

DELIBERA N. 27/2023/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**XXX / Wind Tre (Very Mobile)
(GU14/264714/2020)**

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 12 settembre 2023;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”;

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

VISTA la 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 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. 358/22/CONS;

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 il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: “*Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione*”;

VISTO il vigente Accordo Quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome,

conforme al testo approvato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1° gennaio 2023;

VISTA la “Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni al Comitato Regionale per le comunicazioni tra L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Toscana” sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del Settore “Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione”, con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l’istanza della società XXX, del 07/04/2020 acquisita con protocollo n. 0153117 del 07/04/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

L’istante lamenta la mancata attivazione dell’offerta denominata “*Promo Office Plus 20MB*” sul numero di telefonia fissa affari 0587 69xxxx da parte di Wind Tre (Very Mobile) di seguito, per brevità, Wind Tre, la non conforme applicazione delle condizioni contrattuali per la telefonia mobile.

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

- “*avendo tre prodotti telefonici in uso (1 sim mobile, 1 sim dati e l’ADSL per casa/ufficio) e tre bollette distinte*” si trovava a sostenere, con l’operatore (TIM S.p.A.), un “*costo totale (...) un po’ troppo elevato*”;
- “*nella metà del mese di ottobre 2019 ven[iva] contattato per via telefonica da un operatore della società di telefonia mobile WIND TRE (...) [che proponeva all’utente] (...) l’offerta giusta per la [sua] attività [sia per l’utenza mobile che per l’utenza fissa]*”;
- “*per quanto riguardava la linea mobile e [la] sim dati [di cui, rispettivamente al n. 338 363xxxx e al n. 380 580xxxx] l’offerta in questione si chiama[va] SUPER UNLIMITED [riservata esclusivamente ai titolari di partita Iva] e comprende[va] per un costo totale mensile di 24,99 € [le seguenti condizioni]: Giga illimitati in Italia, 20 Giga in EU, minuti illimitati in Italia e [in] EU, 20 minuti di chiamate internazionali, 500 sms validi in Italia e [in] EU, uno smartphone compreso a 0 € [ed infine] una sim dati 5G con 10 Giga in EU e Giga illimitati per l’Italia*”.

- in relazione alla linea fissa n. 0587 69xxxx, “per quanto riguardava l’ADSL per casa/ufficio, l’offerta in questione si chiama[va] **PROMO OFFICE PLUS 20MB** e comprende[va] per un costo totale mensile di 50 € scontato a 45 € [le seguenti condizioni]: ADSL illimitata a 20 mb, 2 linee telefoniche, chiamate illimitate verso Italia, Europa occidentale, USA e Canada [ed infine un] modem ADSL incluso”;
- il gestore telefonico, a fronte della richiesta di parte istante sulla necessità che “l’ADSL, (...), avesse un buon segnale di ricezione visto che dove ha sede la (...) [propria] attività la stessa ricezione risulta[va] essere difficoltosa”, rispondeva che “non ci sarebbero stati problemi di alcun tipo (...)”;
- parte istante richiedeva all’operatore “tutta la documentazione per aderire e quindi passare sia per la linea mobile sia per l’ADSL al nuovo operatore **WIND TRE**”;
- “il 18/10/19 (...) il [gestore telefonico] invia[va all’utente] la documentazione per l’ADSL e per il rimborso penali nei confronti di **TIM** [in qualità di precedente operatore] visto che era meno di due anni che (...) [parte istante era] loro cliente [ed] il 21/10/19 invece (...) invia[va] la documentazione per la linea mobile e [la linea] dati”;
- in data “23/10/19 compil[ava] tutta la documentazione in questione con l’aiuto telefonico dello stesso operatore, per poi inviarla per mail alle ore 23:44 dello stesso giorno dopo aver allegato [il] documento d’identità e[d] inseri[to] l’IBAN per l’addebito su conto corrente bancario”;
- “il giorno successivo [24/10/19] (...) [veniva] ricontattat[o dall’operatore, il quale] (...) [afferma]va che era tutto a posto per quanto riguardava i documenti [presentati] e che passati pochi giorni [parte istante] sare[bbe] passat[a] a **WIND TRE** sia per la telefonia mobile e dati sia per l’ADSL in casa/ufficio”;
- “il [giorno] 5/11/19 pass[ava] effettivamente [all’]operatore telefonico [Wind Tre, per la linea mobile]”;
- “il giorno successivo [6/11/19] (...) [riceveva] tramite corriere lo smartphone compreso nell’offerta mobile e scopr[iva] che lo stesso non e[ra] idoneo per la linea 5G che [Wind Tre] (...) [aveva offerto] [con la promozione **SUPER UNLIMITED**]”;
- “il giorno 8/11/19 (...) [riceveva] un messaggio da parte della **WIND TRE** dove (...) dic[evano] espressamente che il servizio richiesto [**PROMO OFFICE PLUS 20MB**] non p[oteva] essere attivato per motivi di natura tecnica indipendenti dalla loro volontà”;
- contattava, quindi, il servizio clienti di Wind Tre, il quale comunicava che “il passaggio dell’ADSL per casa/ufficio non poteva essere fatto perché la loro centralina e[ra] situata ad una distanza superiore ai 2,5km dalla (...) attività

