

**DELIBERA DL46/19/CRL**  
**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**  
**L. CORDI/ WIND TRE XXX**  
**(LAZIO/D/721/2017)**

**IL COMMISSARIO**

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’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, 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 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

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”;

VISTA l’istanza del sig. L. Cordi presentata in data 25.07.2017;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

**1. La posizione dell’istante**

L’istante ha lamentato nei confronti di H3g (oggi, “Wind Tre XXX) quanto segue:

- a. di aver sottoscritto un contratto tipo “Total Exclusive” con il quale gli veniva garantito un risparmio di oltre il 50% rispetto ai costi sostenuti con il precedente operatore Wind; il contratto prevedeva un canone fisso di euro 80,00 in virtù del quale poter usufruire di un uso illimitato della linea telefonica;
- b. che il 4 giugno 2007, dopo il passaggio dell’utenza ad altro gestore, riceveva una fattura di importo esorbitante, pari ad Euro 768,74 di cui immediatamente contestava la debenza ;

- c. il successivo 5 febbraio 2008, 12 giugno 2009, 4 giugno 2010, 4 agosto 2011, 23 marzo 2012, l'istante riceveva ripetuti solleciti di pagamento da parte di diverse società di gestione e recupero crediti, cui Wind Tre aveva ceduto il credito;
- d. puntualmente, replicava contestando gli importi richiesti in pagamento poiché la sospensione dei pagamenti era stata causata da *“motivi contrattuali non rispettati da H3G”* dal momento che all'epoca della stipula gli era stato garantito *“un enorme risparmio sulle bollette rispetto al precedente gestore”*;
- e. eccepiva pertanto l'intervenuta prescrizione del presunto credito vantato da Wind Tre, perché decorsi ormai 5 anni dalla data in cui riceveva l'ultimo sollecito di pagamento dallo studio legale Cenci, incaricato del recupero dello stesso.

Con memorie integrative e in replica, eccepiva che la controparte non si era costituita nei termini e che pertanto anche le repliche non erano ammissibili; la mancata costituzione della parte implicava pertanto totale acquiescenza sui fatti dedotti.

Per tali ragioni, con il presente procedimento, l'istante ha richiesto:

- i. di voler dichiarare la nullità del contratto in quanto sottoscritto con artifici e raggiri;
- ii. l'immediata cancellazione della posizione debitoria nei registri di Wind Tre in quanto prescritto il credito;
- iii. il rimborso di tutti gli importi pagati nelle fatture eccedenti gli 80,00 euro al mese;
- iv. il rimborso delle note di credito inviate da Wind Tre;
- v. il risarcimento del danno causato dalla vicenda;
- vi. rimborso integrale delle spese legali.

## **2. La posizione dell'Operatore**

In replica alle memorie di parte istante, l'operatore ha preliminarmente eccepito l'improcedibilità dell'istanza per eccessiva genericità ed indeterminatezza dei fatti posti a fondamento della stessa e che gli importi contestati non erano stati resi oggetto di alcuna contestazione in costanza di rapporto contrattuale ma, per la prima volta a distanza di oltre un anno dal recesso e per effetto della lettera di sollecito della società di recupero crediti.

Confermava che tutto il traffico generato dall'utenza era stato regolarmente fatturato secondo i costi dei piani tariffari prescelti con riferimento ai consumi extrasoglia.

La tardiva contestazione delle fatture insolite (90 gg dall'emissione come da c.g.c.), rendeva impossibile al gestore una verifica di merito tenuto conto dei limiti imposti dall'art.123 comma 1 e 2 D.Lgs. n.196/2003 secondo cui è consentito al gestore, in caso di contestazione di fatture, conservare il tabulato del traffico per un periodo non superiore a sei mesi, salva ulteriore, specifica conservazione anche in sede giudiziale.

La presentazione del ricorso, pertanto, in assenza di contestazioni tempestive, violava il diritto di difesa sul merito degli addebiti.

Ribadiva pertanto il credito vantato nei confronti dell'istante per la somma complessiva di euro 860,54 determinato dal mancato pagamento delle fatture 740661385, 760795177, 762172055 e 762229381.

