



DELIBERAZIONE
n. 101 del 22 giugno 2022

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: GU14 n. 93-18 xxxxx /Wind Tre S.p.A.**

Presenti:

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

Assenti:

Presiede: **Enzo Brogi**

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

II COMITATO REGIONALE per le COMUNICAZIONI

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

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 "*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", in particolare l’art. 1, comma 6, lettera a), n. 14 e comma 13;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante il “Codice delle comunicazioni elettroniche” come modificato dal decreto legislativo n. 207 del 2021;

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

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

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

VISTA la Delibera n. 374/21/CONS recante: “*Proroga dell’Accordo quadro tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle regioni e province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle assemblee legislative delle regioni e delle province autonome, concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni*”.

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

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

VISTA la Delibera Agcom n. 276/13/CONS “*Approvazione delle Linee Guida relative all’attribuzione delle deleghe ai CoReCom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*”;

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

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

VISTA l’istanza GU14 n. 93 del giorno 5 febbraio 2018 con cui la società Confraternita della Misericordia Onlus chiedeva l’intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società la società Wind Tre S.p.A. (già Wind Telecomunicazioni S.p.A., di seguito, per brevità, Wind Tre) ai sensi dell’art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A (di seguito il “Regolamento”);

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

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

La società istante, titolare di un contratto *business* per le utenze di cui al codice cliente n.xxxxx, lamenta, da parte dell’operatore Wind Tre, la difformità nella fatturazione rispetto alla proposta contrattuale, nonché il mancato rimborso delle penali per recesso anticipato pagate al precedente operatore a seguito di passaggio a Wind Tre.

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

- in data 16 settembre 2016 sottoscriveva “*un contratto con impegno da parte di Wind Tre a rimborsare le penali/costi di recesso del precedente operatore Vodafone*”, di cui alla fattura AG206 2073 del 28 dicembre 2016;
- constatava il “[*m*]ancato rimborso delle penali di Vodafone Italia Spa”, che aveva provveduto a pagare al predetto gestore in data 17 gennaio 2017 (pari alla somma di euro 4.808,61);
- riceveva comunicazione circa la “*Modifica unilaterale condizioni economiche*” e comunicava con PEC del 13 ottobre 2017 l’intenzione di recedere dal contratto;

Parte istante, inoltre, ha contestato quanto segue:

- “*Errate fatturazioni e mancate applicazione condizioni contrattuali (costi) più elevati al pattuito, doc. 3)*”.
- “*Fatturazione a 28 giorni che si contesta (doc. 3)*”.
- “*Addebiti per ricariche che si contestano (doc. 3)*”.
- “*Attivazione servizi a sovrapprezzo non richiesti (doc. 3)*”.
- “*Malfunzionamento servizio principale ed accessorio (doc. 3)*”.

In data 10 novembre 2017 la parte istante esperiva nei confronti dell’operatore convenuto 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) il “rimborso di quanto pagato e non dovuto”;
- ii) lo “storno di quanto non dovuto”;
- iii) la “liquidazione indennizzi in genere”;
- iv) il “ritiro eventuale pratica recupero credito, a cure e spese del Gestore”.

2. La posizione dell'operatore.

La società Wind Tre ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione allegata, nella quale ha, inizialmente, richiamato che *“l'istante contesta il mancato rimborso delle penali/costi di recesso del precedente operatore, la modifica delle condizioni generali di contratto e l'errata fatturazione in quanto non conforme alle condizioni contrattuali, la fatturazione a ventotto giorni e gli addebiti per ricariche, i servizi a sovra prezzo non richiesti e il malfunzionamento del servizio principale ed accessorie”*.

Con riferimento alla contestazione di parte istante circa il mancato rimborso delle penali pagate al precedente operatore, l'operatore Wind Tre ha ritenuto opportuno *“evidenziare preliminarmente che (...) in data 28/02/2018 predisponesse l'emissione di una nota di credito per € 2.880,00 oltre iva a titolo di rimborso delle penali con modalità di rimborso bonifico bancario sulle coordinate Banca Prossima S.p.A. IT74H0335901600100000019708. (Allegato 2). Tale gestione non veniva effettuata al ricevimento del fax del 22/02/2017 in quanto parte istante non allegava il bollettino di avvenuto pagamento della fattura dell'altro operatore e perché in allegato alla proposta di contratto non era presente il modulo commerciale che autorizzava il rimborso. Wind Tre informava di tale gestione telefonicamente in data 01/03/2017 (Allegato3)”*.

Con riferimento alla contestazione di parte istante sulle penali di recesso, l'operatore Wind Tre ha ritenuto opportuno *“sottolinea[re] che a seguito del ricevimento della pec del 13/10/2017 con cui il cliente comunicava di volere effettuare la portabilità di tutte le sim avvalendosi del diritto di recesso per unilaterale cambio di condizioni contrattuali, Wind Tre emetteva gli storni dei costi di incasso sulle fatture di prossima emissione. (Allegato 4)”*

Inoltre, l'operatore Wind Tre ha precisato *“che per gli altri motivi del contendere il cliente non faceva pervenire alcun reclamo”*.

Venendo ai *“[m]otivi di diritto”*, l'operatore ha evidenziato che *“[l]a domanda attorea non è fondata in fatto e in diritto”*.