[dell'utente e che] pertanto WIND TRE aveva chiuso la pratica d'attivazione [relativa alla linea fissa n. 0587 69xxxx]";

- in conseguenza di ciò, parte istante passava “con l'operatore WIND TRE per quanto riguarda la linea mobile e [rimaneva] con l'operatore TIM per quanto riguarda la linea dati e l'ADSL, rimanendo ai soliti costi totali di prima e peggiorando in maniera notevole la comunicazione con la linea mobile”.

In data 6 marzo 2020 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) “la revoca dei contratti di tutti i servizi iniziati con WIND TRE [compresa] la possibilità di restituire (...) [quanto ricevuto] (...) aderendo all'offerta [SUPER UNLIMITED] per la linea mobile e dati [ovvero] 1 sim voce, 1 sim dati, 1 smartphone [modello] ZTE BLADE A5 2019”;
- ii) la possibilità “di ritornare per quanto riguarda la linea mobile all'operatore telefonico precedente (TIM) (...) senza alcuna penale”
- iii) “l'annullamento dell'addebito bancario”;
- iv) “l'annullamento delle fatture in essere e/o da emettere”;
- v) “l'annullamento di eventuali pratiche di recupero credito”;
- vi) “il riconoscimento dei disagi subiti per [il] servizio promesso e non attivato”.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore Wind Tre, nell'ambito del contraddittorio, ha depositato in data 25 maggio 2020 la propria memoria difensiva, con allegata documentazione, nella quale ha contestato tutto quanto *ex adverso* dedotto come di seguito esposto.

L'operatore ha precisato che le contestazioni dell'istante sono riferite alla linea fissa n. “0587 69xxxx [...] mai attivata sui sistemi Wind Tre” ed ai seguenti “prodotti/servizi mobili:

Contratto	Nome	Service ID	Piano Tariffario	Stato	Data attivazione	Data cessazione	Causale cessazione
1480887	Mobile	38058	SUPER Giga Unlimited	Attivo	30/10/2019		
1480887	Mobile Ricaricabile	33836	SUPER Unlimited	Inattivo	30/10/2019	20/01/2020	MNP Donation
1480887	CPE Fonia	86538204		Attivo	04/11/2019		

“In rito”, preliminarmente, l'operatore ha eccepito “l'improcedibilità o inammissibilità della presente istanza di definizione [ex] art. 20, comma 4 [e comma 5], [della] Delibera 353/19/CONS limitatamente alla domanda di risarcimento del danno”. Sul punto, il gestore telefonico ha altresì richiamato “la delibera n. 19/14/CIR [che] con riferimento alla delibera 173/07/CONS chiariva che: la liquidazione del risarcimento dei danni esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle

controversie di cui alla delibera n. 173/07/CONS, è chiamata a verificare solo la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento e che, pertanto, la domanda dell'istante (...), di risarcimento del danno, non può trovare accoglimento in questa sede".

"Nel merito", l'operatore ha dedotto che "in data 30/10/2019 perveniva [da parte istante] alla scrivente convenuta [la] proposta di contratto per l'attivazione del servizio fisso, con offerta Office Plus, con tipologia di accesso ADSL, sulla linea n. 058769xxxx e per una nuova linea con nuova numerazione e, contestualmente, per l'attivazione di 1 SIM ricaricabile, con piano tariffario Super Unlimited e portabilità della numerazione 338363xxxx, un 1 Cellulare ZTE Blade e 1 SIM dati con piano tariffario Super Giga Unlimited (doc. 1_Proposta di Contratto)".

