito al quale lo stesso non potrà più essere utilizzato. In ogni caso di sospensione del servizio radiomobile relativo della Carta SIM Ricaricabile o dell'Abbonamento e/o risoluzione da parte di WIND, disposto secondo quanto previsto dalle condizioni generali di contratto relative ai servizi di telecomunicazioni WIND (art 11 delle condizioni generali di contratto), verificatasi prima della scadenza del Contratto, il Cliente perderà il beneficio della dilazione di pagamento e sarà tenuto all'immediato pagamento degli importi ancora dovuti a WIND in base al Contratto. WIND provvederà allo sblocco del codice IMEI entro 3 giorni lavorativi successivi all'accertamento del versamento delle somme dovute dal Cliente. Nel caso di mancato pagamento entro 30 giorni dalla data del blocco del codice IMEI WIND potrà risolvere il Contratto ai sensi dell'art. 1456 del Codice Civile. In tal caso, le rate pagate resteranno acquisite da WIND a titolo di indennità, fatto salvo in ogni caso il diritto di WIND al risarcimento dell'eventuale danno ulteriore".

In conclusione, l'operatore ha dedotto di aver "effettuato non solo tutte le attività richieste dalla normativa regolamentare e prodotto tutta la documentazione necessaria a codesto Corecom per valutare la questione al fine di escludere qualsivoglia responsabilità in capo alla scrivente".

Infine l'operatore ha evidenziato che l'utente presenta, "alla data [del deposito della memoria, un insoluto complessivo pari ad 1534.79 euro di cui 374,75 euro relativo al codice cliente 504164xxx e 1160.04 relativi ai codici clienti P1067552884 e P1069676665".

3. Motivazione della decisione.

In primis occorre precisare che:

- la presente disamina dovrà limitarsi alla trattazione delle problematiche lamentate inerenti le utenze mobili, e non la parte fissa del contratto non oggetto di contestazioni da parte dell'istante;
- non è ammissibile la richiesta *sub ii)* di "chiusura dei contratti", in quanto, sul punto, è cessata la materia del contendere, risultando non più attive sui sistemi Wind Tre le utenze in questione, come dichiarato dall'operatore medesimo in memoria;
- con riferimento alla domanda *sub v)* circa lo "sblocco IMEI telefono", la stessa esula dalle competenze dell'Autorità ai sensi dell'art. 19, comma 4, del vigente Regolamento, atteso che l'oggetto della pronuncia è limitato agli eventuali rimborsi/indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità;
- con riferimento alla domanda *sub vi)* d'"indennizzo per tutti i disagi subiti" si ritiene che in un'ottica di *favor utentis*, anche le istanze inesatte o imprecise, debbano essere interpretate secondo il loro significato più logico e pertinente rispetto alla questione da esaminare, in conformità di quanto statuito con le soprarichiamate "Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche". In particolare, anche tale richiesta, in applicazione di un criterio di ragionevolezza ed efficienza dell'azione, potrà essere interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal *nomen iuris* indicato dalla parte istante.

Pertanto la presente disamina s'incentrerà sull'erronea gestione del recesso contrattuale relativo all'utenza mobile n. 327 215xxx (codice cliente 504164xxx), alla fatturazione dei costi per il recesso anticipato relativo al codice contratto n. 1156128304xxxe sul blocco dell'IMEI dell'apparato incluso nel contratto medesimo (utenza n. 328 926xxxx).

Nel merito:

Sulla ritardata gestione del recesso contrattuale sull'utenza n. 327 215xxxx

DELIBERAZIONE
n. 102 del 10 novembre 2020

L'istante ha lamentato la mancata lavorazione della disdetta contrattuale inviata all'operatore per PEC in data 25 agosto 2015, asserendo di aver continuato a ricevere la fatturazione per l'utenza n. 327 215xxxx, anche dopo il ricevimento della missiva da parte dell'operatore di accettazione del recesso.

La domanda *sub i)* può trovare accoglimento nei termini di seguito esposti.

Sul punto si rileva che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1335 Codice civile, la disdetta contrattuale si reputa conosciuta nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia. Questo principio generale deve essere letto alla luce delle Condizioni Generali di Contratto secondo le quali *"all'art. 9 prevedono per il servizio Voce che: "Il cliente potrà recedere dal contratto in qualsiasi momento, senza spese giustificate da costi dell'operatore, con preavviso di trenta giorni. Il recesso avrà effetto decorsi trenta giorni dal ricevimento della comunicazione"*.

