

| | | |
|---|-----------------|---|
|  | Presidente | Marco Mazzoni Nicoletti |
| | Vice Presidente | Fabrizio Comencini Stefano Rasulo Enrico Beda Edoardo Figoli |
| | Dirigente | Stefano Danieli |

Deliberazione n. 2 del 12 GENNAIO 2022

OGGETTO: Definizione della controversia M. M. / WIND TRE (VERY MOBILE) (GU14/416969/2021)

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 |
|-------------------------|----------|---------|
| Marco Mazzoni Nicoletti | X | |
| Fabrizio Comencini | X | |
| Stefano Rasulo | X | |
| Enrico Beda | X | |
| Edoardo Figoli | X | |

Preso atto altresì della presenza dell'Avv. Stefano Danieli, Dirigente Capo del Servizio Diritti della Persona del Consiglio regionale del Veneto e della presenza della Sig.ra Arianna Barocco, delegata dallo stesso alla verbalizzazione;

Vista la Legge regionale 10 agosto 2001, n. 18 ed in particolare l'art. 7 "*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 l'Avv. Stefano Danieli, Dirigente Capo del Servizio Diritti della Persona 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 M. M. del 21/04/2021 acquisita con protocollo n. 0189339 del 21/04/2021;

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 dichiara di aver fatto la richiesta di chiusura e rimborso del credito accumulato del numero 320760XXXX tramite raccomandata inserendo tutti i moduli corretti, ma dopo diverso tempo viene contattata telefonicamente da un operatore sgarbato che le dice che non aveva inserito il numero da chiudere, cosa per altro non vera. Invia quindi una pec con l'indicazione del numero da chiudere, come suggerito dall'operatore e dopo qualche giorno il numero viene chiuso. Aspettando il rimborso nei tempi stabiliti per legge e non vedendo arrivare il rimborso (trattandosi di € 1495,00 tutti con ricariche dimostrabili) l'utente chiama il call-center (159) che le riferisce che non possono rimborsare l'importo perché la pratica è stata chiusa con la seguente motivazione assurda "credito non rimborsabile perché riconducibile a bonus". L'utente viene altresì informato che per poter comunicare con l'amministrazione deve inviare una pec: provvede in tal senso, ma ad oggi non ha ricevuto nessuna risposta. Con memoria di replica depositata in data 01.07.21, l'utente precisa quanto segue: A partire dal fatto che Wind scrive che il numero non risultava a me intestato cosa impossibile perché al momento della sottoscrizione del numero serve il documento; poi dice che il numero è vero risulta intestato a me, poi dice che avevano già rimborsato e si riferivano ad un altro numero; poi dicono che l'errore è di entrambe le parti così assolutamente insensata visto che al momento della disdetta all'interno della raccomandata c'erano due fogli uno per disdetta numero e uno per rimborso credito e effettivamente in uno mancava il numero ma se i fogli sono inviati assieme ci vuole poco capire che se in uno c'è il numero, il numero da chiudere e rimborsare è quello. Poi dicono di avermi chiamata e scritto ma io non ho messaggi né ho chiamate. L'unico contatto che ho io è quello al quale ho risposto e successivamente inviato la pec cosa che l'operatore come già detto era scortese e presuntuoso. Dal momento che io inviavo la pec sono trascorsi più di 60 giorni per legge per loro rimborsarmi il credito visto che per infinite telefonate fatte da me al numero 159 (con servizio estenuante per attesa e non competenza degli operatori che il 90% delle volte non sa dare risposte) mi veniva detto credito non rimborsabile per riconducibilità a credito bonus... bonus de che... questo sarebbe un errore mio? Un errore come dice l'avvocato Wind di entrambe le parti? Le tempistiche sono andate lunghe perché loro non volevano rimborsare per il mio non inserimento di numero... assurdo tutto questo... e comunque io avevo già avviato la pratica con voi prima che loro avessero provveduto al rimborso e comunque ho chiuso la pratica con un mancato accordo perché dopo che loro mi hanno rimborsato non mi stava bene che se ne uscissero così senza nessuna penale, erano fuori termini di legge e per giunta mi hanno fatto attendere molto creandomi molto stress soprattutto essendo in gravidanza ora all'ottavo mese, perché € 1500 euro non sono pochi.