Il gestore telefonico ha, quindi, precisato che *"le SIM n. 338363xxxx e n. 380580xxxx si attivavano in pari data [30/10/2019]"*.

"In merito al servizio fisso, [il gestore ha quindi specificato che] risaliva sui sistemi un esito negativo e nonostante il reiterno dell'ordine di attivazione, perveniva un ko definitivo per centralina distante, infatti, risultava una distanza, dall'ubicazione della sede del cliente, maggiore di 2.500 metri e la qualità del doppino era insufficiente a garantire i livelli di servizi previsti dall'offerta, inoltre, non essendo disponibili ulteriori tipologie di accesso nella zona, non era possibile proseguire con l'attivazione del servizio per impossibilità tecnica".

Sul punto Wind Tre ha evidenziato, in memoria, che *"la tipologia di accesso ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), necessita dell'intervento dell'operatore Wholesale, pertanto non si tratta di un accesso nella totale gestione diretta di Wind Tre (doc. 1_Proposta di Contratto)".*

L'operatore ha dichiarato che *"al termine di tutte le verifiche, in data 08/11/2019, così come confermato dall'istante nella relazione depositata nel fascicolo documentale, (...) [aveva] inviat[o] comunicazione di chiusura definitiva dell'ordine, in quanto impossibilitati nel proseguire le operazioni di attivazione del servizio per cause tecniche indipendenti dalla volontà di Wind Tre ed in conformità con quanto disposto dall'art. 3.2 delle Condizioni Generali di Contratto (doc. 2_Condizioni Generali di contratto)".*

Wind Tre ha quindi dedotto che *"non avendo potuto attivare il servizio fisso non si perfezionava neppure il relativo contratto, ex art. 2.2 delle Condizioni Generali di Contratto (doc. 2_Condizioni Generali di contratto), [e di conseguenza] l'utenza (...) [n. 0587 69xxxx] restava attiva presso l'operatore Donating [Tim]"*.

Sul punto il gestore telefonico ha sottolineato che *"non essendosi mai attivato il servizio fisso sui sistemi Wind Tre, alcun costo veniva fatturato per tale servizio (...) [così come riportato] a titolo di esempio [nel]la prima fattura emessa n. 2019T00110xxxx [allegata in memoria], (...) dalla quale si evince che venivano fatturati soltanto i costi relativi alle utenze mobili, regolarmente attivate come da*

contratto sottoscritto, [di conseguenza a detta dell'operatore] (...) le fatture emesse sono dovute".

Il gestore telefonico ha poi precisato che *"in data 20/01/2020 si disattivava sui sistemi Wind Tre l'utenza mobile n. 338363xxxx, avente listino SUPER Unlimited, per volontaria migrazione verso altro Gestore, di fatto interrompendo il rapporto contrattuale prima della naturale scadenza contrattuale".*

Wind Tre ha richiamato, in memoria, le condizioni generali di contratto applicate, in particolare l'*"Art. 3.2 [relativo all'] erogazione del Servizio [secondo cui] la modalità di accesso in copertura di rete Wind per l'erogazione del Servizio Voce potrebbe non essere disponibile per varie cause tra cui (...) a titolo puramente esemplificativo (...) [la] dislocazione del Cliente a distanze non compatibili con le prestazioni tecniche del Servizio (...) [e] l'Art. 2.2 [relativo all'] accettazione da parte di Wind e conclusione del contratto [secondo cui] il contratto di abbonamento (...) si perfeziona nel momento in cui Wind comunica per iscritto la propria accettazione ovvero consegna l'Apparecchiatura ovvero attiva il Servizio (...)".*

Sul punto, il gestore telefonico ha quindi specificato che *"l'istante nel momento in cui ha firmato la proposta di contratto Wind Tre per l'attivazione delle utenze de quo ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 Cod. Civ., di approvare specificamente le clausole delle Condizioni generali di contratto e tutti gli Allegati".*

