

	Presidente	Marco Mazzone Nicoletti
	Vice Presidente	Fabrizio Comencini Stefano Rasulo Enrico Beda Edoardo Figoli
	Dirigente	Maurizio Santone

Deliberazione n. 46 del 21 GIUGNO 2023

OGGETTO: Definizione della controversia XXXXX XXXXXX / WIND TRE (VERY MOBILE) (GU14/569431/2022).

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 Mazzone Nicoletti		X
Fabrizio Comencini	X	
Stefano Rasulo	X	
Enrico Beda	X	
Edoardo Figoli	X	

Preso atto altresì della presenza del Dott. Maurizio Santone, Dirigente dell'Ufficio Supporto Corecom del Consiglio regionale del Veneto, verbalizzante;

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 Vice Presidente ha designato quale Relatore il Dott. Alessandro Bidoli, Responsabile Ufficio Definizioni 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 XXXXX XXXXXXXdel 01/12/2022 acquisita con protocollo n. 0343355 del 01/12/2022;

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

"In data 08/04/2022 ho provveduto a richiedere l'attivazione dell'opzione "Giga Travel Weekly", valutata conveniente trovandomi all'estero nelle settimane successive. Considerato che la connessione dati mobili non risultava disponibile né in Qatar né in Australia, sebbene mi trovassi in città principali, con piena copertura di segnale; avendo verificato la correttezza delle impostazioni necessarie (a mero titolo esemplificativo verifica dell'attivazione della connessione dati e roaming estero, verifica APN, gestione operatore, utilizzo della SIM su altro dispositivo); avendo altresì richiesto intervento di assistenza al servizio clienti in data 10/04/2022 senza ottenere risoluzione del problema; considerata l'oggettiva impossibilità di utilizzare l'opzione attivata, ho dovuto provvedere all'acquisto di una SIM locale per la permanenza in Australia. Al rientro in Italia, in data 01/05/2022, ho constatato la mancanza di credito telefonico, rendendomi in tale contesto anche conto dell'indisponibilità di credito bonus, ovvero che l'opzione "Pieno Wind" era stata disattivata e il relativo bonus azzerato. Presa nuovamente visione di quanto riportato al link <https://www.windtre.it/offerte-all-estero/giga-travel-weekly/>, che esplicitamente richiama "L'opzione non è compatibile con le altre opzioni di roaming aventi gli stessi paesi di validità" (cosa che effettivamente ha comportato la disattivazione dell'opzione Smart Travel Europa e USA), non trovo alcun cenno ad incompatibilità con l'opzione "Pieno Wind". Con reclamo scritto (PEC) del 03/05/2022, esponendo quanto ai punti 1 e 2), ho richiesto: per il mancato funzionamento del servizio proposto, riaccredito dei costi di attivazione del dell'opzione "Giga Travel Weekly" e ripristino dell'opzione "Travel Europa e USA" senza costi di (ri)attivazione; l'annullamento della disattivazione di "Pieno Wind" in quanto operazione non richiesta dal sottoscritto e non prevista nell'informativa dell'offerta "Giga Travel Weekly". Il 20/06/2022 ho ricevuto comunicazione mail (PEC) da WINDTRE. In data 07/09/2022 non trovando documentazione contrattuale relativa all'opzione sottoscritta "Giga Travel Weekly" nell'area riservata del sito web, ho contattato telefonicamente il servizio clienti, il quale confermava che non era disponibile contrattualista e le informazioni/condizioni sono quelle reperibili sul sito. Con reclamo scritto (PEC) del 07/09/2022, preso anche atto di quanto contenuto nella nota WINDTRE del 20/06/2022 ho richiesto copia del contratto. A tale reclamo ad oggi non risulta risposta.

L'utente quindi chiede:

- i. la cessazione della condotta lesiva di WINDTRE dei diritti dell'utente derivante dalla disattivazione dell'opzione "Pieno Wind" e dall'azzeramento del bonus residuo, ritenendo che la clausola che prevede la disattivazione automatica dell'opzione "Pieno Wind" con conseguente azzeramento del bonus esistente clausola vessatoria in quanto dalla stessa deriva un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (rif. Codice del Consumo, artt. 33 e ss.); che mi siano state omesse informazioni rilevanti ai fini della decisione consapevole (rif. Codice del Consumo art. 22; art. 49); che non sia stato rispettato quanto previsto della Carta dei Servizi WINDTRE (rif. art. 4, sezioni "trasparenza dei prezzi"; art. 29 sezione "informazioni precontrattuali"; e sezione "termini e condizioni contrattuali"); che non mi sia stato garantito il diritto ad un'informazione completa (rif. art. 4 allegato A alla delibera n. 179/03/CSP del 24 luglio 2003);
- ii. l'indennizzo ex art. 5 co. 2 a decorrere dall'effettiva data di sospensione trattandosi di clausola nulla (presumibilmente dal 08/04/2022), ad oggi pari all'importo massimo di euro 300,00= per la sospensione o cessazione amministrativa dell'opzione "Pieno Wind" (servizio accessorio);
- iii. l'indennizzo ex art. 6, a decorrere dal 10/04/2022 (data di reclamo al servizio clienti, richiamata anche nel reclamo scritto del 03/05/2022 in merito al quale la Compagnia non ha sollevato eccezioni) ad oggi pari all'importo massimo di euro 300,00= per mancata attivazione/funzionamento del servizio accessorio Giga Travel Weekly;
- iv. l'indennizzo ex art. 12 a titolo di indennizzo ewindtre x art. 26 Carta dei Servizi WindTre a decorrere dal 18/06/2022 ad oggi rispettivamente pari all'importo massimo di euro 300,00 e di euro 60,00 per mancato/insoddisfacente riscontro al reclamo del 03/05/2022, ritenendo non siano soddisfatte le prescrizioni dell'art. 8 co. 4 ALLEGATO A alla delibera n. 179/03/CSP del 24 luglio 2003 (requisito di "adeguatamente motivata ed indica gli accertamenti compiuti"), e sia stato omesso riscontro al reclamo nella parte relativa al mancato funzionamento dell'opzione "Giga Travel Weekly";