Con riferimento *“alla contestata fatturazione”* l'operatore ha ritenuto opportuno *“richiamare l'art 7 delle condizioni generali di contratto che dispone: "Eventuali reclami riguardanti ogni aspetto del rapporto contrattuale e/o la fornitura del Servizio dovranno essere inoltrati a Wind mediante comunicazione con ogni mezzo, e relativa conferma con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, entro 45 (quarantacinque) giorni dal verificarsi dell'evento. Wind fornirà risposta entro 45 (quaranta cinque) giorni dalla sua ricezione. I reclami relativi a disservizi di natura eccezionale e generalizzata di particolare complessità tecnica della rete dovranno essere confermati con lettera raccomandata con avviso di ricevimento entro 45 giorni dalla chiusura del disservizio. Wind esaminerà il reclamo e fornirà risposta al Cliente entro 45 (quarantacinque) giorni dal ricevimento del medesimo. Per tutte le tipologie di reclami presentati per iscritto Wind fornirà riscontro scritto entro il termine sopraindicato. Nel caso di reclami per fatti di particolare complessità, che non consentano una risposta esauriente nei termini di cui sopra, Wind informerà il Cliente entro i predetti tempi massimi sullo stato di avanzamento della pratica. Anche i reclami in merito agli importi fatturati dovranno essere inoltrati entro 45 (quarantacinque) giorni*

dalla data di emissione della fattura, con l'indicazione delle voci e degli importi contestati Qualora il reclamo sia riconosciuto fondato, Wind compenserà gli importi non dovuti dalla prima fattura successiva. Resta inteso che, anche in caso di reclamo, gli importi contestati dovranno essere pagati per intero entro il termine indicato nella fattura contestata. Qualora il Cliente abbia esperito le procedure previste nel precedente art. 3.5 e non sia stato posto rimedio entro 30 giorni al malfunzionamento che impedisce gravemente l'utilizzo dei Servizi, il Cliente potrà recedere dal Contratto con effetto immediato dalla data di ricevimento della comunicazione da parte di Wind senza il pagamento di alcuna penalità." (Allegato 5)"

Con riferimento alle contestazioni dell'istante sulla fatturazione emessa, la società Wind Tre ha osservato, inoltre, che:

- *i "termini concessi all'utente per contestare le fatture hanno la loro ragion d'essere nel permettere all'operatore di utilizzare tutti i mezzi a disposizione per effettuare i controlli necessari. Nel caso di specie, la convenuta non è mai stato posto nella condizione di effettuare i controlli entro il termine di scadenza e pertanto la fatturazione si deve considerare corretta e incontestabile";*
- *"la convenuta già assolve all'onere della prova sulla stessa incombente depositando le fatture al tempo emesse e non contestate, rappresentando le stesse già prova della correttezza della fatturazione, senza che si renda necessaria un'ulteriore prova. In via generale, infatti, l'operatore che abbia emesso una fattura non contestata e non pagata potrebbe direttamente rivolgersi al giudice per ottenere un decreto ingiuntivo senza dover preventivamente effettuare la conciliazione obbligatoria essendo le fatture così emesse, già crediti certi, liquidi ed esigibili".*
- *"in riferimento al caso specifico in esame, si consideri che l'utente non ha permesso alla convenuta di predisporre una adeguata difesa, non potendo la stessa, in base ai vincoli in materia di privacy, estrarre il traffico ed effettuare i necessari controlli per confermare la correttezza della fatturazione. Tale fatto, costituisce una grave violazione del principio di difesa che non può risolversi in una presunzione di colpevolezza a carico della stessa".*

L'operatore ha dedotto, *"pertanto, che la fatturazione effettuata è avvenuta regolarmente, non essendo stata contestata nei termini concessi"* e che *"[a]d ogni modo nessuna violazione può attribuirsi a WIND anche relativamente a singole disposizioni di cui alla Delibera 179/03/CONS (cfr arti 8 comma 4). A tal riguardo, la delibera citata ha espressamente stabilito l'obbligo per gli organismi di telecomunicazioni di fornire un servizio di assistenza accessibile anche telefonicamente oltre che per posta e via telematica ai quali il cliente ha l'onere di inoltrare i reclami riguardanti la propria utenza telefonica. L'art. 8 (reclami e segnalazioni) della predetta delibera, in particolare, prevede che: "Gli organismi di telecomunicazioni assicurano agli utenti il diritto di presentare, senza oneri aggiuntivi; reclami e segna/azioni; per telefono, per iscritto, a mezzo fax o per via telematica, in particolare per malfunzionamenti o inefficienze del servizio, inosservanza delle clausole contrattuali o delle carte dei servizi nonché dei livelli di qualità in esse stabiliti Nella documentazione di fatturazione inviata all'utente sono indicati il numero telefonico e l'indirizzo dell'ufficio dell'organismo di telecomunicazioni cui poter presentare reclami e segna/azioni In caso di servizi prepagati; la possibilità di accedere alla medesima informazione è assicurata all'utente in forma scritta all'atto dell'adesione al servizio. Gli organismi di telecomunicazioni assicurano agli utenti la tracciabilità o, almeno, la riferibilità di reclami e segnalazioni presentati in una delle forme di cui al comma 1. Gli organismi di telecomunicazioni indicano nelle carte dei servizi il termine per la definizione dei reclami, termine che non può essere superiore a quarantacinque giorni dal ricevimento del reclamo stesso.*

L'organismo di telecomunicazioni comunica all'utente l'esito del reclamo. In caso di accoglimento del reclamo, l'organismo di telecomunicazioni indica i provvedimenti o le misure soddisfattive per rimuovere le irregolarità riscontrate e per il ristoro dei pregiudizi arrecati In caso di rigetto, la risposta in esito al

reclamo è in forma scritta, è adeguatamente motivata ed indica gli accertamenti compiuti. Inoltre l'organismo di telecomunicazioni comunica all'utente le informazioni relative alle procedure di risoluzione delle controversie, anche alternative alla giurisdizione, previste dalla delibera n.173/07/CONS'.