Wind Tre ha poi dedotto in memoria che *"l'eventuale fatturazione indebita trova il suo soddisfacimento attraverso la restituzione degli importi addebitati in fatture o mediante lo storno degli stessi nel caso in cui non siano stati corrisposti dall'istante, mentre non è accoglibile alcuna richiesta di indennizzo [richiamando a supporto della propria posizione] la Delibera n. 93/17/CONS secondo la quale "(...) non risulta accoglibile la richiesta dell'istante (...), 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 e la Delibera del 172/16 che ribadisce che l'eventuale attivazione di un listino errato comporta solo l'eventuale correzione e non anche un indennizzo".*

L'operatore ha, infine, concluso affermando che *"per i motivi sopra esposti le richieste avanzate da controparte non possono trovare accoglimento [con la precisazione, in relazione alla situazione contabile, che] l'istante attualmente ha una posizione amministrativa regolare".*

3. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dall'istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

In primis si osserva che:

- con riferimento alle domande *sub i)* volta ad ottenere “*la revoca dei contratti di tutti i servizi iniziati con WIND TRE [compresa] la possibilità di restituire (...) [quanto ricevuto] (...) aderendo all’offerta [SUPER UNLIMITED] per la linea mobile e dati [ovvero] 1 sim voce, 1 sim dati, 1 smartphone [modello] ZTE BLADE A5 2019*” e la domanda *sub iii)* volta all’“*annullamento dell’addebito bancario*”, si osserva che la stessa non può formare oggetto della presente pronuncia in quanto la risoluzione contrattuale è un’attività rimessa alla disponibilità negoziale delle parti da esercitare nei modi e nelle forme disposte dalle Condizioni generali di contratto (Cfr. Delibera Agcom n. 169/19/CIR) e che, in quanto tale, esula dalla cognizione di questa Autorità;
- la richiesta *sub ii)*, per la parte volta ad ottenere la possibilità “*di ritornare per quanto riguarda la linea mobile all’operatore telefonico precedente (TIM)*” non può essere oggetto della presente disamina in quanto si rileva che, con riferimento all’utenza mobile ricaricabile n. 338 363xxxx con profilo “*Super Unlimited*”, è superata la materia del contendere poiché la suddetta utenza risulta cessata in Wind Tre in data “*20/01/2020 [con causale cessazione] MPN Donation*”, secondo quanto dichiarato in memoria dall’operatore e non contestato dall’utente;
- con riferimento alla domanda *sub vi)* volta ad ottenere il risarcimento per i disagi conseguenti alla mancata attivazione del contratto si rileva che, ai sensi dell’art. 20, comma 4, del vigente Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazione elettronica, l’oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato all’erogazione di rimborsi di somme risultate non dovute nonché alla corresponsione di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell’Autorità.

Tuttavia, con riferimento alle soprarichiamate richieste, ed in particolare alla doglianza *sub vi)*, si rileva che, alla luce del consolidato orientamento dell’Autorità per Garanzie nelle Comunicazioni, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell’azione, possono essere interpretate come richiesta di accertamento di responsabilità in capo al gestore convenuto e all’applicazione del vigente Regolamento sugli indennizzi, in relazione alle fattispecie ivi contemplate, qualora rientranti nel perimetro della disposizione di cui articolo 20, comma 4, del Regolamento, a prescindere dal *nomen juris* indicato dalla parte, la quale poi potrà naturalmente rivolgersi all’Autorità ordinaria per ottenere anche la liquidazione dell’eventuale maggior danno (*ex multis*, n. 101/18/CIR).

Ne deriva che le richieste dell’istante dovranno essere riportate all’oggetto della presente disamina e, a tal fine, giova riassumere brevemente che le doglianze di parte istante sono collegate alla mancata attivazione dell’offerta denominata “*Promo Office Plus 20MB*” sul numero di telefonia fissa affari 0587 69xxxx da parte di Wind Tre (Very Mobile) e sull’erronea attivazione del contratto di telefonia mobile sull’utenza n.

338 36xxxx, comprensiva di una sim dati “con tecnologia 5G Ready”, di cui al numero 380 580xxxx.