L'utente chiede:

- i. il rimborso del credito residuo di € 1.495,00= sull'utenza 3207600829;
- ii. un indennizzo di € 500,00= per il disservizio subito.

2. La posizione dell'operatore

In via preliminare si eccepisce che il numero 320760XXXX, indicato dall'istante nel presente formulario e nelle comunicazioni allegate al presente procedimento, non è intestato all'utente per cui si richiede l'improcedibilità dell'istanza per carenza di legittimazione attiva. Ferme restando le eccezioni in rito, all'atto della ricezione della presente istanza la convenuta ha comunque avviato le opportune verifiche, all'esito delle quali è emerso quanto segue. L'istante non è titolare della numerazione 320760XXXX oggetto della presente istanza. L'istante era titolare di svariate sim tra cui quella avente numerazione 320760XXXX In data 05 dicembre 2020 inviava modulo di disdetta e modulo di restituzione del credito residuo. La richiesta di cessazione non veniva accolta perché nel modulo di disdetta non era stato indicato il numero da disattivare. I tentativi di contatto avevano esito negativo, per cui veniva inviata comunicazione via sms In

data 16 dicembre 2020 l'istante inviava disdetta conforme, con indicazione del numero 320760XXXX, e richiesta di restituzione del credito residuo. In data 19 dicembre 2020 la numerazione 320760XXXX veniva cessata. L'ente competente, ricevuta la richiesta di restituzione del credito residuo formalizzata dall'utente, si adoperava per soddisfare la richiesta, ma a causa dell'elevato importo accumulato, si rendeva necessaria una scrupolosa ed approfondita analisi al fine di verificare se fosse un credito rimborsabile o frutto di bonus e quindi non monetizzabile. Nelle more l'istante presentava istanza di conciliazione, conclusasi con esito negativo. Completate le verifiche amministrative, la scrivente convenuta, conformemente alle condizioni contrattuali in vigore, predisponendo bonifico di euro 1486,29, avente valuta 15 aprile 2021 e CRO 0623000099222393260320503205ITXP, quale restituzione del credito residuo relativo alla sim 320760XXXX, decurtato di euro 6,00 quale costo di effettuazione dell'operazione. In data 21 aprile 2021 l'utente inviava la presente istanza di definizione. Con il presente procedimento l'istante contesta alla convenuta di non aver provveduto alla restituzione del credito residuo presente sulla sim 320760XXXX. Come indicato in ricostruzione, l'istante non era titolare della numerazione 320760XXXX, ma di altre numerazioni tra cui la numerazione 320760XXXX. La richiesta, così come formalizzata dall'utente, chiama l'operatore ad uno sforzo analitico a cui non è tenuto, nell'iniqua situazione di dover ricostruire l'accaduto, non consentendogli di esercitare appieno il proprio diritto di difesa, non essendo nel caso de quo neppure certa la numerazione oggetto della presente contestazione. Al riguardo si richiama il costante orientamento dell'Autorità, in virtù del quale l'istante deve adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con minimo grado di precisione, quali siano i fatti ed i motivi alla base della richiesta allegando la relativa documentazione (ex plurimis Delibera Agcom 91/15/CIR e 68/16/CIR; Delibere Corecom Toscana n. 14/2016, n.156/2016 e n.157/2016 e Determinazioni Corecom Toscana n. 26/2015 e n. 12/2016) Laddove la contestazione verta sulla numerazione 320760XXXX, si evidenzia che il credito residuo risulta restituito all'istante in data 15 aprile 2021 mediante bonifico. All'atto della presentazione della presente istanza di definizione, il 21 aprile 2021, l'istante aveva quindi già ricevuto il rimborso richiesto. Preme pertanto evidenziare la pretestuosità della suddetta vertenza e delle richieste presentate, come anche regolato ex art. 3, comma II. 1.2., (Limiti alla proponibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione), Delibera 276/13/CONS. La richiesta avanzata da parte istante risulta essere infatti infondata e pretestuosa, posto che la materia del contendere è già cessata, per cui la controversia si profila come lite temeraria, ovvero la volontà di azionare gli strumenti amministrativi a disposizione per far valere non un eventuale diritto, nella consapevolezza o nell'ignoranza dell'infondatezza della propria pretesa ovvero che nessun importo sia dovuto ma anche che alcun danno è indennizzabile. Vigè nel processo civile la figura dell'abuso del diritto, ovvero un comportamento processuale che si porrebbe in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede contrattuale sia con il principio costituzionale del giusto processo, in quanto si tradurrebbe in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo diritto. Queste ultime considerazioni meritano di trovare ingresso anche nei procedimenti di definizione del Corecom, nella misura in cui gli istanti devono farsi carico di un esercizio consapevole e responsabile del diritto di azione che viene loro riconosciuto e che deve essere improntato, anche in questa sede, ai principi di buona fede e correttezza contrattuale oltre che di economia processuale. Si evidenzia inoltre che le comunicazioni allegate dall'istante al presente formulario riportano nell'oggetto il numero 320760XXXX e sono prive di documentazione di consegna. Dopo pochi giorni dal presunto invio ha presentato istanza di conciliazione, con la medesima ed erronea indicazione del numero di telefono. Non avendo fornito un numero di telefono corretto e una ricostruzione idonea dei fatti, si evidenzia un concorso del fatto colposo dell'istante, che è anche causa della nota fornita dall'operatore in fase di conciliazione, in quanto relativa agli estremi del bonifico emesso per la restituzione del credito residuo, ma di un'altra sim dell'istante. La 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" fa espresso riferimento 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". Il codice civile è infatti chiaro nel prevedere all'art. 1227, che "se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza". Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 21 novembre 2011, n. 24406 hanno 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 produrre l'evento lesivo in suo danno” In merito alla richiesta di indennizzo formalizzata dall'utente, si sottolinea infine che alcun disservizio rimborsabile ai sensi del Regolamento di cui alla Delibera n. 437/18/CONS è stato patito dall'istante. Se consideriamo estensivamente tale fattispecie come una sorta di “indebita fatturazione”, sussiste in capo all'istante solo la possibilità di richiedere il rimborso di quanto dovuto. Si veda a tal proposito la Delibera n. 93/17/CONS secondo la quale “[...] non risulta accoglibile la richiesta dell'istante di cui al punto ii), inerente alla liquidazione di un indennizzo per quanto accaduto, atteso che a fronte della fatturazione indebita non sussistono gli estremi per la liquidazione di un indennizzo, bensì la possibilità dell'utente di richiedere lo storno e/o il rimborso degli importi fatturati, ma non dovuti, in conformità a quanto previsto dalla Carta dei Servizi”. Chiede, quindi, di rigettare tutte le richieste dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto e non provate.