- v. l'indennizzo ex art. 12 a decorrere dal 23/10/2022 e a titolo di indennizzo ex art. 26 Carta dei Servizi WindTre per mancato riscontro al reclamo del 07/09/2022 ad oggi rispettivamente pari ad euro 92,50 e ad euro 37,00 ritenendo lo stesso non costituisca reiterazione del reclamo 03/05/2022 sebbene ad esso connesso, in quanto il reclamo è inerente alla mancata applicazione della Carta dei Servizi (il disservizio è costituito dalla mancata messa a disposizione di copia del contratto e/o delle informazioni ad esso relative);
- vi. l'indennizzo ex art. 13 co. 7, l'importo da quantificarsi secondo equità qualora non sia possibile ricorrere all'applicazione in via analogica per omissione di informazioni e carenza di trasparenza, così come esposte al punto sub i), avuto riguardo alla gravità dell'inadempimento considerata la mancata risposta al reclamo del 07/09/2022.

2. La posizione dell'operatore

Si segnala la inammissibilità della richiesta avanzata nei reclami: "considerare come vessatoria la clausola che prevede la disattivazione automatica del Pieno Wind" poiché la stessa non è demandabile, per espressa previsione normativa (art. 20, commi 4 e 5, Allegato A, Delibera 353/19/CONS), all'Autorità adita che potrà, in caso di eventuale fondatezza della domanda, limitare l'eventuale pronuncia di condanna ai casi di "rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". Infatti, relativamente alla suddetta richiesta, in particolare ai sensi di quanto statuito dall'art. 20, comma 4: "l'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". Orbene, alcuna condotta lesiva è riferibile alla convenuta per i motivi che verranno nel prosieguo evidenziati. Vedasi ad esempio recente Delibera n. 65/2021 del Corecom Emilia-Romagna: "Ai sensi dell'art. 20, comma 4, dell'allegato A alla delibera n. 353/19/CONS, l'Organo Collegiale, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, con il provvedimento che definisce la controversia può, in effetti, ordinare all'operatore, oltre che di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti, anche di adottare misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente. Non rientra, tuttavia, nell'ambito di tale ultima previsione, esulando, pertanto, dai poteri di codesto Corecom, la possibilità di intimare all'operatore la riattivazione di uno specifico piano tariffario che potrebbe, in effetti, non essere più in vigore, in quanto non più commercializzato in coincidenza con l'insorgere della controversia". Preme ribadire che, l'opzione Pieno Wind", non è più commercializzata né ripristinabile da Wind Tre, fermo restando le condizioni economiche del piano tariffario di base sottoscritte al momento dell'attivazione. Un eventuale ordine di ripristino della stessa rappresenterebbe quindi un'obbligazione impossibile da adempiere per la scrivente convenuta. Pertanto, rispetto ad un'eventuale decisione dell'Ill.mo Corecom Veneto, che non rispetti decisioni già conclamate, come quella ut supra riportata, WindTre risulterebbe inottemperante non potendo in nessun modo ripristinare un qualcosa che non è più in vigore. Prima di entrare nel merito della presente contestazione, Wind Tre conferma di aver tariffato tutto il traffico generato dalla sim de quibus secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dal relativo piano tariffario prescelto dall'istante nel corso del rapporto contrattuale. La convenuta riporta e documenta l'esito delle verifiche eseguite in relazione alla linea mobile prepagata avente n. XXXXXXXXXXXX La suddetta utenza risultava attivata sui sistemi Wind Tre a far data del 28/10/2003 con opzione Pieno Wind dal 08/06/2007, come risulta dalla schermata del sistema di Customer Relationship Management (CRM) della convenuta In questa sede è opportuno specificare che l'opzione Pieno Wind attivata sulla sim dell'utente è un'opzione, ormai non più attivabile da anni, che permetteva di "autoricaricare" la SIM in relazione alle chiamate ricevute da telefoni fissi e mobili nazionali non Wind. Orbene, nei casi di specie va distinto il credito acquistato dall'utente dal credito promozionale da autoricarica, quest'ultimo non ha natura monetaria. Il credito bonus (autoricarica Pieno Wind) quindi, in virtù della sua stessa natura, non può essere utilizzato per le seguenti direttrici di traffico: SMS solidali e numerazioni voce in sovrapprezzo, roaming extra UE, servizi VAS, acquisti online e tramite App. Inoltre, il credito bonus non può essere oggetto di trasferimento ad altri operatori o monetizzazione. Ciò premesso si evidenzia che in data 08/04/2022 è presente sui nostri sistemi ordine di attivazione, canale di provenienza 155.it, per attivazione opzione Giga Travel Weekly che ha comportato la cessazione del Pieno Wind 2006 In seguito alla variazione operata dall'istante, in maniera del tutto autonoma mediante selfcare 155.it, veniva inviato sms di riepilogo costi. Solo in data