La ricostruzione dei fatti operata da parte istante s’incentra sulla circostanza del mancato adempimento di quanto contrattualmente pattuito con l’agente, con il quale, in estrema sintesi, era stato concordato il contemporaneo passaggio nella gestione Wind Tre sia dei servizi di telefonia fissa, sia di quelli di telefonia mobile. Al riguardo l’istante puntualizza che proprio sulla convergenza delle offerte si fondava, in termine di convenienza e praticità, la propria adesione contrattuale.

La doglianza dell’istante si focalizza, pertanto, nella parziale attivazione di quanto pattuito, stante l’esecuzione del passaggio a Wind Tre della sola parte mobile del contratto. In ragione di ciò l’utente lamenta la difformità delle condizioni contrattuali applicate, derivanti, appunto, dall’incompletezza dell’esecuzione di quanto pattuito, cui si aggiunge anche la doglianza inerente all’inesatto adempimento contrattuale per la parte mobile.

Sulla mancata attivazione del servizio di telefonia fissa relativo al n. 0587 69xxxx

Parte istante ha lamentato la mancata attivazione del servizio di telefonia fissa relativo al n.0587 69xxxx, laddove l’operatore ha dedotto in memoria la correttezza del proprio operato.

La domanda *sub vi*) quale richiesta di indennizzo per mancata attivazione dell’offerta denominata “*Promo Office Plus 20MB*” sul numero di telefonia fissa affari n. 0587 69xxxx, non è meritevole di accoglimento per le ragioni di seguito esposte.

Con riferimento al caso di specie occorre evidenziare che l’operatore ha affermato che “*risaliva sui sistemi un esito negativo e nonostante il reiterno dell’ordine di attivazione, perveniva un ko definitivo per centralina distante, infatti, risultava una distanza, dall’ubicazione della sede del cliente, maggiore di 2.500 metri e la qualità del doppino era insufficiente a garantire i livelli di servizi previsti dall’offerta, inoltre, non essendo disponibili ulteriori tipologie di accesso nella zona, non era possibile proseguire con l’attivazione del servizio per impossibilità tecnica*”.

La comunicazione di infattibilità tecnica, come ammesso dallo stesso istante, veniva effettuata dall’operatore in data 8 novembre 2019 e, quindi, entro la tempistica di novanta giorni a sensi dell’art.3.1 delle allegate Condizioni Generali del Contratto (a fronte della sottoscrizione contrattuale del 23 ottobre 2019).

Pertanto la domanda *sub vi*) di parte istante non può trovare, in tale sede, accoglimento.

Sulla difformità delle condizioni contrattuali applicate per la parte mobile

Parte istante ha contestato che la parte mobile del contratto non veniva attivata correttamente, laddove Wind Tre ha dedotto di avere correttamente operato attivando, in data 30 ottobre 2019, “*le SIM n. 338363xxxx e n. 380580xxxx*”, così come previsto dal relativo contratto.

La doglianza dell'istante, di cui alle domande *sub ii)*, per la parte relativa alle penali, *sub iv)* e *sub v)*, congiuntamente considerate risultano fondate per le ragioni che seguono.

In via generale, con riferimento alla contestazione di parte istante, giova richiamare l'orientamento consolidato secondo cui, in base ai principi sull'onere della prova in materia di adempimento delle obbligazioni di cui alla consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387; 26 gennaio 2007 n. 1743; 19 aprile 2007 n. 9351; 11 novembre 2008 n. 26953, 3 luglio 2009, n.15677 e da ultimo Cass., sez. II, 20 gennaio 2010 n. 936), *“il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi”*.

In proposito, giova rammentare la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c. secondo cui *“chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”*. Alla luce dell'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sopracitata sentenza 30 ottobre 2001 n. 13533 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva: cfr. sentt. nn. 2387/2004, 1743/2007, 9351/207, 26953/2008, 15677/2009 e 936/2010), il creditore che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

In ossequio ai principi soprarichiamati, oltre alla prova della fonte negoziale del suo diritto, ovvero il contratto sul quale si fonda il suo credito all'esatto adempimento della prestazione da parte dell'operatore l'utente era onerato da una precisa e circostanziata allegazione dei fatti oggetto di doglianza, al fine di mettere in condizione la controparte di comprendere l'oggetto della controversia e prendere posizione. Tale onere è stato assolto dalla società istante, come si evince dalla documentazione in atti.

