

DELIBERA N. 59/2023

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

XXX / WIND XXX

(GU14/602539/2023)

Il Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del 24/10/2023;

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

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

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

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, di seguito denominato *Regolamento*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 194/23/CONS;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS, del 12 luglio 2018, recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 194/23/CONS;

VISTA la legge regionale 30 gennaio 2001, n. 1, recante “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (Co.Re. Com.)*”;

VISTO il nuovo Accordo Quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni, sottoscritto il 20 dicembre 2022 fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle Regioni e delle Province autonome;

VISTA la nuova Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 febbraio 2023;

VISTA l'istanza di XXX del 20/04/2023 acquisita con protocollo n. 01XXX82 del 20/04/2023;

VISTA la relazione istruttoria della Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 24/10/2023;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

A seguito della procedura di conciliazione, conclusasi con verbale di mancato accordo del 20/04/2023, l'istante ha presentato, in pari data, istanza di definizione nei confronti di Wind XXX), d'ora in poi Wind, lamentando l'attivazione di una linea mobile non richiesta e conseguente illegittima fatturazione.

In particolare, l'istante segnala la presenza di un numero di cellulare attivo, ma mai richiesto.

La sim viene addebitata mensilmente sul proprio conto, ma non è chiaro come questo numero sia stato attivato.

L'attivazione risulta da ottobre 2020, ma alla richiesta via pec della documentazione e della chiusura immediata dell'utenza, Wind non ha fornito risposta.

Ha anche fatto un sollecito in data 09/02 ma ancora non è pervenuto riscontro.

Si è accorto della presenza di questo numero dopo aver effettuato il passaggio a Wind con il numero fisso, ma a ottobre 2022, quindi non collegabile al numero di cellulare presente.

Ciò premesso, l'istante richiede:

- a) il rimborso delle spese sostenute (19,90 euro al mese dal 10/2020);
- b) la chiusura immediata della linea.

Quantifica i rimborsi o indennizzi richiesti in euro 700.

2. La posizione dell'operatore

Con memoria del 05/06/2023, Wind, chiede il rigetto delle domande avversarie, in quanto infondate in fatto e in diritto e non provate, eccependo quanto di seguito.

In primis, evidenzia che l'attivazione della numerazione de qua è avvenuta a fronte della registrazione vocale, che debitamente si produce in atti, e conformemente alla stessa; stante la documentazione prodotta, è dunque evidente che la fattispecie in contestazione non può in alcun modo configurarsi come attivazione di servizi o di profili tariffari impropriamente attivati dal gestore (non rientrando, pertanto, nel possibile oggetto della decisione amministrativa della controversia ed esulando dall'ambito di applicazione del Regolamento, essendo piuttosto demandata all'Autorità giudiziaria ordinaria), quanto piuttosto quale disconoscimento e/o furto di identità da parte di terzi.

Di conseguenza, chiede il rigetto di qualsivoglia richiesta di indennizzo per "attivazione di servizi non richiesti", eccependo piuttosto l'inammissibilità dell'istanza in considerazione dell'incompetenza dell'Autorità in materia di verifica della autenticità della firma ed eventuale furto di identità (si veda, ex plurimis, delibera Agcom n. 51/10/CIR).

Evidenzia inoltre che l'istanza deve essere altresì rigettata in quanto non adeguatamente motivata e provata; l'istante non fornisce infatti alcuna prova di quanto avvenuto e della asserita responsabilità della convenuta.

Quanto alla ricostruzione della vicenda contrattuale, rileva quanto segue.

In data 23/09/2020, a fronte della registrazione vocale che allega in atti, veniva richiesta l'attivazione di una numerazione mobile con piano tariffario Super Unlimited.

Solo in data 12/01/2023, e mai prima di allora, perveniva pec attraverso la quale la cliente disconosceva la sim de qua richiedendone la disattivazione.