04/05/2022 perveniva segnalazione e relativa richiesta ripristino opzione Pieno Wind 2006 ROPZ772 disattivatasi in fase di

attivazione di un'offerta incompatibile, la Giga Travel Weekly ROPZ4665. Nella segnalazione l'istante richiedeva riattivazione dell'opzione PIENO WIND, disdetta dell'opzione Giga Travel Weekly, perché a suo dire non funzionante, e riattivazione dell'opzione Travel Europa e USA. Pertanto, veniva inoltrata la segnalazione al gruppo preposto che, effettuati i doverosi controlli, riteneva il reclamo non accoglibile e provvedeva a fornire riscontro all'istante. Di seguito la mail di risposta e relativa consegna. Nella risposta veniva evidenziato di aver provveduto ad effettuare le verifiche necessarie e riscontrato che, in fase di attivazione dell'opzione arrivati alla sezione "RIEPILOGO" c'era scritto chiaramente: l'opzione che si stava provvedendo ad attivare, il numero di telefono e l'avviso: L'attivazione di Giga Travel Weekly disattiverà in modo automatico: Pieno Wind. Pertanto, in fase di attivazione l'istante prima di confermare veniva informato della disattivazione del Pieno Wind, come da print sopra riportato. Per quanto concerne poi l'ulteriore contestazione della non funzionalità dell'opzione "Giga Travel Weekly", si fa presente che sui nostri sistemi è presente una sola chiamata alla nostra assistenza tecnica, fatta in concomitanza dell'attivazione, in cui gli è stato fornito il necessario supporto. Per questo non si sono ravvisati gli estremi per procedere ad un rimborso del costo d'attivazione come richiesto dall'istante. Peraltro, si evidenzia che anche la richiesta di riattivazione dell'opzione Smart Travel Europa e Usa non era evadibile poiché offerta sottoscrivibile fino al 20/05/2018. In ogni caso si evidenzia che sebbene l'istante fosse libero di disattivare l'opzione, a suo dire non funzionante, non l'abbia fatto e l'offerta sia stata disattivata alla sua naturale scadenza ossia dopo tre mesi dall'attivazione. Nelle more veniva presentata in data 20/06/2022 istanza UG/533179/2022 che si concludeva in data 07/09/2022 con un mancato accordo. In pari data perveniva una PEC con oggetto richiesta di informazioni sull'opzione "Giga Travel Weekly" e invio condizioni contrattuali della stessa. Quindi non trattavasi di reclamo. La richiesta risultava comunque essere non conforme, in quanto la documentazione era incompleta di firma autografa e si provvedeva ad inviare sms informativo allegato. In ragione della ricostruzione degli eventi fatta, si ritiene che alcuna responsabilità possa essere addebitata alla convenuta in merito a quanto occorso. La naturale funzione economico-sociale del contratto, che sottende al rapporto sinallagmatico tra le parti, va individuata nel servizio di comunicazione dietro il pagamento di un corrispettivo, non nel consumo del solo credito auto ricaricato; né può affermarsi che l'assenza di un limite massimo di traffico possa legittimare qualsiasi condotta, in violazione delle generali regole di buona fede nell'esecuzione del contratto (articoli 1337, 1175 e 1375 del Codice civile) e di solidarietà tra le parti, tenute a preservare reciprocamente i propri interessi. Per mera completezza difensiva Wind Tre rappresenta così come previsto dalla propria Carta dei Servizi Wind Tre (All.1) all'art. 19 rubricato 'Trattamento del credito residuo per carte prepagate': "(...) il "Credito Residuo" oggetto di restituzione va inteso come il credito relativo al traffico effettivamente acquistato e non goduto che residua, in favore del Cliente, in caso di cessazione del rapporto contrattuale per Servizi di comunicazione prepagati o disattivazione della SIM ricaricabile, al netto di ricariche omaggio o comunque associate a promozioni, opzioni o meccanismi di autoricarica previsti dal piano scelto e/o attivo (...)" Anche le Condizioni Generali di Contratto Wind Tre all'art. 3.2 esplicitano chiaramente le caratteristiche del servizio di telefonia mobile. In particolare, aderendo al servizio di telefonia mobile il cliente può effettuare e ricevere chiamate telefoniche, inviare e ricevere messaggi, ed usufruire del servizio di connettività Internet secondo le modalità e con i limiti relativi al servizio specifico. Le Condizioni di contratto Wind Tre all'art. 4.1 rubricato "Abuso del Contratto" precisano, infatti, che "Il Cliente ha l'obbligo di utilizzare il Servizio nel rispetto delle leggi, dei regolamenti vigenti e delle Condizioni generali di Contratto. Qualsiasi uso difforme del Servizio configura inadempimento del Cliente, con risoluzione automatica del Contratto secondo l'art. 1456 c.c., fatto salvo il risarcimento integrale dei danni conseguenti. Il Cliente ha l'obbligo di non utilizzare i Servizi in modi o per scopi illeciti o per fini di lucro e terrà indenne WIND da ogni conseguenza derivante da illecita fruizione propria o di altri. Il Cliente deve attenersi ai criteri di buona fede e correttezza nell'uso e nella fruizione del Servizio astenendosi dal conseguire vantaggi diversi da quelli connessi alla personale fruizione del Servizio, dei servizi e delle promozioni rispettando i limiti, le condizioni e le modalità dell'offerta, quali –a titolo di esempio – avvalersi di artifici per conseguire o far conseguire a terzi, o ad altre numerazioni, ricariche, o accrediti di traffico, anche eventualmente sfruttando o aggirando i sistemi di contabilizzazione o di addebito/accredito del traffico e/o dei costi delle opzioni. Il Cliente dovrà, inoltre, astenersi da usi non consentiti del servizio come, a titolo di esempio, chiamate contemporanee o consecutive o ad intervalli verso gli stessi destinatari o verso numerazioni con risponditori automatici, generazione di un numero anomalo di SMS/MMS o chiamate brevi in arco di tempo limitato e in generale, laddove si rilevino chiamate/sms non aventi caratteristiche di normali conversazioni/messaggi tra persone (p2p). Resta inteso che è comunque vietato effettuare una distribuzione del traffico telefonico tra le