Precisava inoltre che le note di credito emesse per ciascuna fattura servivano esclusivamente a differire il pagamento dell'IVA, fino ad escussione del debito, segnalando al contempo che pretestuosamente il ricorrente ne pretendeva il pagamento, posto che le stesse sono relative a somme mai versate.

Concludeva per il rigetto della domanda.

### **3. Motivi della decisione**

Si premette anzitutto che la liquidazione del danno pretesa dall'istante esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie di cui al Regolamento ex delibera Agcom n. 173/07/CONS, come già evidenziato, è chiamata a verificare solo la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento, condannando l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti. Alla luce di quanto sopra espresso, la richiesta di "risarcimento del danno" avanzata in questa sede dall'utente, avente natura risarcitoria, non è ammissibile. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria per il maggior danno.

Altresì corre l'obbligo di precisare che a livello procedurale, ai sensi dell'art. 16, comma 2, della Delibera 173/07/CONS dell'AGCOM, *"le parti hanno facoltà di presentare memorie e depositare documenti, a pena di irricevibilità, entro il termine assegnato... Sempre a pena di irricevibilità le parti possono presentare integrazioni e repliche alle produzioni avversarie nel termine, non superiore a 10 giorni, assegnato.."*.

Ciò premesso, riguardo all'eccezione di inammissibilità sollevata in data 22.09.2017 dall'utente in riferimento alla memoria di replica e all'allegato documentale inviati da Wind Tre oltre la data del 14.09.2017 ( scadenza indicata nella comunicazione di avvio del procedimento), a stretto rigore regolamentare, si osserva che nell'ambito del procedimento di definizione amministrativa ciascuna parte, sebbene decida di non presentare memorie e documenti entro il primo termine, ha comunque la facoltà di presentare eventuali repliche *"alle produzioni avversarie"*, anche in assenza di sua propria costituzione.

Non sfugge all'organo procedente la circostanza che taluni documenti e contenuti potessero già essere rappresentati dal gestore in una fase precedente alla replica, pur tuttavia, considerato che l'allegazione di quegli stessi fatti e documenti ( contratti e fatture) era onere dell'utente e questi non vi ha assolto, si ritiene comunque opportuno, nell'interesse di quest'ultimo, ammetterli al fine di consentire una disamina, nei limiti di quanto dedotto.

Quanto poi all'osservazione circa l'acquiescenza alle contestazioni mosse, da parte del gestore per non aver depositato le prime difese, basti il richiamo al principio esattamente contrario sancito dall'art. 115 c.p.c. , sempre tenuto conto che si verte in un procedimento amministrativo extragiudiziale e che pertanto il codice di procedura può costituire al più un orientamento, non certo esprimere una cogenza rituale.

Ciò premesso, l'istanza di definizione si presenta generica ed indeterminata, nonché priva di allegazione di fatti e documenti pertinenti alle richieste, come sopra accennato.

in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella 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, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale 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 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

In base a tale criterio interpretativo del riparto probatorio, chi contesta contenuto e validità del contratto come in questo caso ( *“ in fase di conclusione del contratto con tariffa “Total Exclusive”, al consumatore veniva garantito il risparmio di oltre il 50% rispetto ai costi con il precedente operatore cosa che tuttavia non è mai accaduta, anzi i costi per il ricorrente sono triplicati”*) deve quantomeno dare evidenza documentale di ciò che afferma (contratto, condizioni tariffarie attese/promesse e raffronto con quelle effettivamente applicate nelle fatture contestate) o quantomeno, in difetto di tali documenti, circostanziare i fatti, la tipologia di offerta, la data di stipula, la tipologia di costi ritenuti non conformi, sì da mettere in condizione il difensore di ricostruire la vicenda eventualmente reperendo *aliunde* le evidenze probatorie (sempre in ottica di agevolazione per un utente non rappresentato professionalmente nella controversia); nulla di tutto ciò è presente nelle pur ampie memorie svolte, laddove viene menzionato un piano tariffario “Total Exclusive” che non risulta esistente nemmeno tra le offerte più risalenti del gestore ( pubblicate come da obbligo normativo nel sito web, alla sezione “trasparenza tariffaria” e perciò facilmente consultabili); né sono state prodotte le fatture con il dettaglio delle somme ritenute indebite in modo da ricostruirne natura e conformità a quanto asseritamente pattuito.