Nel caso di specie, l'operatore Wind Tre ha ricevuto la comunicazione di recesso contrattuale, inviato dall'utente a mezzo raccomandata PEC, in data 25 agosto 2015; pertanto il contratto avrebbe dovuto ritenersi risolto a far data 24 settembre 2015.

Per quanto sopra esposto, in accoglimento della richiesta *sub iii)*, l'istante ha diritto alla regolarizzazione della propria posizione amministrativa dell'istante mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento) di tutta la fatturazione emessa con riferimento al periodo successivo alla data del 24 settembre 2015 (data di efficacia del recesso contrattuale) fino a conclusione del ciclo di fatturazione, al netto di quanto delle note di credito già erogate dall'operatore; in accoglimento della domanda *sub vii)*, dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Viceversa, non può trovare accoglimento la richiesta *sub vii)*, atteso che il disservizio conseguente alla mancata lavorazione della disdetta, di cui l'utente si duole, non configura un'ipotesi di attivazione di servizio non richiesto, ma, tutt'al più, di indebita fatturazione che, secondo il costante orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, esclude il riconoscimento dell'indennizzo in quanto non riconducibile, neanche in via analogica, ad alcuna delle fattispecie di cui al Regolamento sugli indennizzi.

Sulla fatturazione contestata a titolo di recesso anticipato con riferimento al contratto di cui al codice contratto n. 115612830xxxx e sul blocco dell'IMEI dell'apparato incluso nel contratto.

Si ritiene che le doglianze relative al ricalcolo della fattura di chiusura contenente le rate residue telefono e al blocco del codice IMEI potranno essere prese in esame congiuntamente, atteso che riguardano la contestazione dei costi emessi a seguito della disattivazione anticipata dell'utenza n. 328 9262xxx, alla quale risultava connesso l'acquisto di un apparecchio telefonico a rate.

Le doglianze sopracitate meritano accoglimento, nei termini e nei limiti di seguito esposti.

Nel merito occorre innanzitutto stabilire se la fattispecie in esame debba essere inquadrata come recesso anticipato secondo le previsioni legislative contenute nel c.d. decreto Bersani, convertito con legge n. 40/2007 - che ha introdotto una specifica disciplina dei vincoli temporali al contratto e del recesso nel settore delle comunicazioni elettroniche - o come risoluzione per inadempimento dell'operatore.

Nel caso di specie, in ragione di una erronea applicazione delle condizioni contrattuali relativamente alla parte del contratto di telefonia fissa, non oggetto del contenzioso, e di telefonia mobile, parte istante ha dichiarato di aver deciso di recedere dal contratto. In merito alla contestata difformità, l'operatore Wind Tre ha ammesso, in memoria, l'errore occorso e affermato di aver provveduto a regolarizzare la posizione dell'istante, il quale decideva di recedere, incorrendo nell'applicazione delle penali di recesso e della *"maxi rata finale"*. Agli atti del procedimento l'operatore ha allegato la fattura n. 7312686000

DELIBERAZIONE
n. 102 del 10 novembre 2020

del 2 agosto 2016, riferita al periodo di fatturazione 21 maggio 2016 – 20 luglio 2016, contenente l’addebito delle rate residue pari ad euro 450,88, riportante le rate dalla decima alla trentesima inclusa.

L’operatore, da parte sua, ha dedotto che tali costi erano legittimi, atteso che il recesso era stato effettuato in maniera anticipata rispetto al vincolo di durata contrattuale, deducendo la correttezza dell’*“addebito delle rate del terminale e della maxi rata finale”* (fattura emessa il 2 agosto 2016) sulla base del *“contratto e delle condizioni contrattuali allegate”*. Tuttavia la lettera di preavviso di risoluzione contrattuale inviata dall’operatore è del 20 gennaio 2017, posteriore di diversi mesi dall’addebito della maxi rata finale allegata in atti collegata all’apparecchio telefonico.