eventuali diverse Carte SIM di titolarità del Cliente finalizzata a conseguire o far conseguire a terzi ricariche o accrediti

di traffico, aggirando di fatto i parametri di traffico standard previsti all'articolo 6.1. Nei casi indicati WIND si riserva la facoltà di sospendere il Servizio e di addebitare al Cliente gli importi corrispondenti al traffico non correttamente tariffato, ferma restando la facoltà di adottare ogni altra misura di tutela". L'art. 6.1 "Segnalazione dei consumi anomali e sospensione del servizio" dispone che "Il Servizio è destinato all'utilizzo personale da parte del Cliente...". In linea con le suddette previsioni contrattuali le seguenti delibere: numero 193/16/CIR (AGCOM), numero 25/2016 Corecom Emilia-Romagna, numero 48/15/CIR, numero 58/15/CIR, numero 732/13/CONS, determina numero 207/RO/2015 Corecom Calabria, numero 177/17/CIR (AGCOM), numero 211/17/CIR (AGCOM). In ciascuna di queste definizioni si afferma, chiaro, il principio per cui "corre l'obbligo per il cliente di non utilizzare o far utilizzare, direttamente o indirettamente, i servizi per scopo di lucro, anche indiretto" (articolo 4.1) pena la facoltà del gestore di sospendere o risolvere il contratto "per l'uso improprio illegittimo del servizio" (articolo 6.1)". All'atto della sottoscrizione della proposta di contratto per l'attivazione della sim oggetto di doglianza, l'istante ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti degli art. 1341 e 1342 cod. civ., di approvare specificamente le clausole delle "Condizioni generali di contratto" e tutti gli Allegati. Ad abundantiam si richiama la Legge 40/2007 (decreto Bersani) che all'art.1 comma 1 indica "E' vietata la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico del servizio acquistato". A tal riguardo si precisa ancora una volta che il bonus "Pieno Wind", per la sua stessa natura, non è assimilabile a un servizio "acquistato". Si ribadisce altresì che la disattivazione del pieno Wind è intervenuta in seguito ad una variazione operata in autonomia dall'istante e che una msg l'avvisava della conseguente disattivazione dell'opzione di cui sopra. Si ricordi che nella 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", l'Autorità ha espressamente precisato che, per la liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento, tra le altre cose, al concorso del fatto colposo del creditore: se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto. La Corte di Cassazione a sezioni unite nella sentenza 21 novembre 2011, n. 24406 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 a produrre l'evento lesivo in suo danno. La convenuta rileva anche l'istante non ha provato poi quanto da lui affermato. Si richiama a proposito determina direttoriale AGCOM 96/17/DTC. in cui si osserva che "la documentazione depositata al fascicolo dall'utente non prova la sussistenza dei disservizi oggetto di controversia. In particolare, atteso che secondo un principio giuridico di carattere generale (articolo 2697 del codice civile) colui che vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, nel caso di specie l'istante che chiede la corresponsione dell'indennizzo per malfunzionamento del servizio voce non prova, neanche per presunzione, che lo stesso si è verificato. Pertanto, constatata l'assenza di reclami in atti, si ritiene che le richieste non meritino accoglimento, stante l'impossibilità di accertare l'an, il quomodo [omissis]. Con delibera n.163/17/CIR l'Autorità rigettava l'istanza di controparte: "Dalla documentazione acquisita agli atti, non risulta alcun tracciamento scritto o reclamo di disservizio da parte dell'istante antecedente al deposito dell'istanza di conciliazione presentata al CORECOM". Recente sentenza del TAR Lazio sancisce "Come correttamente osservato dall'AGCOM nei suoi scritti difensivi, l'onere della risoluzione del guasto (e della relativa prova) ricade sul gestore ma è sul cliente che incombe l'onere di segnalare tempestivamente il problema in modo da porre il gestore stesso in condizione di conoscere il guasto e di intervenire" (Tar Lazio, Sez. III, 10 giugno 2019, n. 7556). Si richiama, altresì, delibera 26/06/2019 con cui il Corecom Basilicata ha rigettato l'istanza per la sua genericità e soprattutto perché, non avendo parte istante adempiuto all'onere probatorio sulla stessa incumbente, non è possibile imputare all'operatore alcuna responsabilità per il preteso malfunzionamento della linea fissa; il Corecom richiama un orientamento costante dell'Autorità secondo il quale l'utente deve adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con un minimo grado di precisione, quali siano i motivi alla base della propria richiesta; l'utente ha dichiarato di aver segnalato più volte all'operatore il malfunzionamento della propria linea telefonica, ma di