Effettuate le opportune verifiche, veniva rilevato che la sim risultava regolarmente attivata a fronte di registrazione vocale.

In data 17/04/2023 provvedeva quindi ad inviare riscontro al reclamo (allegati); il 18/04/2023 inoltre l'utenza veniva cessata come richiesto da parte istante.

In pari data veniva predisposto lo storno, tramite nota di credito, dei canoni Super Unlimited riferiti all'utenza 389XXXX033 a far data dal 09/02/2023, data in cui sarebbe dovuta avvenire la disattivazione, sino alla cessazione definitiva (allegata).

Rileva che, al momento, non vi sono insoluti, neanche relativamente alle utenze fisse di cui la cliente risulta titolare e che non sono oggetto del presente procedimento (allegato saldo).

Ribadisce che eventuali domande dell'utente inerenti al disconoscimento del contratto esulano dall'ambito di competenza del Corecom, così come individuato dall'art. 20.4 della Delibera Agcom n. 353/19/CONS; infatti, il disconoscimento è disciplinato dagli articoli 214 e 215 del codice di procedura civile e demandato all'autorità giudiziaria ordinaria (Cass. Sez. V, 22 gennaio).

Ne discende che ogni altra pronuncia strettamente connessa ovvero consequenziale alla vicenda prospettata e relativa al riconoscimento di indennizzi, non potrà essere decisa dall'Autorità adita con riferimento al caso di specie.

Ad abundantiam, a fronte di quanto ut supra indicato e dimostrato con gli allegati a supporto, evidenzia che le doglianze avanzate ex adverso sono prive di pregio, avendo provveduto all'attivazione regolarmente tramite il consenso vocale della cliente, essendo evidente come abbia adottato un comportamento prudente nel verificare la correttezza e l'autenticità della richiesta di attivazione, nei limiti del possibile, e, solo dopo le opportune verifiche, abbia cercato di essere efficiente nell'attivare la numerazione.

Ad ulteriore esclusione di qualsivoglia responsabilità, richiama quanto disposto nelle Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche (approvate con del. 276/13/CONS), con le quali 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.

Richiama, inoltre, quanto disposto dall'art. 14.4 dell'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS:

“Sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza...”.

Evidenzia che la cliente ha avuto contezza dell'attivazione, tramite le fatture, sin dal lontano 2020, ma ha inviato reclamo solo nel 2023 e mai prima di allora.

A titolo esemplificativo, allega alcuni conti telefonici, oltretutto regolarmente saldati, a riprova del fatto che i costi della sim in esame erano visibili alla cliente sin dal primo momento.

Ricorda che la segnalazione è elemento indispensabile affinché l'operatore telefonico possa essere a conoscenza di un eventuale disservizio che colpisce una delle migliaia di utenze dallo stesso gestito.

Rileva che dalla documentazione in atti non appare l'esistenza di reclami scritti indirizzati a Wind prima del gennaio 2023 con i quali disconosceva l'attivazione della sim.

Parimenti, non risulta agli atti alcun elemento che possa ricondursi neanche ad eventuali reclami telefonici.

Analogamente, non è mai stata inoltrata alcuna istanza ex art. 5 del Regolamento.

Chiede infine di tener conto del comportamento posto in essere, ovvero, stante la richiesta di disattivazione della sim, di avere prontamente stornato, tramite emissione di nota di credito, tutti i canoni addebitati per un disallineamento dei sistemi successivamente a quella data.

Null'altro ritiene dovuto a titolo di indennizzo in base al consolidato orientamento dell'Autorità e dei Co.Re.Com, secondo il quale a fronte di una eventuale fatturazione indebita, non sussistono in ogni caso gli estremi per la liquidazione di alcun indennizzo, bensì la possibilità dell'utente di richiedere unicamente lo storno e/o il rimborso degli importi fatturati, ma non dovuti, in conformità a quanto previsto dalla Carta dei Servizi.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, insiste nel richiedere il rigetto di qualsivoglia richiesta di rimborso/indennizzo avanzata tramite il presente procedimento.