Nel caso di specie deve rappresentarsi che l’operatore non ha indicato, in modo chiaro e trasparente, né in memoria, né si evince dalla documentazione prodotta inerente all’utenza n. 328 9262xxxx quali costi l’utente avrebbe dovuto sostenere in caso di recesso anticipato da un contratto che prevedeva offerte promozionali e vincoli di durata. In particolare, deve evidenziarsi che, sulla base quanto prodotto in atti, non è dato sapere se tali costi siano stati accettati dall’utente al momento dell’adesione contrattuale, né ha chiarito i costi riferiti alle rate residue del terminale, pur in presenza di una richiesta precisa dell’utente, rispetto alla quale non ha provato di averla esaminata e gestita.

Al riguardo deve richiamarsi l’ormai consolidato orientamento giurisprudenziale e dell’Autorità che hanno fatto applicazione dell’art. 1218 c.c., norma secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Secondo l’Agcom *“l’operatore dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l’inadempimento o l’inesatto adempimento denunciati saranno confermati”* (Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, paragrafo III.4.2).

Wind Tre avrebbe dovuto, pertanto, dimostrare quali fossero le condizioni di favore praticate al cliente quale fosse l’entità dello squilibrio contrattuale che il recesso anticipato dell’utente avrebbe causato alla società, nonché la previsione contrattuale dei costi di recesso di cui al contratto n. 115612830xxxx, codice cliente P1067552xxxx ovvero l’accettazione da parte dello stesso utente.

Alla luce di quanto sopra esposto, in assenza di prova contraria, l’istante ha diritto alla regolarizzazione della propria posizione contabile amministrativa mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) nonché il ritiro a propria cura e spese dell’eventuale connessa pratica di recupero del credito di quanto fatturato dopo la data del 9 giugno 2016, data dell’esaurirsi anticipato del vincolo contrattuale di cui al codice contratto n. 1156128304xxxx, al netto degli importi dovuti per gli apparati (contratto telefono incluso n. 359283066958xxxx, collegato alla SIM n. 328 9262xxxx).

Quanto all’indennizzo per il blocco dell’IMEI del cellulare acquistato, si ritiene che la richiesta debba essere parzialmente accolta per le ragioni di seguito esposte.

In primis si richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, Cass. Civ. 9 febbraio 2004 n. 2387, e da ultimo Cass. Civ. sez. II 20 gennaio 2010 n. 936) in tema di prova dell’inadempimento di un’obbligazione secondo cui *“il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l’inadempimento deve solo provare la fonte (negozia/e o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall’onere della prova del fatto estintivo dell’altrui pretesa, costituito dall’avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l’inadempimento dell’obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell’inesattezza dell’adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell’adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l’onere di dimostrare l’avvenuto esatto adempimento”*. In mancanza di prova dell’esatto adempimento da parte del fornitore, si presume la responsabilità contrattuale di questi, a meno che lo stesso non provi, ex art. 1218

c.c., che *“l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*.

Grava, dunque, sul fornitore l’onere di dimostrare l’avvenuto esatto adempimento o che l’inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 Cod. Civ., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle Condizioni Generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Inoltre, per la risoluzione della fattispecie che ci occupa, devono essere presi in debita considerazione anche i principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali, e, in particolare, quanto prescritto dagli articoli 1175 e 1375 Cod. Civ. rispettivamente in materia di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto.

Detti principi, vista la natura professionale del soggetto coinvolto, devono essere interpretati, in conformità a quanto previsto dall’Articolo 1176 Cod. Civ., con particolare rigore.

L’Articolo 1176, comma 2, Cod. Civ., infatti, graduando la violazione della diligenza sulla natura dell’attività esercitata, esige dall’operatore professionale un grado di perizia qualificata nell’adempimento delle obbligazioni.

Nel caso in esame risulta che fra le parti vigesse un contratto relativo alla fornitura di servizi di telefonia mobile, cessato a seguito della portabilità dell’utenza *de qua* verso altro operatore. L’utente ha dedotto di aver sporto un reclamo all’operatore Wind Tre dove veniva richiesto il ricalcolo della fattura di chiusura onde consentire il pagamento dell’apparato cellulare acquistato. L’operatore ha, di contro, rappresentato che, in conseguenza del mancato pagamento, ha provveduto al blocco dell’*“l’IMEI del telefono in data 05/04/17”*. L’operatore ha, altresì, indicato in memoria di aver gestito il reclamo respingendolo con risposta del 2 settembre del 2016. Attesa la contestazione di parte istante, tuttavia non risulta provato ricevimento del riscontro suddetto, lasciando l’utente privo di indicazioni circa il ricalcolo della fattura di chiusura. Soprattutto non risulta che l’istante abbia ricevuto da parte dell’operatore un preavviso del blocco del cellulare che, da quel momento in poi, si è reso inutilizzabile per l’utente stesso.