Relativamente alla contestata fatturazione, si rammenta altresì (*ex pluribus*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006), che l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali. Tanto premesso, sussiste in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313). Le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi.

Sul punto giova, inoltre, richiamare che le parti di uno stipulando (e, poi, stipulato) contratto sono tenute a comportarsi, ai sensi degli articoli 1175, 1337 e 1375 c.c., secondo buona fede e correttezza sia nella fase precontrattuale che nella fase dell'esecuzione del contratto. Il principio di buona fede contrattuale costituisce oggetto di un vero e proprio obbligo giuridico, che si considera violato dalla parte contrattuale che, anche non dolosamente, ometta di tenere un comportamento improntato alla diligente correttezza.

Occorre, infine, ricordare che *“con riferimento ai contratti sottoscritti attraverso la propria rete di vendita anche se svolta in outsourcing, l'operatore è responsabile della condotta degli agenti e delle informazioni contrattuali dagli stessi rese all'atto della stipula della proposta contrattuale”*, (Deliberazione n. 143/10/CIR e Deliberazioni Corecom Liguria n. 70/2016, Corecom Abruzzo n. 59/17).

Nel caso di specie, parte istante ha dedotto che, in data *“23/10/19, compil[ava] tutta la documentazione in questione con l'aiuto telefonico dello stesso operatore, per poi inviarla per mail [al gestore telefonico] alle ore 23:44 dello stesso giorno (...) [ed] il [giorno] 5/11/19 pass[ava] effettivamente [all']operatore telefonico [Wind Tre, per la linea mobile, quindi] (...) il giorno successivo [6/11/19] (...) [riceveva] tramite corriere lo smartphone compreso nell'offerta mobile e scopr[iva] che lo stesso non e[ra] idoneo per la linea 5G che [Wind Tre] (...) [aveva] off[erto] [con la promozione SUPER UNLIMITED]”*.

Quindi l'istante, avendo fatto legittimo affidamento sull'attivazione di un'offerta convergente fisso-mobile venuta meno con la comunicazione dell'operatore dell'8 novembre 2019, constatava la difformità della fatturazione rispetto alla cifra pattuita e decideva di recedere dal contratto (con il passaggio della propria utenza mobile ad altro gestore) non più vantaggioso né più rispondente alle esigenze aziendali. A sostegno della propria posizione, l'istante ha allegato agli atti la brochure pubblicitaria relativa alle condizioni previste per l'offerta mobile *“Promo Super Unlimited Aziende”*, nonché la copia del relativo contratto sottoscritto in data 23 ottobre 2019, al costo di euro 24,99 mensili più IVA.

Di converso l'operatore convenuto, allegando anch'esso ai propri scritti difensivi una copia del contratto sottoscritto in data 23 ottobre 2019 sempre al costo di euro 24,99 mensili più IVA, ha dedotto la correttezza del proprio operato, limitandosi a ribadire, di avere attivato in data 30 ottobre 2023 "le SIM n. 338363xxxx e n. 380580xxxx, come da proposta contrattuale sottoscritta dall'utente. Il gestore telefonico ha quindi allegato in memoria "a titolo di esempio (...) la prima fattura (...) n. 2019T00110xxxx [emessa in data 21 dicembre 2019 e relativa al periodo dal 01/10/2019 al 30/11/2019], (...) dalla quale si evince che venivano fatturati soltanto i costi relativi alle utenze mobili" ed il cui costo complessivo, comprensivo di IVA, era pari ad euro 65,62 per due mensilità.

Sul punto rileva che la copia del contratto, datato 23 ottobre 2019, prodotto dall'operatore in memoria differisce sostanzialmente dalla copia allegata dall'utente, nella parte in cui riporta l'indicazione esplicita del numero seriale della sim n. 338 363xxxx e del numero seriale della sim dati, non associata però ad alcun numero di utenza mobile, indicazioni queste risultanti invece "ictu oculi" assenti nella copia di contratto allegata da parte istante, che riporta solamente l'esplicita l'indicazione della utenza mobile n. 338 363xxxx.

In altre parole, tali riquadri dedicati alla previsione dei numeri seriali delle utenze mobili oggetto del contratto, nella copia dedotta dall'utente, risultano incompleti, atteso che la parte adibita all'indicazione dei numeri seriali è in bianco così come risulta, in larga parte, incompleta la parte relativa all'indicazione dei dati personali dell'utente.