L'operatore ha, altresì, rappresentato che per "gli eventuali disservizi occorsi, mai segnalati a WIND, (...) la normativa contrattuale nonché le previsioni della Carta Servizi sono chiare e all'art. 2.2, in tema di irregolare funzionamento del servizio, prevedono espressamente che "WIND si impegna ad eliminare eventuali irregolarità funzionali del servizio entro il quarto giorno non festivo successivo a quello in cui è pervenuta la segnalazione, ad eccezione dei guasti di particolare complessità che verranno comunque riparati con la massima tempestività. Con riguardo a quest'ultima tipologia di guasti; WIND si impegna a fornire informativa attraverso ogni canale, ad esempio tramite sito web, sullo stato del disservizio occorso.... ". Nel caso in cui WIND non osservi i predetti termini; il Cliente avrà diritto agli indennizzi di cui al punto 3.3'. Pertanto, il diritto del Cliente ad essere indennizzato nasce solo nel caso in cui WIND non abbia eliminato il disservizio entro il quarto giorno. (Allegato 6)"

La società Wind Tre ha, inoltre, richiamato, fra l'altro, "la delibera Agcom n. 69/11/CIR, nonché unanime orientamento dell'Autorità in materia, ha ritenuto che "Non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore per malfunzionamento della linea qualora l'utente non provi di aver inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di un reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi, provvedere alla sua risoluzione. (Così, conformemente, le delibere Agcom Delibera nn. 100/12/CIR, i 13/12/CIR, 127/12/CIR; 130/12/CIR, 82/12/CIR, 38/12/CIR, 69/10/CIR). Alla luce delle recenti pronunce dell'Autorità, nello specifico la determina direttoriale 59/15/DIT, si deve ritenere ormai inconfutabile, il principio per cui "se è onere del gestore la prova della risoluzione della problematica lamentata dal cliente, è inconfutabile che sul cliente incomba l'onere della segnalazione del problema, come peraltro sancito dalla società in sede contrattuale".

L'operatore, "[a]lla luce delle suesposte argomentazioni, si deve ritenere che nessuna responsabilità può essere ravvisata in capo alla convenuta sul punto in esame. Risulta evidente che "l'onere della prova della risoluzione della problematica lamentata ricade sul gestore, ma è inconfutabile che sul cliente incomba l'onere della segnalazione del problema, come peraltro sancito dalla società in sede contrattuale e nella sua Carta dei Servizi che elenca i vari canali di comunicazione messi a disposizione della società medesima "(Delibera n. 105/14/CIR)".

L'operatore, inoltre, ha osservato che "[p]er mero scopo tuzioristico in merito ai servizi a sovra prezzo, il quadro normativo regolamentare attualmente vigente è rappresentato dal D.M. n. 145/2006 (Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo), dalla Delibera 418/07/CONS con particolare riferimento al blocco servizi a sovrapprezzo (Disposizioni in materia di trasparenza della bolletta telefonica, sbarramento selettivo di chiamata e tutela dell'utenza), dalla Delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (in seguito "l'AGCom") sul Piano di Numerazione Nazionale (Delibera 26/08/CIR, quale modificata ed integrata dalla recente Delibera 52/12/CIR ("Delibera sul PNN") e dal CASP (Codice di Condotta per l'offerta dei servizi premium). Le condizioni generali di contratto WIND esplicitano chiaramente le caratteristiche del servizio di telefonia mobile. In particolare, aderendo al servizio di telefonia mobile il cliente potrà 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 (art.3.2 delle condizioni generali di contratto). Richiamando poi la nozione di servizi a sovrapprezzo quali servizi forniti attraverso reti di comunicazione elettronica, mediante l'uso di specifiche numerazioni che consentono l'accesso degli utenti ad informazioni o prestazioni a pagamento, va da se che l'abilitazione della SIM alla fruizione dei servizi a sovrapprezzo forniti a mezzo di specifiche numerazioni è insita - in quanto propria - al servizio di telefonia mobile, quindi già prevista in seno alle condizioni generali di

contratto e resa nota al consumatore sin dal momento in cui aderisce al servizio Wind. Lo stesso dicasi per l'accesso a servizi premium forniti sul web, dal momento che le condizioni generali di contratto precisano che la SIM è abilitata al servizio di connettività internet. Dall'abilitazione deve distinguersi la fruizione e quindi la richiesta di servizi a sovrapprezzo la cui attivazione è subordinata alla conclusione di uno specifico contratto distinto dal contratto di telefonia mobile. Invero, l'utente che decida di avvalersi dei servizi per i quali la SIM è astrattamente abilitata è chiamato a manifestare la propria volontà attraverso una specifica attività. Nella specie, qualora nell'ambito dell'utilizzo del traffico dati in mobilità, il consumatore voglia attivare dei servizi a sovrapprezzo dovrà selezionare sul terminale mobile l'apposita icona/tasto di attivazione dello specifico servizio".

L'operatore ha, inoltre, osservato che, *"pertanto, come sopra illustrato, si tratta di comportamenti attivi del consumatore che implicano la manifestazione di un consenso per fatti concludenti al perfezionamento di un autonomo e specifico rapporto contrattuale per l'acquisizione dei predetti servizi".*

L'operatore ha aggiunto, *"[c]on riferimento, poi, alla richiesta dell'istante di avere oltre al rimborso/storno delle somme addebitate per servizi a sovrapprezzo anche un indennizzo per servizi non richiesti (...) che":*

- "secondo l'attuale orientamento AGCom la suddetta richiesta di indennizzo per servizi non richiesti non può trovare accoglimento in quanto la fattispecie in esame esula dall'ambito oggettivo di cui all'art. 8 della Delibera 73/11 non trattandosi di attivazione di servizio non richiesto bensì di fatturazione indebita che trova il suo soddisfacimento attraverso la restituzione degli importi addebitati in fattura o mediante lo storno degli stessi nel caso in cui non siano stati corrisposti dall'istante (Determina 49/15/DIT, Determina n. 59/15/DIT; Delibera 89/15)".

- "in merito alla conservazione del traffico telefonico, l'attuale disciplina in materia di tutela dei dati personali d.lgs. 1 giugno 2003 n 196 e s.m.i. all'articolo 123 (rubricato dati relativi al traffico) 1. I dati relativi al traffico riguardanti contraenti ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico sono cancellati o resi anonimi quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatte salve le disposizioni dei commi 2, 3 e 5. 2. Il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per il contraente, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale";

- "gli operatori telefonici in presenza di una contestazione scritta possono conservare il traffico tel. relativo all'ultimo semestre ovvero dalla data del reclamo fino ai sei mesi precedenti. Pertanto al fine di consentire all'operatore l'esercizio del proprio diritto di difesa le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono le fatture relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato il reclamo che come già specificato nel caso in esame il cliente non faceva pervenire".