tali reclami non fornisce alcuna prova. Il gestore, viceversa, assolve il proprio onere probatorio producendo la schermata dei contatti con l'utente da cui risulta l'assenza di reclami o segnalazioni nel periodo indicato

dall'istante. Recentissima determina direttoriale Agcom Fascicolo n. GU14/274756/2020 del 07 ottobre 2020 ha rigettato la richiesta dell'istante: premesso che nel periodo compreso 27/12/19 al 08/01/2020 l'operatore tenuto alla fornitura del servizio era WIND Tre S.p.A., non risulta che l'utente abbia puntualmente reclamato il disservizio, mettendo l'operatore in condizioni di intervenire per risolverlo. Pertanto, fermo restando che, ai sensi dell'articolo 13, comma 1, del Regolamento sugli indennizzi, ai fini del computo dell'indennizzo per sospensione dei servizi è imprescindibile il reclamo inviato dall'utente all'operatore, in virtù dell'orientamento costante dell'Autorità alcun indennizzo potrà essere riconosciuto a tale titolo. Va da sé che non solo viene meno nei confronti di Wind Tre, uno dei principali e fondamentali requisiti dell'azione (giudiziarie o amministrativa): l'interesse, rispetto anche a quanto precisato l'Autorità nelle Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche (Approvate con del. 276/13/CONS): "se dal comportamento tenuto dall'utente può desumersi un completo disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio (ad es. perché per mesi o addirittura anni non ha reclamato o avanzato richieste in proposito) il calcolo dell'indennizzo va fatto decorrere dal momento in cui un simile interesse diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l'operatore" ma, occorre anche evidenziare, come una tardiva contestazione, vada a ledere il diritto di difesa dell'operatore che non ha comunque la possibilità di reperire tutta la documentazione a supporto della propria memoria. (Vedi recente Delibera Agcom DELIBERA N. 96/18/CIR). Relativamente alle presunte mancate risposte ai reclami si ribadisce, come dimostrato in sede di ricostruzione della vicenda, che non solo quanto affermato non corrisponde a verità ma che essendo la richiesta/reclamo del 07/09 sempre afferente al medesimo oggetto ai sensi dell'art. 12 comma 2 dell'allegato A Del. 347/18/CONS., eventuali indennizzi sarebbero in ogni caso da computarsi "... in misura unitaria indipendentemente dal numero di utenze interessate dal reclamo e anche in caso di reclami reiterati o successivi, purché riconducibili al medesimo disservizio". È doveroso ribadire che in riscontro alla PEC del 03/05/2022 la convenuta provvedeva ad inviare all'istante la mail di riscontro entro i termini previsti da Carta Servizi (45 giorni). In ogni caso la richiesta del 07/09/202 di ricevere le condizioni contrattuali relative all'opzione "Giga Travel Weekly" appare quanto meno ridondante poiché lo stesso istante negli allegati depositati ribadisce di aver visionato il materiale relativo presente sul sito istituzionale, lo allega ed ammette di aver appreso, in seguito a telefonata effettuata in pari data al call center, che per l'opzione non vi era contrattualistica ad hoc e che le condizioni/informazioni erano quelle presenti sul sito. Chiede, quindi, di rigettare tutte le richieste dell'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto e non provate. Con memoria di replica depositata in data 15.02.2023, l'utente precisa quanto segue: Presa visione della memoria difensiva presentata da Wind Tre, richiamando e confermando integralmente quanto ho già esposto nell'istanza GU14/569431/2022, con particolare riferimento al documento "INFORMAZIONI AGGIUNTIVE", espongo le seguenti memorie di replica (per praticità si fa riferimento ai righi numerati come da documento riprodotto in appendice alla presente): per quanto esposto ai righi 54-98 All'Autorità non si richiede la riattivazione di uno specifico piano, ma "la cessazione della condotta lesiva". Richiamando quanto esposto in RICHIESTE, punto A), WindTre è ancora tenuto ad adempiere agli impegni contrattuali derivanti dall'attivazione dell'opzione Pieno Wind dal 08/06/2007, essendo tale opzione pienamente in vigore (per effetto - ai sensi dell'art. 36 Codice del Consumo - della nullità della clausola vessatoria che avrebbe portato WindTre a disattivare l'opzione e ad azzerare il relativo credito). La sospensione/disattivazione unilateralmente disposta da WindTre, concretizzando un venir meno agli impegni contrattuali, costituisce condotta lesiva dei diritti dell'utente, ed è in merito a tale aspetto che l'intervento della Commissione è richiesto. Il fatto che WindTre definisca "obbligazione impossibile da adempiere" (rigo 93), con riferimento alla mera commercializzazione, assodato che l'opzione Pieno Wind è attualmente attiva presso utenze, e non fornendo esplicite indicazioni in merito ad oggettivo impedimento, è da contestarsi con quanto previsto dall'art. 1218 codice civile. per quanto esposto ai righi 198-207 precisando che l'assistenza non è stata richiesta "in concomitanza dell'attivazione" (righi 199-200) ma bensì dopo 2 giorni (ovvero dopo tentativi di utilizzo sia in Qatar che in Australia, e in aree geografiche diverse), consapevole che eventuali disservizi temporanei possano dipendere da circostanze locali, premesso di aver informato l'assistenza tecnica di tutti i tentativi di risoluzione fatti (così come riassunti nel reclamo del 03/05/2022, punto 1), in merito all'affermazione che sia stato fornito il "necessario supporto" è da rilevare che: - l'assistenza tecnica tempestivamente evidenziava che non risultavano problemi, senza rendere note le verifiche svolte (su una rete ad oltre 8 mila km); - l'assistenza tecnica si limitava ad invitare all'attivazione dati roaming e alla verifica dell'operatore attivo; interventi che certamente non possono ritenersi adeguati sia in relazione alle informazioni ricevute, sia in considerazione del fatto che