Senza denominazione certa dell'offerta sottoscritta, e in assenza di deduzione delle condizioni tariffarie offerte con un minimo grado di dettaglio, ogni disamina di merito sarebbe stata preclusa, tanto da rendere l'istanza improcedibile. Tuttavia, basandosi sulle produzioni documentali di controparte, è possibile formulare almeno le osservazioni essenziali al provvedimento decisorio.

### **3.1 Sulla nullità del contratto**

E' in atti, prodotto da Wind Tre, il contratto risalente al 30.5.2016 con il quale risulta sia stato richiesto il cambio piano tariffario dal profilo “Tua Executive-Promo 19” con abbinato terminale LGU900, all'offerta “Tua TV” ( con LG U900) che, come risulta dall'avviso presente nella fattura n.740314080 del 15.3.2007, a tale data variava la denominazione in “Zero5”.

Peraltro, dalle stesse fatture depositate dall'utente per il ciclo di fatturazione antecedente a quello afferente il debito (1.1.2006 - 28.2.2007), risultano applicati in successione i tre profili tariffari menzionati; dai prospetti informativi reperibili, come detto, nelle apposite sezioni “trasparenza” del gestore, si evince che fossero piani “a soglie” che garantivano cioè un plafond di traffico (voce

e dati) a corrispettivo fisso e recavano a lato il costo della tariffazione calcolata al superamento delle rispettive soglie, cioè a consumo; ciò contrasta con l'unica contestazione mossa dall'utente rispetto alla difforme applicazione di condizioni tariffarie che, a suo dire, contemplavano un utilizzo illimitato di tutti i servizi; nessuna offerta con tali caratteristiche è stata rinvenuta come vigente nel periodo temporale considerato.

Tuttavia, in replica all'acquisizione di tali documenti al fascicolo, l'utente ha eccepito anche l'inesistenza di firma, ritenendo il contratto mai perfezionato.

A fronte però di omessa prova da parte dell'utente in ordine all'effettivo contratto stipulato (rectius: piano tariffario prescelto), non può ritenersi fondata tale eccezione, a meno di non percorrere l'ipotesi abnorme dell'attivazione di un'utenza mobile senza il consenso dell'istante ed in conseguenza della quale cadrebbe la censura relativa al contenuto e/o difforme applicazione di quanto stipulato (stando alla deduzione: "con artifizii e raggiri", pare palesarsi piuttosto ipotesi di mancata trasparenza contrattuale).

Dunque, tali documenti, sebbene sprovvisti di firma, rivestono indubbiamente una natura indiziaria, corredati come sono dalle coordinate bancarie per l'addebito a mezzo R.I.D., e considerata la coerenza già rilevata con i profili risultanti applicati in fattura. Dette fatture, inoltre, tutte di importi considerevoli per addebiti di consumi extra soglia e regolarmente riportanti il piano applicato, sono state regolarmente pagate dall'utente senza obiezioni -nemmeno dichiarate- (prova del pagamento effettuato per l'intero anno 2006 e il primo bimestre 2007, mai contestato fino al mese di marzo 2008); mentre il primo reclamo, in risposta alla richiesta di altro soggetto per il recupero del credito, è stato formalizzato a più di due anni di distanza dall'emissione.

Ciò è sufficiente a respingere la domanda di nullità del contratto, anche in assenza di sottoscrizione, per averne l'utente regolarmente e pacificamente utilizzato i servizi per almeno un anno (col solo riferimento alla data del cambio di piano tariffario), e per aver reclamato solo a distanza di oltre un anno dalla chiusura del rapporto, e solo in opposizione al recupero del debito, assunto per omesso pagamento delle ultime fatture.