In conclusione l'operatore ha ribadito la richiesta di rigetto di *"tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto".*

3. La replica dell'istante.

La parte istante, per il tramite del proprio legale, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria di replica, con documentazione allegata, nella quale ha contestato la memoria dell'operatore.

Con riferimento *"alla mancata applicazione da parte di wind tre spa di quanto pattiziamente stabilito: mancato rimborso delle penali di Vodafone Italia spa (operatore donating)"* parte istante ha *"[i]n primo*

luogo, (...) evidenzia[to] come nella propria memoria, controparte sembra riconoscere la debenza dell'importo di euro 2.880,00 nei confronti di parte istante per il mancato rimborso della penali pagate dall'istante a Vodafone (doc. 3) ed evidenzi il fatto che sta provvedendo al rimborso (mediante bonifico) di tale somma. Orbene, se la somma di euro 2.880,00 costituisce il riaccredito dei costi di recesso corrisposti a Vodafone Italia Spa e di cui Wind Tre Spa si era impegnata contrattualmente al rimborso (fattura n. AG20612073, doc. 3), appare ictu oculi che con l'effettivo accredito di tale importo sull'iban della ricorrente, venga a cessare la materia del contendere del presente procedimento”.

Parte istante ha, altresì, evidenziato “[i]n secondo luogo” che “se il riaccredito sopra menzionato fosse invece, solo il rimborso delle "penali e/o costi di attivazione per SIM", pagate dalla xxxx al momento della chiusura del contratto (fattura 2018T000047039, doc. 8), (...) [a]ppaiono per tabulas le seguenti circostanze:

a) sottoscriveva contratto di telefonia con Wind Tlc. Spa (ora Wind Tre spa) per l'attivazione di n. 36 utenze mobili (doc. 9);

b) in tale contratto era prevista l'allegato denominato "Rimborso Penali - Offerta Mobile e Fisso per le Medie Aziende - Rimborso Penali" (doc. 4);

c) tale clausola prevede espressamente che “..Tutti i nuovi clienti che passeranno a Wind Business su mobile o fisso da altro operatore potranno richiedere un rimborso pari a 80 € per ogni SIM e pari a 50 € per ogni contratto di rete fissa..”.

d) Vodafone Italia Spa addebitava nella fattura n. AG20612073 del 28.12.2016 l'importo di euro 2.875,16 a titolo di "Addebito costi di attivazione (disattivazione Piano Zero avvenuta prima del 24.mo rinnovo" (doc. 7).

e) Controparte dà atto di aver ricevuto in data 22.2.2017 la richiesta di rimborso delle somme di cui sopra da parte della xxxx, ma di non avervi provveduto per la mancanza di alcuni requisiti.

f) Sul punto, si evidenzia (...) come mai parte istante sia stata messa al corrente delle ragioni per cui l'operatore non volesse provvedere al richiesto rimborso”.

Sul punto parte istante ha precisato di riservarsi “comunque [di depositare] la produzione del bonifico con cui è stata saldata la fattura di Vodafone Italia Spa con le penali da rimborsare (n. AG20612073)” L'operatore ha concluso che “il rimborso concordato con Wind Tre Spa (pari ad Euro 80,00 x 36 sim per un totale di euro 2.880,00) non è mai avvenuto” ed inoltre che “[a]ppare ictu oculi come il Gestore non abbia correttamente gestito il cliente in termini di chiarezza e trasparenza e abbia comunque disatteso ogni impegno contrattualmente assunto.

Ciò, in evidente contrasto sia con la normativa vigente che sancisce il principio di trasparenza e completezza informativa di cui al Codice delle Comunicazioni elettroniche (art. 70).

A ciò si aggiunga, che tutte le disposizioni esposte integrano - poi - quanto previsto in via generale dal codice civile vigente in materia di contratti (artt. 1175 e 1375) / rispettivamente in materia di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto. Per quanto sopra esposto, si chiede richiede a Codesto Comitato il rimborso di quanto pattuito tra le parti, oltre alla liquidazione degli indennizzi previsti dalla delibera n. 73/11 per tale tipo di disservizio.

- “in merito alla mancata e/o inesatta applicazione da parte di Vodafone Italia spa di quanto pattiziamente stabilito contesta anche la mancata applicazione delle condizioni economiche pattuite (costi più elevati rispetto al pattuito). “Ciò nonostante, provvedeva al saldo di tutte le fatture poi decidere di chiudere il rapporto contrattuale. Appare ictu oculi come il Gestore non abbia correttamente gestito il cliente in termini di chiarezza e trasparenza e abbia comunque disatteso ogni impegno contrattualmente assunto.

Ciò, in evidente contrasto sia con la normativa vigente che sancisce il principio di trasparenza e completezza informativa di cui al Codice delle Comunicazioni elettroniche (art. 70). Per quanto sopra esposto, si chiede richiede a Codesto Comitato anche il ricalcolo di tutte le fatture emesse con conseguente rimborso di quanto pagato in eccesso rispetto al pattuito, oltre alla liquidazione degli indennizzi previsti dalla delibera n. 73/11”.

- in merito all’attivazione non richiesta "servizi e/o extra" a sovrapprezzo, l’operatore telefonico procedeva all’attivazione non richiesta sia di alcune numerazioni mobili che di servizi a sovrapprezzo. tale disservizio è accertabile per tabulas dalla lettura della stessa fattura (doc. 3). in considerazione dell’attivazione di servizi accessori non richiesti di sulle utenze mobili di cui risultava intestataria la ricorrente, Vodafone Italia spa sarà pertanto tenuta a stornare e/o a rimborsare tutte le fatture emesse sino alla data di disattivazione dei servizi non richiesti. a ciò si aggiunga che la delibera n. 73/11/cons ha espressamente riconosciuto anche gli indennizzi per l’attivazione di servizi non richiesti di euro 1,00 pro die”.