l'assistenza si è imitata alla presunzione che l'utente non sapesse usare connessione dati in roaming (aspetto censurabile in particolare considerato che la 2 di 4

Rif.: Procedimento GU14/569431/2022 richiesta di intervento proveniva da utente che [almeno] dal 2015 aveva specificatamente attiva opzione per l'utilizzo del telefono all'estero). Richiamando nuovamente le prescrizioni dell'art. 8 co. 4 allegato A alla delibera n. 179/03/CSP del 24 luglio 2003 (requisito di "adeguatamente motivata ed indica gli accertamenti compiuti"), si ribadisce che informazioni sugli accertamenti compiuti non sono state date né in occasione del contatto telefonico, né in riscontro al reclamo del 03/05/2022 nel quale è stata totalmente ignorata la parte relativa al mancato funzionamento dell'opzione "Giga Travel Weekly". A tal proposito è ricordare la Deliberazione Co.re.com. Lazio LAZIO/D/1039/2014 del 08-02-2016: "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." per quanto esposto ai righe 129-235 Premesso che dichiaro di non aver precedentemente preso visione di una schermata come quella riportata ai righe 183-193 e altresì dichiaro di non aver preso visione di una schermata come quella riportata ai righe 217-228, è da rilevare: a) che la prima immagine sembrerebbe essere tratta da di dispositivo desktop/tablet; b) che la seconda immagine sembrerebbe essere tratta da dispositivo mobile; c) che l'immagine riprodotta nei righe 217-228 (qui riportata) nella sezione "Wind ricorda" riporta esattamente quanto utile a WindTre mentre la relativa sezione "Wind Ricorda" presente al link <https://www.windtre.it/offerte-all-estero/giga-travelweekly/1> consta di 2770 caratteri, ovvero 400 parole, e tra queste non c'è il testo riprodotto nell'immagine); che l'immagine ai righe 183-193 presenta oscuramento del numero telefonico di riferimento, cosa che non trova motivazione nel contesto in cui è presentata; e) che entrambe le immagini non riportano né riferimenti all'utenza né riferimenti temporali adeguati. Per quanto sopra esposto, le immagini – se non predisposte artificialmente – si possono ritenere di carattere meramente esemplificativo – ovvero "desiderata" della parte che le ha prodotte, e invito pertanto la Commissione a non tenerne conto quale valenza probatoria, in quanto non effettivamente attinenti al caso specifico. d) per quanto esposto ai righe 238-252 si riporta di seguito estratto della comunicazione in parola, nella parte relativa all'oggetto (il documento integrale e la stampa del messaggio di "consegna" sono disponibili già nel fascicolo) per quanto esposto ai righe 255-344 Non mi risultano formalizzate contestazioni per "uso improprio illegittimo del servizio"; altresì da parte mia non risulta "richiesta di rimborso del bonus" e/o di "portabilità del numero" e del credito. per quanto esposto ai righe 345- 357 rimandando a quanto già ampiamente esposto, si ribadisce che la variazione operata in autonomia dal sottoscritto è stata l'attivazione dell'opzione Giga Travel Weekly, nella consapevolezza delle condizioni precontrattuali ricevute. per quanto esposto ai righe 357-433 l'ampia disamina richiama "comportamenti omissivi del danneggiato", "l'assenza di reclami in atti", "comportamento tenuto dall'utente [da cui possa] desumersi un completo disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio". Non vi sono evidenze di pertinenza con il caso in oggetto per quanto esposto ai righe 433-452 rilevando che il reclamo del 07/09/2022, per le motivazioni espresse in premessa allo stesso, era volto all'esercizio di un diritto previsto dalla Carta dei Servizi Wind 3 TERMINI E CONDIZIONI CONTRATTUALI I termini e le condizioni del contratto di acquisto debbono essere di facile accesso, comprensibili e privi di ambiguità. Tali informazioni si devono poter stampare. Il Cliente deve poter dare il consenso esplicito e preventivo alle clausole contrattuali. si sottolinea che l'esercizio di tale diritto non sarebbe reso necessario se WindTre – insistendo nella legittimità della disattivazione dell'opzione Pieno Wind "come previsto" - non avesse instillato il dubbio che le condizioni contrattuali fossero effettivamente diverse da quelle riportate sul sito (che non citano incompatibilità con l'opzione Pieno Wind). A tal proposito è da evidenziare, che l'incompatibilità con l'opzione Piano Wind ove prevista è sempre stata espressamente richiamata nelle informazioni precontrattuali disponibili sul sito (a mero titolo di esempio si riporta di seguito estratto dell'offerta "+200 SMS" che espressamente viene segnalata come "non è compatibile con Pieno Wind"). Si prende comunque atto – altresì per le finalità di risarcimento del danno da perseguire in altra Sede, anche ex art 96 c.p.c.– che WindTre riconosce ed è pertanto consapevole che le informazioni/condizioni da applicare sono quelli disponibili sul proprio sito e nel caso specifico quelle disponibili al link <https://www.windtre.it/offerte-all-estero/giga-travel-weekly/> (ovvero, ove rimosse da WinTre, quelle allegate al reclamo del 03/05/2022) e i cui contenuti sono stati attentamente visionati (secondo i criteri di "diligenza") dal sottoscritto ai fini della sottoscrizione dell'opzione "Giga Travel Weekly", costituendo – in mancanza di diversa documentazione – tale pagina web le "INFORMAZIONI PRECONTRATTUALI" cui la Carta dei Servizi Wind 3 fa riferimento Con