3. La replica dell'istante

Con note di replica del 08/06/2023, l'istante rileva che a pagina 4 del contratto inviato si legge come indirizzo di fatturazione la pec personale della titolare, quando invece il contratto avrebbe dovuto essere attivato per la società, con sua pec e codice univoco di fatturazione.

Altresì, evidenzia, oltre la stranezza dell'inserimento della pec personale della titolare per la fatturazione elettronica, che non viene fornita in alcuno documento, invece che il codice univoco o pec dell'azienda, che dalla registrazione si capisce chiaramente che per il completamento del contratto era necessario inviare via pec il documento di identità del legale rappresentante all'indirizzo XXXXXX@pec.it.

Rileva, tuttavia, che alcun invio di documentazione risulta nella casella pec; chiede quindi un riscontro dell'arrivo di tale sua pec.

4. Motivazione della decisione

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

Preliminarmente, va rilevato che non può essere accolta l'eccezione sollevata da Wind circa l'inammissibilità di richieste di indennizzo, perché considerata di mero stile, atteso che l'istante non avanza alcuna pretesa di tal tipo.

Analoghe considerazioni riguardano i rilievi dell'operatore in materia di verifica di autenticità della firma ed eventuale furto di identità, atteso che non si rinviene alcuna richiesta dell'istante in questo senso.

Ulteriormente, è necessario precisare che nessuna valenza probatoria può essere attribuita alla documentazione allegata dall'istante in sede di replica (copia di proposta di contratto Wind), giacché tale specifica fase va utilizzata come occasione di eventuale dettaglio di quanto già esplicitamente indicato nell'istanza introduttiva e giammai per inserire ex novo ulteriori elementi probatori.

Diversamente opinando, ove l'istante potesse allegare documentazione e/o inserire dettagli nuovi in fase di controdeduzioni, ci si troverebbe dinanzi all'ingiustificabile posizione di raddoppiato vantaggio del ricorrente rispetto all'operatore in cui mentre il primo si avvarrebbe di due momenti di difesa, in occasione del deposito dell'istanza e in sede di replica, il gestore, invece, potrebbe giovare solo della fase del deposito delle memorie difensive (ex multis, Corecom Abruzzo delibera n. 32/2020).

Per completezza, si rammenta il disposto del comma 2 dell'art. 16 dell'allegato B alla delibera n. 194/23/CONS, per cui "Gli operatori convenuti hanno facoltà di presentare memorie e depositare documenti, a pena di irricevibilità, entro il termine di 45 giorni dalla comunicazione di avvio del procedimento. Entro i successivi 20 giorni, sempre a pena di irricevibilità, le parti possono presentare le proprie memorie di replica".

Copia del suddetto contratto, per i motivi sopra esposti, non sarà, dunque, considerata in questa sede.

Ciò premesso, la richiesta sub a) è parzialmente accoglibile.

Al riguardo, deve richiamarsi l'orientamento costante di Agcom (ex multis, da ultimo, delibera n. 138/20/CIR), secondo il quale, a fronte di contestazione da parte dell'utente circa l'esistenza e la valida conclusione di un contratto di telefonia, è onere dell'operatore fornire la prova positiva dell'avvenuta conclusione dello stesso.

Tale impostazione risulta recepita nell'allegato A alla delibera Agcom 520/15/CONS ("Approvazione degli orientamenti per la conclusione per telefono di

contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche”), in applicazione degli artt. 50 e ss. del c.d Codice del Consumo, ove è previsto che:

“1. L’operatore che intende concludere per telefono un contratto per la fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche fornisce al consumatore, nel corso della comunicazione telefonica, le seguenti informazioni, in modo chiaro e comprensibile:

- a) l’identità dell’operatore e lo scopo commerciale della telefonata;
- b) le generalità o, quantomeno, il codice identificativo dell’incaricato chiamante,
- c) le altre informazioni elencate all’art. 51, commi 4 e 5, del Codice del Consumo.