- in merito alla modifica unilaterale delle condizioni economiche ed alla fatturazione a 28 giorni che si contesta precisa quanto segue.

“Ai sensi e per gli effetti di cui all’art. i della Legge n. 40/2007 si prevede che:” I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell’operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni La violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 è sanzionata dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, applicando l’art. 98 del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 10 agosto 2003, n. 259, come modificato dall’articolo 2, comma 136, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286.. ”.

Nel corso del rapporto contrattuale l’operatore telefonico modificava ripetutamente ed unilateralmente le condizioni economiche pattuite. Si aggiunga anche che modificava illegittimamente la fatturazione portando a 28 giorni invece che 30 giorni. Tale condotta è stata ritenuta illegittima dall’Agcom. È chiaro, quindi, come la società istante (in applicazione di tale principio) contesti la legittimità/validità, nonché la debenza delle fatture emesse successivamente alle modifiche operate del tutto illegittimamente dall’operatore telefonico”.

- in merito all’illegittimo addebito di ricariche sulle numerazioni mobili “contesta l’illegittimo addebito di ricariche sulle 36 numerazioni mobili di cui aveva la disponibilità. Quest’ultimo non poneva alcun rimedio al proprio disservizio. Appare ictu oculi, quindi, l’inadempimento del Gestore telefonico che ha disatteso un impegno contrattualmente assunto e comunque violato un obbligo previsto dalla normativa speciale applicabile. Per quanto sopra esposto, si chiede richiede a Codesta Autorità la liquidazione degli indennizzi previsti dalla delibera n. 73/11”.

- in merito all’illegittima applicazione da parte di costi a titolo di "recesso anticipato e/o risoluzione anticipata e/o altri importi e/o addebito costi di attivazione e/o altri importi", preliminarmente, evidenzia “come controparte nella propria memoria faccia rilevare che:” ..Inoltre si sottolinea che a seguito del ricevimento della pec del 13.10.2017 con cui il cliente comunicava di voler effettuare la portabilità di tutte le sim avvalendosi del diritto di recesso per unilaterale cambio di condizioni contrattuali, Wind Tre emetteva gli storni dei costi di incasso sulle fatture di prossima emissione..”

Orbene, se quanto sopra scritto da Wind Tre Spa corrisponde alla volontà di quest’ultimo di riaccreditarla a parte istante i costi di recesso (pari ad euro 2.880,00) presenti nella fattura n. 2018T000047039, appare ictu oculi che con l’effettivo accredito di tale importo sull’iban della ricorrente, venga a cessare la materia

del contendere del presente procedimento. De hoc satis. Se così non fosse, la scrivente difesa svolge le seguenti considerazioni sul presente punto della memoria.

- In primo luogo, si evidenzia come il presente procedimento non abbia ad oggetto la fattura n. 2018T000047039 che Wind Tre Spa emetteva - in data 20.1.2018 - nel momento in cui parte istante richiedeva la chiusura del contratto (13.10.2017, doc. 4 di controparte).

- in secondo luogo, si fa rilevare come sia la stessa Wind Tre Spa, nella propria memoria, a riconoscere che la chiusura del rapporto contrattuale sia avvenuta "per unilaterale cambio di condizioni contrattuali" (effettuate dall'operatore telefonico, n.d.r.). Per tale motivo e per quanto previsto dalla legge n. 40/2007, nessuno costo per recesso anticipato doveva essere addebitato nei confronti di parte istante.

- in terzo luogo, appare per tabulas invece come la fattura n. 2018T000047039 porti addebiti legati alla chiusura anticipata del contratto per euro 2.880,00.

Tali addebiti peraltro sono stai per intero corrisposti con il saldo integrale della fattura in parola.

- In quarto luogo, si evidenzia come nel caso di specie ci troviamo in un'ipotesi di risoluzione per inadempimento piuttosto che di un puro e semplice recesso.

La circostanza è naturalmente rilevante per quanto riguarda l'imputabilità o meno dei costi di chiusura del contratto in capo all'utente. La scrivente difesa ritiene che l'eccezione di cui sopra sia assolutamente dirimente in merito alla non legittimità (e quindi alla non debenza) dei costi di recesso anticipato addebitati da Wind Tre Spa nelle fatture contestate. Nel caso in cui non dovesse essere accolta l'eccezione di cui sopra, si evidenzia all'Ill.mo Comitato adito come alla chiusura del contratto Wind Tre Spa emetteva la fattura n. 2018T000047039, in cui addebitava importi a titolo di "Contributo di attivazione per SIM" che si contestano in quanto in contrasto con la normativa speciale applicabile.

A) In merito alla debenza dei costi di recesso e al cosiddetto riallineamento dell'offerta.

I gestori telefonici sostengono che la sottoscrizione di un'offerta promozionale rappresenta un accordo accessorio a quello principale, con la conseguenza che il recesso anticipato dall'offerta promozionale è una fattispecie diversa dal recesso dal contratto base (non soggetta quindi all'applicazione dell'art. 1, comma 3, L. 40/2007). Chiaro quindi l'intento dell'operatore telefonico di voler promuovere delle normali tariffe commerciali (prive, quindi, di alcuna promozione) per poi rivendicare che la tariffa sottoscritta non era quella cosiddetta a "prezzo pieno" (mai proposta al cliente, n.d.r.), ma quella "scontata" a cui il medesimo cliente avrebbe invece aderito. Basterà infatti un'attenta consultazione delle proposte commerciali formulate dall'operatore telefonico sui principali network televisivi e/o testate giornalistiche e/o siti internet per poter verificare che i costi dei piani tariffari pubblicizzati siano proprio quelli che il gestore sostiene essere invece il frutto di un'offerta base (cioè a prezzo intero, n.d.r.) su cui poi viene operata una promozione (cosiddetto sconto, n.d.r.).