memoria di replica depositata in data 21.02.2023, Windtre precisa quanto segue: In risposta a quanto replicato dall'istante, la scrivente convenuta si riporta alla memoria di parte, da intendersi qui per ripetuta e

trascritta, e precisa quanto segue Punto a) Si ribadisce che il perimetro di azione dell'Autorità adita per espressa previsione normativa (art. 20, commi 4 e 5, Allegato A, Delibera 353/19/CONS), in caso di eventuale fondatezza della domanda, è limitata ad un'eventuale pronuncia di condanna ai casi di "rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". Ai sensi di quanto statuito dall'art. 20, comma 4: "l'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". Nel caso di specie alcuna condotta lesiva è riferibile alla convenuta. Giova ricordare che la variazione contrattuale, che ha portato alla perdita dell'opzione Pieno Wind, è stata operata in autonomia e in ogni caso con consenso espresso dell'istante che veniva avvisato, in modo chiaro ed evidente, che la scelta che stava operando avrebbe comportato l'automatica disattivazione dell'opzione che si ribadisce non essere più in commercio. Quindi non si può parlare nel caso di specie di modifica unilaterale, avendo l'istante prestato consenso alla variazione. Quindi l'invocato art. 1218 c.c. non è invocabile, poiché si è dimostrata l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile alla scrivente società. Punto b) Si ribadisce, per quanto concerne poi l'ulteriore contestazione della non funzionalità dell'opzione "Giga Travel Weekly", che sui nostri sistemi è presente una sola chiamata alla nostra assistenza tecnica, fatta in concomitanza dell'attivazione, in cui al cliente è stato fornito il necessario supporto e che laddove quello fornito in prima istanza non fosse stato utile alla risoluzione della problematica lamentata, nulla vietava di effettuarne altri successivi. Cosa che, come evidenziato dalle schermate interne del nostro sistema operativo, non è avvenuta. Punto c) Per quanto riguarda le schermate allegate, dove si evidenzia che in fase di variazione d'opzione, operata sia direttamente dal sito o da app mobile viene immediatamente segnalato che la stessa comporterà disattivazione di eventuale opzione incompatibile, nel caso di specie il pieno wind Si contesta l'affermazione che le stesse siano state create artificialmente (affermazione lesiva dell'onorabilità della scrivente convenuta) e si specifica che la mancata indicazione del numero in chiaro è dovuta al fatto che le prove sono state eseguite su una numerazione su cui era ancora attiva opzione pieno wind. Quindi su una numerazione diversa da quella dell'istante, e quindi soggetta a privacy. Va da sé che le stesse non potevano essere effettuate sulla numerazione dell'istante, in quanto la stessa era già stata oggetto di variazione. Punto d-e-f-g-h) ci si riporta a quanto già dichiarato nella memoria depositata.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria si ritiene che le richieste formulate dalla parte istante possono trovare parziale accoglimento, per le seguenti motivazioni.

Per quanto riguarda la richiesta sub i) si ritiene che la stessa non possa essere assolta nella misura in cui, da un lato esula dalla competenza del Corecom determinare l'eventuale vessatorietà di una clausola contrattuale, e dall'altro poiché le diverse contestazioni circa la trasparenza dei prezzi, delle informazioni pre- contrattuali, del diritto ad un'informazione completa hanno già trovato ristoro negli indennizzi riconosciuti ai punti successivi.

Per quanto riguarda la richiesta sub ii) si precisa quanto segue: la prima contestazione formale dell'utente in merito alla disattivazione del servizio accessorio Pieno Wind è contenuta nel reclamo inoltrato a Windtre tramite PEC in data 03.05.2022.

In merito all'incompatibilità tra l'opzione Giga Travel Weekly, richiesta dal ricorrente, e la predetta opzione Pieno Wind, da tempo attiva nella sim dell'utente, a sostegno del fatto che di tale circostanza quest'ultimo ne fosse pienamente edotto, Windtre si limita a riportare, nella propria memoria difensiva, una semplice schermata ("print") ricavata dai propri applicativi informatici interni.