3. Motivazione della decisione

All'esito delle risultanze istruttorie, si ritiene che le richieste del ricorrente non possano essere accolte. Per quanto riguarda la richiesta sub i) si ritiene che la stessa si possa considerare assorbita nella misura in cui Windtre dichiara, nella propria memoria difensiva, che l'importo del credito residuo è stato restituito alla ricorrente in data 15.04.21, tramite bonifico bancario di cui ne vengano, per altro, indicati gli estremi identificativi (in particolare viene riportato il CRO - Codice Riferimento Operazione - che consente di dimostrare che l'operazione è stata presa in carico dall'istituto di credito).

Per quanto riguarda la richiesta sub ii) relativa all'indennizzo di € 500,00= per il disservizio subito, si ritiene che la stessa non possa essere accolta, da un lato perché trattasi di un ipotesi di indennizzo che non rientra in alcuna delle fattispecie di cui al Regolamento sugli indennizzi (allegato A, delibera Agcom n. 347/18/CONS.) e, dall'altro, perché il ritardo da parte di Windtre nell'erogare il rimborso, rispetto alle tempistiche contemplate dalle norme regolamentari e contrattuali vigenti, può certamente ascrivere alla necessità, attesa l'entità dell'importo in oggetto, di un'istruttoria il più approfondita possibile, finalizzata, tra le altre cose, a verificare l'effettiva natura del credito maturato e di conseguenza a determinare l'effettiva monetizzabilità.

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. Il rigetto dell'istanza di M. M. nei confronti di WIND Tre S.p.A. per le motivazioni di cui in premessa.
2. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.
3. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Il Dirigente

Avv. Stefano Danieli

Il Presidente

Avv. Marco Mazzoni Nicoletti

Il verbalizzante

Arianna Barocco