In questo modo, peraltro, l'operatore telefonico si precostituisce la possibilità di sottrarre il contratto (in essere con il cliente, n.d.r.) all'applicazione della Legge Bersani per l'eventuale addebito di "penali" in conseguenza di un eventuale recesso anticipato operato dall'utente con profili di illegittimità ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1344 c.c..

B2) Congruità e ragionevolezza del costo di recesso addebitato.

Si evidenzia al Giudicante come il principio sostenuto da controparte sia quello che in ragione degli sconti applicati, l'operatore telefonico necessita dell'intera durata contrattuale per "rientrare" del mancato guadagno legato alla promozione. Orbene, appare icu oculi come lo schema contrattuale in parola non possa prescindere dal momento in cui interviene la chiusura del contratto e dall'importo addebitato dall'operatore telefonico a titolo di "Contributo di attivazione per SIM".

Infatti, un addebito effettuato comunque nella sua interezza e a prescindere dal momento in cui interviene il recesso, costituirebbe di fatto una "penale" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 40/2007. La condotta posta in essere dall'operatore opererebbe infatti un "fortissimo" deterrente al passaggio ad altro operatore con conseguentemente grave compressione della libertà contrattuale del cliente debole.

Libertà contrattuale che la normativa speciale applicabile al caso di specie tende a preservare. In caso di mancato accoglimento dell'eccezione di cui sopra, si ribadisce come l'operatore telefonico "rientri" del costo della promozione mediante il saldo dei piani tariffari applicati al cliente, mentre quest'ultimo ottiene l'applicazione di una tariffa promozionale/scontata invece di quella intera. Conditio sine qua non dell'operazione è che il rapporto contrattuale abbia una durata di almeno di 24 mesi. Se così è, appare icu oculi come la perdita economica che Wind Tre Spa sarebbe costretta a sopportare sia in ogni caso parametrata al momento in cui l'utente decide di recedere anticipatamente dal contratto in essere. Quindi, nel caso in cui tale momento sia posizionato tanto più vicino alla scadenza contrattuale, tanto minore sarà evidentemente la perdita in parola.

In ragione delle considerazioni di cui sopra, si chiede a Codesto Spett.le Comitato di voler rideterminare i costi addebitati dall'operatore telefonico a titolo di "Corrispettivo per recesso e/o risoluzione anticipata e/o addebito costo di attivazione (disattivazione Piano Zero avvenuta prima del 24.mo mese) e/o Altri Importi e/o Costi di Attivazione" che altrimenti sarebbero esorbitanti e privi di qualsivoglia ragionevolezza".

"In merito ai costi di recesso in generale, sul punto ed in primo luogo, si fa rilevare come la cosiddetta "Legge Bersani" (art. 1, terzo comma, Legge 40/2007) preveda che agli utenti dei servizi di telefonia, di comunicazione elettronica e televisivi, i quali decidono di recedere dal contratto stipulato con l'operatore, non possono essere addebitate da quest'ultimo "spese non giustificate da costi dell'operatore". Eventuali clausole difformi sono nulle. Chiaro che l'obiettivo perseguito dalla normativa speciale sia quello di impedire che l'imputazione di qualsiasi voce di costo alle attività di recesso rafforzi proprio quell'effetto di "Retention" del cliente che il D.L. n. 7 del 2007 (ora Legge n. 40/2007) ha inteso neutralizzare. Appare icu oculi che la tempistica dell'addebito dei "costi per recesso anticipato" all'utente (al momento cioè della chiusura anticipata del contratto a 24 mesi, n.d.r.) e la rilevante quantificazione degli stessi costituisca a tutti gli effetti un "fortissimo" deterrente al passaggio ad altro operatore con conseguentemente grave compressione della libertà contrattuale del cliente debole che invece la normativa speciale tende a tutelare".

"A Codesto Comitato comunque ogni più opportuna considerazione sul punto. Anche per questa ragione, si chiede lo storno/annullamento degli importi addebitati a parte istante e menzionati nel presente capo della memoria.

In conclusione, si chiede l'accoglimento delle seguenti conclusioni:

- a) *presa d'atto della chiusura del contratto individuato dal codice cliente n. 000242115 per la rete mobile migrata ad altro operatore telefonico.*
- b) *Accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale di Wind Tre Spa in merito al mancato rimborso delle penali addebitate da Vodafone Italia Spa (gestore donating) ed in applicazione dell'allegato "Rimborso Penali" presente nel contratto ed in conseguenza di ciò condanna dell'operatore telefonico al rimborso della somma di euro 2.880,00, oltre ad indennizzi di cui alla delibera n. 73/11 Cons.*
- c) *Accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale di Wind Tre Spa in merito alla mancata e/o inesatta applicazione delle condizioni contrattuali ed in conseguenza di ciò condanna dell'operatore telefonico al ricalcolo di tutte le fatture emesse con relativi storni e/o rimborsi di quanto non dovuto, oltre ad indennizzi di cui alla delibera n. 73/11 Cons.*

- d) *Accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale di Wind Tre Spa in merito all'attivazione di servizi e/o extra a sovrapprezzo ed in conseguenza di ciò condannare l'operatore telefonico al ricalcolo di tutte le fatture emesse con conseguenti storni e/o rimborsi di quanto non dovuto, oltre ad indennizzi di cui alla delibera n. 73/11 Cons.*
- e) *Accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale di Wind Tre Spa in merito alla modifica unilaterale delle condizioni economiche ed alla illegittima fatturazione a 28 giorni ed in conseguenza di ciò condannare l'operatore telefonico al ricalcolo di tutte le fatture emesse e conseguenti storni e/o rimborsi di quanto non dovuto, oltre ad indennizzi di cui alla delibera n. 73/11 Cons.*
- f) *Accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale di Wind Tre Spa in merito all'illegittimo ed arbitrario addebito di ricariche sulle numerazioni mobili di parte istante ed in conseguenza di ciò condannare l'operatore telefonico al ricalcolo di tutte le fatture emesse e conseguenti storni e/o rimborsi di quanto non dovuto, oltre ad indennizzi di cui alla delibera n. 73/11 Cons.*
- g) *Accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale di Wind Tre Spa in merito all'emissione della fattura n. 2018T000047039 con importi contestati a titolo di "Contributo di attivazione per SIM" ed in conseguenza di ciò condannare l'operatore telefonico al ricalcolo della fattura emessa con conseguente storno e/o rimborso di quanto non dovuto, oltre ad indennizzi di cui alla delibera n. 73/11.*
- h) *Liquidazione delle spese della presente procedura ai sensi della delibera 173/07/CONS e ritiro di ogni eventuale pratica di recupero del credito, a cura e spese del gestore”.*

4. 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.