A tale proposito va detto che tali allegazioni non possono avere alcuna valenza probatoria essendo documenti interni generati e provenienti dal medesimo soggetto che intende farli valere a proprio favore.

Giova, in proposito, ricordare che “un documento proveniente dalla parte che voglia giovarsene non può costituire prova in favore della stessa né determina inversione dell’onere probatorio” (cfr. ex multis Cassazione n. 8290/2016).

Quindi un mero “print” (ovverosia una mera “stampata”) della schermata di un applicativo dell’operatore non può, per ovvie motivazioni logiche prima ancora che giuridiche, offrire un elemento sufficiente a comprovare il verificarsi di un fatto favorevole allo stesso operatore telefonico.

Per quanto sopra specificato si ritiene che in ossequio a quel principio consolidato (ex multis Corecom Lazio, delibera 69/11, delibera 30/12) secondo il quale gli utenti devono essere tenuti indenni dalle conseguenze di qualsiasi disattivazione di servizi che non sia stata previamente richiesta, si ritiene si possano, nel caso specifico, configurare gli estremi per il riconoscimento dell’indennizzo di cui all’art. 5, comma 2 del Regolamento indennizzi, determinato nella sua quantificazione massima pari a € 300,00=.

Per quanto riguarda la richiesta sub iii) si precisa quanto segue: non risulta condivisibile quanto affermato da Windtre nella propria memoria difensiva secondo cui l’utente avrebbe segnalato soltanto in data 10.04.2022 la mancata attivazione/funzionamento dell’opzione Giga Travel Weekly, poichè la medesima segnalazione viene reiterata, da parte attorea, anche nel reclamo del 03.05.2022.

Al riguardo si evidenzia che il gestore non ha dimostrato di avere provveduto, in maniera compiuta ed efficace, a informare l’istante in ordine ad un’asserita incompatibilità tecnica tra l’opzione Pieno Wind e l’opzione Giga Travel Weekly, non potendosi riconoscere, come per altro già evidenziato al punto sub ii) di cui sopra, alcuna valenza probatoria, in tal senso, ad una semplice schermata (“print”) ricavata dagli applicativi informatici interni di Windtre.

Sul punto si deve quindi rilevare che l’operatore non ha assolto diligentemente agli oneri informativi su di esso gravanti, in ossequio ai criteri uniformi di trasparenza e chiarezza, di cui all’articolo 4, comma 2, dell’allegato A), alla delibera n. 179/03/CSP e pertanto, si ritiene che l’utente abbia diritto a vedersi riconosciuto l’indennizzo di cui all’art. 4, comma 3, determinato nella sua quantificazione massima pari a € 300,00=.

Per quanto riguarda la richiesta sub iv) si condivide, in proposito, quanto affermato dall’utente circa il fatto che la risposta di Windtre al reclamo del 03.05.2022, non soddisfi integralmente i requisiti minimi e necessari richiesti dell’art. 8 co. 4 dell’allegato A alla delibera n. 179/03/CSP., affinché la stessa possa configurarsi come adeguato riscontro, in quanto la predetta nota del 20.06.2022 nulla dice in merito al mancato funzionamento dell’opzione Giga Travel Weekly, di tal chè si ritiene ricorrano i presupposti per il riconoscimento dell’indennizzo di cui all’art. 12, comma 1 comma del Regolamento indennizzi (allegato A, delibera Agcom n. 347/18/CONS.) che viene quindi determinato nella sua quantificazione massima, pari a € 300,00=. Per quanto riguarda la richiesta sub v) si ritiene che la stessa non possa essere accolta, in quanto la nota del 07.09.2022 inoltrata in pari data dall’utente a Windtre, non configuri gli estremi del reclamo così come definito dall’art. 1, comma 1, lettera d), dell’allegato A alla delibera 179/03/CSP il quale definisce, appunto, il reclamo come l’istanza con cui l’utente si rivolge direttamente all’organismo di telecomunicazioni per segnalare un disservizio, ovvero una questione attinente oggetto, modalità o costi della prestazione erogata, trattandosi, piuttosto, di una pura e semplice richiesta di informazioni.

Per quanto riguarda, infine, la richiesta sub vi) si ritiene non possa essere accolta per le medesime argomentazioni di cui al punto sub i) come sopra specificato.

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. Di accogliere parzialmente l'istanza di XXXX XXXXX nei confronti di Windtre s.p.a.; WINDTRE è tenuta:– a corrispondere, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, l'importo di € 300,00 = (trecento/00) a titolo di indennizzo per la disattivazione del servizio accessorio Pieno Wind;
 - a corrispondere, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, l'importo di € 300,00 = (trecento/00) a titolo di indennizzo per la mancata attivazione/funzionamento del servizio accessorio Giga Travel Weekly;
 - a corrispondere, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, l'importo di € 300,00 = (trecento/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo;
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;
4. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso;
5. La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Il Vice Presidente
F.to(*) Dott. Fabrizio Comencini

Il Dirigente
verbalizzante
F.to(*) Dott. Maurizio Santone

(*) Il documento è firmato digitalmente ai sensi del D. Lgs. 7 marzo 2005 n. 82 e s.m.i. e sostituisce il documento cartaceo e la firma autografa.