Ciò posto, stante la difformità della documentazione contrattuale prodotta dalle parti, è quindi la copia del contratto del 23 ottobre 2019 allegata dall'istante da ritenersi valida ai fini della presente decisione, in ossequio al principio del *favor utentis*, si ritiene di fare esclusivo riferimento alla copia del contratto depositata dall'utente (Delibera Agcom 86/18/CIR e conforme, *ex multis*, Deliberazione Corecom Toscana n. 50 del 26 maggio 2020).

Nello specifico, si deve osservare che l'operatore si limita ad indicare che, in relazione al codice cliente n. 148088747xxxx, alla data della presentazione delle memorie, erano ancora attivi il n. 380 580xxxx (SIM dati) e un dispositivo CPE (nr. Identificativo: 8653820434xxxx).

Sul punto si evidenzia che:

- né il contratto allegato dall'istante, né quello allegato dall'operatore, riportano alcun cenno al dispositivo CPE (*Customer Premise Equipment*), che il gestore telefonico deduce in memoria essere stato attivato in data 4 novembre 2019, né l'operatore ne prova la consegna e/o utilizzo;
- il contratto allegato dall'istante riporta l'indicazione di una SIM dati, ma l'operatore non prova la consegna della SIM corrispondente al numero 380 580xxxx né tantomeno ne prova l'utilizzo da parte dell'istante dopo il 20 gennaio 2020, data del passaggio ad altro operatore dell'utenza n. 338 363xxxx.

Quindi, alla luce di quanto dedotto, atteso che, in ragione della natura contrattuale del rapporto di fornitura, incombe sul gestore telefonico l'onere probatorio del corretto computo dei costi contenuti in fatturazione, in linea con le condizioni stabilite nel contratto concluso tra le parti e che quest'ultimo non ha dato evidenza probatoria della correttezza degli importi fatturati, deve ritenersi non provata l'applicazione delle condizioni economiche accettate dall'utente.

Ne consegue che deve disporsi la regolarizzazione della posizione contabile-amministrativa dell'istante mediante:

- il ricalcolo delle fatture emesse da Wind Tre dal sorgere del rapporto contrattuale, fino alla fine del ciclo di fatturazione, di tutti gli importi fatturati in relazione al codice cliente n. 148088747xxxx eccedenti la somma concordata di 24,99 mensili più IVA;
- lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento) di tutti gli addebiti successivi al 20 gennaio 2020, data del passaggio ad altro gestore dell'utenza n. 338 363xxxx, con riferimento all'utenza n. 380 580xxxx (SIM dati) e al dispositivo CPE (nr. Identificativo: 8653820434xxxx), inclusi eventuali costi per il recesso.

L'operatore è tenuto, altresì, al ritiro a propria cura e spese della connessa pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

TUTTO ciò premesso;

UDITA la relazione del Dirigente, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata dalla società XXX nei confronti dell'operatore Wind Tre S.p.A. (Very mobile) per le motivazioni di cui in premessa.
2. La società Wind Tre S.p.A. (Very mobile) è tenuta, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, alla regolarizzazione della posizione amministrativa - contabile mediante:
 - il ricalcolo delle fatture emesse da Wind Tre dal sorgere del rapporto contrattuale, fino alla fine del ciclo di fatturazione, di tutti gli importi fatturati in relazione al codice cliente n. 148088747xxxx eccedenti la somma concordata di 24,99 mensili più IVA;
 - lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento secondo le modalità indicate in istanza, oltre agli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia) di tutti gli addebiti

successivi al 20 gennaio 2020, data del passaggio ad altro gestore dell'utenza n. 338 363xxxx, con riferimento all'utenza n. 380 580xxxx (SIM dati) e al dispositivo CPE (nr. Identificativo: 8653820434xxxx), inclusi eventuali costi per il recesso.

- operatore è tenuto, altresì, al ritiro a propria cura e spese della connessa pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art 30, comma 12, del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259 Codice delle comunicazioni elettroniche, come modificato dal decreto legislativo n. 207 del 2021.

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.

Firenze, 12 settembre 2023

Il Segretario
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Marco Meacci

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