Ciò posto, l’operatore Wind Tre non ha fornito alcuna prova della causa esimente la responsabilità come richiesto dall’art. 1218 sopra richiamato; ne consegue che deve essere riconosciuto all’istante un indennizzo proporzionato al disagio subito.

Ai fini della quantificazione dell’indennizzo, trattandosi di fattispecie non espressamente regolata dal Regolamento sugli indennizzi di cui all’Allegato A della Delibera Agcom n. 73/11/CONS, deve farsi riferimento all’art. 12, comma 3, che prevede che in tali ipotesi trovino applicazione le misure di indennizzo giornaliero previste per i casi simili dal medesimo Regolamento.

La negata possibilità di utilizzare il terminale può infatti essere equiparata alla irregolare erogazione del servizio di cui all’art. 5, comma 2 del Regolamento sugli indennizzi, atteso che l’utente poteva comunque usufruire del servizio di telefonia mobile su altri apparecchi, circostanza che esclude che la presente fattispecie possa essere ricondotta a quella di completa interruzione del servizio di cui al comma 1 del citato art. 5.

Ciò posto, per quanto concerne l’intervallo temporale rispetto al quale calcolare l’indennizzo si individua il *dies a quo* nel data del 4 aprile 2017 e il *dies ad quem* nel giorno 11 ottobre 2017 (data del deposito dell’istanza di definizione).

Ne consegue che parte istante avrà diritto all’importo complessivo di euro 475,00 (euro 2,50 x 161 giorni di disservizio in relazione al blocco del codice IMEI collegato al cellulare di cui alla SIM n. 328 9262xxxx).

DELIBERAZIONE
n. 102 del 10 novembre 2020

Infine si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell'istante, ai sensi dell'art.19, comma 6, del Regolamento, la somma forfettaria di euro 100,00 a titolo di spese di procedura.

VISTI la relazione istruttoria redatta dalla Dott.ssa Elisabetta Castelli, responsabile del procedimento e lo schema di decisione predisposto dal Dirigente Dott.ssa Cinzia Guerrini, ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

UDITA l'illustrazione del Dirigente, Dott.ssa Cinzia Guerrini svolta su proposta del Presidente nella seduta del 10 novembre 2020;

D E L I B E R A

In parziale accoglimento dell'istanza presentata da xxxx nei confronti dell'operatore Wind Tre S.p.A., che detto operatore provveda a:

- 1) corrispondere, mediante assegno o bonifico bancario:
 - a) la somma di euro 475,00 a titolo d'indennizzo per il blocco del codice IMEI collegato al cellulare di cui alla SIM n. 328 9262xxxx;
 - b) la somma di euro 100,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e delle Linee Guida approvate con la Delibera Agcom n. 276/13/CONS.
- 2) a regolarizzazione della posizione contabile amministrativa dell'istante, oltre al ritiro a cura e spese del gestore dell'eventuale connessa pratica di recupero del credito mediante lo storno (ovvero il rimborso mediante assegno o bonifico bancario):
 - a) di tutta la fatturazione emessa in relazione all'utenza n. 327 2159xxxx con riferimento al periodo successivo alla data del 24 settembre 2015 (data di efficacia del recesso contrattuale) fino a conclusione del ciclo di fatturazione, al netto di quanto delle note di credito già erogate dall'operatore;
 - b) di quanto fatturato dopo la data del 9 giugno 2016, data dell'esaurirsi anticipato del vincolo contrattuale di cui al codice contratto n. 115612830xxxx al netto degli importi dovuti per gli apparati (contratto telefono incluso n. 359283066958xxxx, collegato alla SIM n. 328 9262xxxx).

Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o rimborso di cui ai precedenti punto 1, lettera a) e punto 2, dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS Allegato A, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11, D.lgs. n. 259/2003.

L'operatore è tenuto, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

DELIBERAZIONE
n. 102 del 10 novembre 2020

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del CoReCom, nonché trasmessa all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per gli adempimenti conseguenti.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Il Segretario
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)