2. Se il consumatore accetta di concludere il contratto, l’operatore invia la conferma dell’offerta, contenente tutte le informazioni di cui all’art. 70 del Codice delle comunicazioni e all’art. 49 del Codice del consumo, presso l’indirizzo comunicato dal cliente.

3. Previo consenso esplicito del consumatore, la conferma può essere inviata dall’operatore anche su supporto durevole, ad es. come allegato a una mail o sms, o tramite invio o comunicazione di un link di accesso ad un account privato nella titolarità del cliente finale, sul sito web del venditore contenente le informazioni indirizzate al cliente, a condizione che le medesime informazioni non possano essere rimosse o modificate unilateralmente dal venditore.

4. Il contratto si considera vincolante per il consumatore dal momento in cui questo comunica all’operatore l’accettazione dell’offerta, dopo avere preso visione della conferma dell’offerta, di cui ai punti 2 e 3. Detta comunicazione può essere resa anche su supporto durevole, ad es. tramite e-mail o sms, ovvero mediante accettazione telematica.”

Ciò premesso, dall’ascolto della registrazione vocale, emerge l’impegno di Wind all’invio, tramite e-mail, della proposta del contratto a conferma della richiesta.

Si riporta fedelmente il passaggio: “riceverà la proposta del contratto via e-mail a conferma della nostra richiesta”.

Ebbene, deve a tal riguardo evidenziarsi che l’operatore non fornisce chiarimenti o prove documentali che confermino o neghino l’invio della citata documentazione (come da registrazione telefonica), necessaria a provare la regolare attivazione dell’utenza mobile.

Neppure l’operatore ha prodotto il dettaglio del traffico telefonico che avrebbe, quanto meno, consentito di verificare se l’utente avesse utilizzato o meno il servizio (Wind si limita a confermare che gli importi corrispondono a quanto previsto dal contratto e che le fatture sono state tutte regolarmente saldate).

Dal canto suo, l'utente inoltra reclamo via pec (allegato agli atti) solo in data 10/01/2023, dunque a distanza di oltre due anni dall'emissione della prima fattura.

Sulla base di quanto premesso, può, quindi, ipotizzarsi un concorso di colpa relativamente a quanto verificatosi.

Si ritiene, pertanto, valutate tutte le circostanze del caso, di accogliere solo parzialmente la richiesta avanzata dall'istante di rimborso delle fatture pagate da ottobre 2020 fino a chiusura del contratto (al netto delle note di credito emesse), ovvero in misura pari alla metà, la restante parte rimanendo, invece, di competenza del medesimo.

Si specifica, a tal riguardo, che l'istante non fornisce prova dei pagamenti, i quali, tuttavia, devono ritenersi provati alla luce di quanto riportato da Wind in memoria circa l'assenza di insoluti.

Il suddetto rimborso andrà maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione della presente istanza.

La domanda sub b) non merita accoglimento per cessata materia del contendere, atteso che il contratto, come dichiarato da Wind, è cessato in data 18/04/2023, circostanza non contestata dall'utente.

Per questi motivi il Corecom all'unanimità

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti di Wind XXX per le motivazioni di cui in premessa.

2. Wind XXX è tenuta al rimborso in misura pari alla metà delle fatture pagate da ottobre 2020 fino a chiusura del contratto (al netto delle note di credito emesse), maggiorando tale importo degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione della presente istanza.

3. Wind XXX è tenuta, inoltre, ad ottemperare alla presente delibera, dandone, contestualmente, comunicazione a questo Ufficio, entro il termine di 30 giorni stabilito dall'art. 20, comma 4, dell'allegato B alla delibera n. 194/23/CONS.

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.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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

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

Bologna, 24/10/2023

Firmato digitalmente

IL PRESIDENTE

Giancarlo Mazzuca