Nel merito:

Sulla difformità della fatturazione rispetto alla proposta contrattuale e sul mancato rimborso delle penali dovute al precedente operatore, come condizione prevista per l'adesione all'offerta *de qua*.

L'istante ha lamentato l'applicazione in sede di emissione delle fatture di pagamento, di condizioni economiche difformi e maggiormente gravose rispetto a quelle prospettate dall'agente di zona in sede di adesione all'offerta contrattuale, nonché il mancato rimborso delle penali dovute al precedente operatore. Di contro l'operatore ha dedotto la regolarità della fatturazione emessa.

La doglianza della società istante è fondata nei termini di seguito esposti.

Sul punto è opportuno precisare che, al termine dell'istruttoria procedimentale, dopo aver esaminato la documentazione acquisita agli atti e ricostruito i fatti, deve evidenziarsi che il caso in esame verte sostanzialmente, su una mancanza di trasparenza e informativa precontrattuale da parte dell'operatore, a causa della quale l'istante ha stipulato un contratto che prevedeva condizioni di favore collegate alla portabilità delle utenze mobili dal altro operatore (rimborso costi di recesso per il recesso anticipato dal precedente gestore). In ragione di ciò l'istante non riteneva d'incorrere nella fatturazione di importi eccedenti alla spesa concordata, avendola intesa come onnicomprensiva di ogni altra, incluso il rimborso dei costi di uscita dal precedente operatore.

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”.

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.

Ancora, con riferimento all'ambito delle telecomunicazioni, la Delibera Agcom n. 417/01/CONS, allegato A), detta le linee guida relative alle comunicazioni al pubblico delle condizioni di offerta dei servizi di telecomunicazioni che gli operatori devono rispettare. In particolare, dalla citata delibera si evince che le informazioni rivolte al pubblico devono essere ispirate al necessario principio di trasparenza e garantire la comprensibilità dell'informazione, della comunicazione pubblicitaria e facilitare i processi di comparabilità dei prezzi. Inoltre, la Delibera Agcom n.179/03/CSP, Allegato A), all'articolo 4 evidenzia che: *“gli utenti hanno diritto ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi (...) la diffusione di qualsiasi informazione, in particolare di quelle relative alle condizioni tecniche ed economiche dei servizi (...) avviene secondo criteri uniformi di trasparenza, chiarezza e tempestività, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà, valutati alla stregua delle esigenze delle categorie di consumatori più deboli”*. Ne consegue, che gli utenti hanno diritto ad essere informati in modo chiaro, esatto e completo, perché solo in questo modo viene realmente tutelato il diritto di scelta dell'utente finale e la conseguente possibilità di orientamento consapevole verso una diversa offerta commerciale

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, inoltre, richiamare 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, con riferimento ai costi per il recesso anticipato, deve evidenziarsi che, dalla documentazione, risulta provata la previsione del rimborso delle penali. Sul punto risulta pacifico tale impegno da parte di Wind Tre quale condizione espressamente contemplata dal contratto in atti.

L'operatore dichiara di aver emesso il rimborso richiesto e giustifica il ritardo nell'emissione di tale nota di credito, evidenziando che *“[t]ale gestione non veniva effettuata al ricevimento del fax del 22/02/2017 in*

quanto parte istante non allegava il bollettino di avvenuto pagamento della fattura dell'altro operatore e perché in allegato alla proposta di contratto non era presente il modulo commerciale che autorizzava il rimborso. Wind Tre informava di tale gestione telefonicamente in data 01/03/2017 (Allegato3)". Sul rimborso in corso di esecuzione, come evidenziato dall'operatore in memoria, l'istante ha controreplicato che non chiaro a cosa si riferisca tale nota di credito e, in aggiunta, ha ribadito di aver a suo tempo pagato le penali all'operatore Vodafone, indicando tale circostanza nel verbale di mancato accordo redatto in sede di udienza di definizione della controversia.

Pertanto, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, in accoglimento della richiesta *sub i*) si dispone il rimborso della somma di euro 2.875,16 corrisposta al precedente operatore (Vodafone Italia S.p.A.) per il recesso anticipato (fattura Vodafone AG206 2073 del 28 dicembre 2016), condizione espressamente contemplata dall'accordo contrattuale, al netto della eventuale nota di credito emessa dall'operatore Wind Tre a tale titolo.

Parte istante ha, altresì, diritto al ritiro a cura e spese del gestore della pratica di recupero del credito eventualmente aperta sull'insoluto relativo a tali somme.

Viceversa, con riferimento alla domanda *sub ii*) è da evidenziarsi che l'istante non ha diritto ad alcun indennizzo atteso che il disservizio subito attiene, tutt'al più, all'indebita fatturazione che, secondo il costante orientamento dell'Autorità, esclude il riconoscimento dell'indennizzo in quanto non riconducibile, neanche in via analogica, ad alcuna delle fattispecie di cui al Regolamento sugli indennizzi (*ex multis* Delibera Agcom n. 93/18/CIR).