### **3.2 Sulla difformità degli addebiti.**

Come già si è avuto modo di osservare, l'istanza è generica anche relativamente alla natura ed all'entità degli addebiti non riconosciuti, lamentando l'utente "un calcolo non corretto delle fatture telefoniche" senza assolvere all'onere probatorio previsto a suo carico ex art. 2697 c.c., in quanto si limita a dedurre l'illegittimità della fatturazione senza produrre al riguardo alcuna prova documentale e senza allegare, d'altro canto, una qualsiasi indicazione delle voci di costo contestate.

L'onere della prova a carico del gestore, infatti, non esclude un sia pur minimo onere di allegazione dell'utente, che nella fattispecie risulta assente.

L'utente non ha prodotto le condizioni dell'offerta, denominata "Total Exclusive", cui asserisce aver aderito a fronte di un corrispettivo fisso di euro 80,00 che gli garantiva "un uso praticamente illimitato della linea telefonica..", né le stesse sono state rinvenute altrove in sede di definizione.

L'utente non ha indicato nella fatture -prodotte dall'operatore- quali importi fossero difformi da quelli dell'offerta, essendosi limitato a dichiarare nella memoria che "in nessuna di esse la tariffazione è quella prevista per l'offerta".

L'utente non ha specificato altresì, la somma pagata con il precedente gestore e rispetto alla quale in fase di stipula, sostiene, gli fosse stato garantito un risparmio del 50%.

Invero, in assenza di riferimenti forniti dall'utente, l'impossibilità di accertare l'"an", il "quomodo" ed il "quantum" del verificarsi del lamentato rincaro ingiustificato, non consente una valutazione adeguata ai fini del riconoscimento del rimborso delle somme eccedenti euro 80,00 mensili (Agcom, Delibere nn. 3/11/CIR, 50/11/CIR, 14/12/CIR, 24/12/CIR, 28/12/CIR, 34/12/CIR, 38/12/CIR) così come egli ha richiesto.

Per contro, la società convenuta ha precisato di aver provveduto a fatturare tutto il traffico generato secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dai piani tariffari prescelti dall'utente, quali "Tua executive promo 19", prima, e "Tua TV "Zero 5", poi.

Dalle brochure informative depositate e riscontrate, infatti, trattavasi di piani a soglie per cui l'utente a fronte del pagamento del canone poteva usufruire di un basket settimanale di minuti per chiamate oltre ad 1 GB al mese per navigare sotto rete "3". Tutto il traffico generato oltre le soglie contrattualmente pattuite e per i servizi non compresi nel plafond è stato oggetto di specifica tariffazione secondo i costi previsti dai piani medesimi.

L'abbonamento Zero5, in particolare, prevedeva un canone mensile di 29 euro che comprendeva 60 minuti al giorno di chiamate nazionali verso tutti, videochiamate verso 3 o chiamate all'estero nella zona 1 pagando solo lo scatto alla risposta. Oltre questa soglia veniva applicata la tariffa di 15.25 cent/min per chiamate nazionali verso 3 e 25.42 cent/min per chiamate nazionali verso tutti oltre a 15.25 cent di scatto alla risposta. Per le Videochiamate verso rete 3 e Webcam veniva applicata la tariffa di 25.42 cent/min e per le Videochiamate verso rete fissa o operatori mobili 1.65 €/min oltre a 15.25 cent di scatto alla risposta.

Per la navigazione in internet sotto rete 3 e sotto altri operatori era previsto 1 GB/mese a fronte di una tariffa di 61.00 cent scatto di inizio sessione + 0.21 cent/kB. Inoltre per l'accesso ad App&Store e a Pagine Oneclub illimitate erano applicati 9.00 cent/pag + costo del contenuto. Infine per ogni sms inviato, il Gestore prevedeva una tariffa di 15.25 cent/cad.

In più, nelle note informative allegate ai conti telefonici era ulteriormente precisato che l'accesso alle pagine web e ai contenuti prevedeva una tariffazione ad unità in base al numero delle pagine visitate e al numero e alla tipologia di contenuti scaricati.

Di fatti, come si evince unicamente dalle fatture allegate dall'operatore, si ravvisa chiaramente un superamento del traffico voce in extra soglia sotto la voce "chiamate nazionali" e "sms/mms" oltre ad addebiti, sempre extra soglia, relativi a contenuti, pagine web e videochiamate.