Sulle penali di recesso in uscita da Wind Tre

Parte istante lamenta l'applicazione delle penali di recesso, nonostante l'esercizio del diritto di recesso Tali obblighi, ai sensi dell'art. 70, comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (D.lgs. 259/2003)

Con riferimento alla contestazione di parte istante sulle penali di recesso, l'operatore Wind Tre ha confermato il "*ricevimento della pec del 13/10/2017 con cui il cliente comunicava di volere effettuare la portabilità di tutte le sim avvalendosi del diritto di recesso per unilaterale cambio di condizioni contrattuali*".

In primis, con riferimento alla *res controversa*, giova richiamare la vigente normativa in materia di contratti di comunicazione elettronica che, nelle ipotesi di variazione unilaterale delle condizioni contrattuali, pone precisi obblighi informativi a carico degli operatori. Tali obblighi, prescritti dall'art. 70, comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (D.lgs. 259/2003), sono richiamati anche dall'art. 5 della Delibera Agcom n. 179/03/CSP, in cui si riconosce agli abbonati il diritto di ricevere, con adeguato preavviso non inferiore a 30 giorni, la notifica delle condizioni contrattuali disposte dall'operatore, unitamente all'informativa circa il diritto degli utenti stessi di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni.

Pertanto, una volta che l'operatore abbia adempiuto al disposto sopracitato, la rimodulazione è da ritenersi legittima (nonché espressione di uno *ius variandi* attribuito per legge) e lo strumento di tutela a disposizione dell'utente è quello del recesso, garantito senza l'applicazione di alcun costo aggiuntivo, per permettergli una scelta consapevole.

Pertanto, in relazione all'addebito dei corrispettivi imputati da Wind Tre a titolo di penali di recesso, si dispone, in parziale accoglimento delle richieste *sub i*) e *sub ii*), a regolarizzare la posizione amministrativa della parte istante mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento) degli importi di cui alla fattura n. 2018T000047039 del 20 gennaio 2018 pari ad euro 2.880,00.

Parte istante ha, altresì, diritto al ritiro a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito inerente all'insoluto relativo a tali somme.

Sulle ulteriori richieste

Per quanto attiene alle altre doglianze, incentrate sulla difformità della fatturazione emessa rispetto alle condizioni contrattuali pattuite, sul malfunzionamento della rete mobile, la fatturazione a 28 giorni, l'attivazione servizi a sovrapprezzo non richiesti, si osserva quanto segue.

L'utente ha lamentato le fatturazioni ingiustificate in quanto difformi a quanto pattuito e contenenti addebiti per servizi a sovrapprezzo mai richiesti dall'istante senza circoscrivere il lasso temporale di riferimento e senza allegare alcuna documentazione che comprovasse le proprie richieste, non consentendo, quindi, a questo CoreCom la verifica di quanto contestato, non avendo allegato i fatti posti a fondamento della propria pretesa.

L'utente, in tale sede, avrebbe dovuto depositare le fatture contestate, precisando le singole voci per le quali richiedeva il rimborso, spettando all'operatore, per il principio dell'inversione dell'onere della prova, dimostrare la regolarità della fatturazione e del traffico addebitato. Invece, in mancanza di documentazione a sostegno delle proprie richieste, l'istanza sul punto risulta estremamente generica non consentendo di procedere ad alcuna verifica.

Dalla documentazione acquisita agli atti, infatti, non risulta alcun tracciamento, scritto o verbale, di segnalazione e/o reclamo di disservizio da parte dell'istante. Né si comprende l'assenza di alcuna contestazione relativa alle errate fatturazioni e all'asserito malfunzionamento, anch'esso non circostanziato.

A tal proposito, la delibera AGCOM n. 69/11/CIR, nonché unanime orientamento dell'Autorità in materia, ha ritenuto che *“[n]on è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore per malfunzionamento della linea qualora l'utente non provi di aver inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di un reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi, provvedere alla sua risoluzione”* (si vedano le delibere nn. 100/12/CIR, 113/12/CIR ed altre).

Si ritiene, pertanto, che la richiesta d'indennizzo *sub iii)* riferita al malfunzionamento non meriti accoglimento, per le ragioni sopracitate. Parimenti non sono meritevoli di accoglimento le doglianze *sub i)*, *ii)*, *iv)*, complessivamente volte alla regolarizzazione della fatturazione emessa, stante l'impossibilità di provare la presenza di addebiti ingiustificati asseritamente subiti.

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

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

UDITA l'illustrazione del Dirigente, Dott.ssa Cinzia Guerrini svolta su proposta del Presidente nella seduta del 22 giugno 2022;

DELIBERA

In accoglimento parziale dell'istanza presentata in data 5 febbraio 2018 dalla società xxxx nei confronti dell'operatore Wind Tre S.p.A. che detto operatore provveda:

DELIBERAZIONE
n. 101 del 22 giugno 2022

1) a corrispondere all'istante, mediante assegno o bonifico bancario, la somma di euro 100,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e delle Linee Guida approvate con la Delibera Agcom n. 276/13/CONS.

2) a regolarizzare la posizione amministrativa dell'istante, oltre al ritiro a cura e spese del gestore della pratica di recupero del credito eventualmente aperta sull'insoluto, al netto delle note di credito eventualmente emesse, mediante il ricalcolo della fatturazione emessa tramite:

- a) il rimborso della somma di euro 2.875,16 di cui alla fattura AG2062073 del 28 dicembre 2016 corrisposta al precedente operatore (Vodafone Italia S.p.A.) per il recesso anticipato, condizione espressamente contemplata dal contratto.
- b) il rimborso della somma di cui alla fattura n. 2018T000047039 del 20 gennaio 2018 pari ad euro 2.880,00 a titolo di costi di recesso.

Le somme così determinate a titolo di rimborso di cui al precedente punto 2 dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

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

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS Allegato A, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art 30, comma 12, del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259 Codice delle comunicazioni elettroniche, come modificato dal decreto legislativo n. 207 del 2021.

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

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

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

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

Il Segretario

Cinzia Guerrini

Il Presidente

Enzo Brogi