A tal riguardo, l'istante non può dolersi per la mancanza di trasparenza e per l'assenza di una corretta informazione, oltre che per pubblicità ingannevole da parte del Gestore, in quanto trattasi tutti, comprese anche le voci "*contenuti portale tre*" e "*pagine portale tre*", di servizi erogati in abbonamento e, come ampiamente descritto nelle condizioni generali di contratto e nelle note informative presenti sia sulle fatture che sulla proposta stessa di abbonamento, consistono in contenuti scaricabili la cui attivazione può avvenire solo da parte dell'utente che dopo aver cliccato sul tasto conferma/acquisto, riceve anche un messaggio di benvenuto che informa sulle modalità di disattivazione e sulle modalità di fruizione del servizio erogato.

Si aggiunge altresì che, atteso il divieto imposto dal “Codice della privacy” all’art. 123, comma 2, di conservare il dettaglio del traffico oltre i sei mesi antecedenti la contestazione, è palese la violazione del diritto di difesa per effetto della tardiva contestazione, in quanto in assenza della stessa (intervenuta un anno dopo la cessazione del contratto), l’operatore non solo non è stato messo illo tempore nelle condizioni di svolgere le opportune verifiche sulla tariffazione, ma nemmeno di poterle svolgere oggi, in occasione del deposito dell’istanza, in quanto non ha più nella propria disponibilità i dati del traffico cui la contestazione si riferisce.

Alla luce di tutti gli elementi richiamati, nemmeno la domanda di storno delle fatture insolite può essere accolta.

### **3.3 Sulla prescrizione**

L’istante nelle proprie memorie difensive ha eccepito l’intervenuta prescrizione del diritto del Gestore al pagamento delle fatture afferenti al periodo 2007 in quanto erano decorsi già 5 anni dall’ultimo atto risalente al 23 marzo 2012 posto in essere dallo studio legale Cenci, incaricato al recupero del credito per conto di Wind Tre.

A parte osservare che la richiesta volta ad ottenere una pronuncia dichiarativa circa l’estinzione di un diritto per prescrizione esula dalla natura e dall’oggetto delle pronuncia rimessa alla definizione amministrativa della controversia ex art.19, comma 4 del Regolamento di procedura, in misura che tale pretesa possa e debba essere il contenuto di eventuale opposizione a procedure esecutive o eccezione in sede di istanze di accertamento e ricognizione sul debito eventualmente azionate in sede civile, è necessario comunque richiamare quanto stabilito dal comma 2 dell’art.2 del Regolamento di procedura ( “*Ambito di applicazione*” ) che esclude ogni competenza del presente procedimento in materia di recupero dei crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l’inadempimento non si origini da contestazioni sulle prestazioni stesse; nel caso di specie, si ribadisce che l’utente non ha né provato, né dichiarato di aver sporto reclamo in relazione alle prestazioni del contratto e alle fatture di cui ha omesso il pagamento, ( men che meno su quelle pagate), risalendo la prima contestazione ad un’epoca in cui il contratto era cessato ed il credito ceduto a terzi per il recupero.

Ciò basta a precludere ogni disamina in questa sede in ordine all’esigibilità del credito.

Quanto alla richiesta di pagamento delle note di credito emesse da H3g nel 2010, se ne rileva l’infondatezza in quanto è chiara la dicitura in calce di non rinunciare al credito vantato, ne è comprensibile la richiesta di restituzione di somme non pagate.

### **4. Sulle spese di procedura**

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l’espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall’art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto “del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”. Nel caso di specie, considerata la soccombenza, si ritiene congruo compensare le spese tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

## **IL COMMISSARIO**

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

### **DELIBERA**

1. Rigetta l'istanza del sig. L. Cordi nei confronti della società Wind Tre XXX per le motivazioni di cui in premessa con compensazione delle spese procedurali.

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

La presente deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità ([www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

Roma, 21/05/2019

Il Commissario straordinario

Claudio Lecce

Il Direttore

Vincenzo Ialongo