

	Presidente	Marco Mazzoni Nicoletti
	Vice Presidente	Fabrizio Comencini Stefano Rasulo Enrico Beda Edoardo Figoli
	Dirigente Capo	Stefano Danieli

Deliberazione n. 42 del 26 LUGLIO 2022

OGGETTO: Definizione della controversia [REDACTED] / WIND TRE (VERY MOBILE) (GU14/451021/2021)

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

Preso atto altresì della presenza dell'Avv. Stefano Danieli, Dirigente capo del Servizio Diritti della Persona del Consiglio regionale del Veneto e della presenza della Sig.ra Arianna Barocco, delegata dallo stesso alla verbalizzazione;

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 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 [REDACTED] del 24/08/2021 acquisita con protocollo n. 0342822 del 24/08/2021;

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

L'utente contesta l'addebito dei costi per recesso anticipato contratto, attivo dal gennaio 2019 con scadenza contrattuale in gennaio 2021; l'addebito dei costi per n. 22 sim dati denominate onlygiga con il relativo pacchetto dati myshare, mai richieste all'operatore e per le quali lo stesso ha addebitato costi per 24 mesi per un totale di € 2.112,00 + iva + ulteriori 2 fatture di € 705,00 emesse in data 21/03/2021 ed ulteriori 751,00 euro emessi in data 21/05/2021. Inoltre, a seguito del passaggio a Vodafone Italia, lamenta problematiche di ricezione mobile in tutto il territorio nazionale. Dopo il passaggio a Vodafone, effettuato a scadenza naturale di contratto, Windtre ha addebitato penali per € 80,00 per cadauna sim mobile per un importo totale per 22 utenze di € 1760,00 oltre iva; Il predetto addebito non risulta conferme alla delibera agcom n. 487/2018/cons la quale detta le linee guida relative alle penali per recesso; si evince difatti che le penali applicate non sono proporzionate al costo di cadauna sim con profilo tariffario my share unlimited. Con memoria di replica depositata in data 18.10.2021, l'utente precisa quanto segue: Con riferimento al rapporto contrattuale intercorrente con Windtre in relazione al servizio di fonia mobile attivato in data 23/01/2019 con la richiesta di migrazione di n.22 utenze mobili, la scrivente ha formalizzato un passaggio ad altro operatore nel mese di gennaio 2021. Nel tempo la scrivente si è vista costretta a formalizzare numerosi reclami, regolarmente indirizzati a Windtre, al servizio clienti 1928 ed al commerciale di riferimento per numerose problematiche di copertura di rete, per la verifica di n.22 sim denominate onlygiga. In riferimento a quanto sottoscritto con Windtre alla data di attivazione delle utenze mobili in passaggio da altro operatore, la scrivente non ha mai richiesto l'attivazione di ulteriori 22 utenze collegate alle sim principali, le quali hanno sempre dalla prima fatturazione utile, generato costi per un importo totale in 24 mesi di € 2.174,20. La scrivente, secondo delibera Agcom, avrebbe potuto evitare di corrispondere a Windtre gli importi oggetto di contestazione, ma come da prassi aziendale, ha sempre pagato le fatture con regolare addebito, pur segnalando l'errata attivazione delle suddette utenze onlygiga. Successivamente alla disattivazione delle n. 22 sim voce oggetto di passaggio ad altro operatore, Windtre, ha emesso n. 2 fatture relative alle 22 sim onlygiga oggetto della presente vertenza. Tali utenze, mai utilizzate dalla scrivente, sono state oggetto di richiesta di disattivazione inoltrata a Windtre spa a mezzo pec.

L'istante chiede:

- i. Lo storno integrale dei costi per recesso anticipato dal contratto, attivo dal gennaio 2019 con scadenza contrattuale in gennaio 2021, pari a € 2.147,20 (iva inclusa) anche se per tale importo Windtre ha provveduto ad emettere nota di credito a parziale storno di € 1.782,49;
- ii. Lo storno dei costi per n. 22 sim dati denominate onlygiga con il relativo pacchetto dati myshare, mai richieste all'operatore e per le quali lo stesso ha addebitato costi per 24 mesi per un totale di € 2.112,00 + iva 22%;
- iii. Lo storno integrale della fattura emessa in data 21/03/2021 di € 705,00 + iva 22%;
- iv. Lo storno integrale della fattura emessa in data 21/05/2021 di € 751,00 + iva 22 %;
- v. L'indennizzo ai sensi dell'articolo 9 comma 1, del Regolamento indennizzi per un totale di € 3.650,00 così determinato: € 5,00 x 730 giorni (dalla prima attivazione 22 sim OnlyGiga sino alla data di disattivazione sim).

2. La posizione dell'operatore

In data 23/01/2019 a seguito di richiesta dell'istante venivano attivate 44 sim, di cui 22 sim con piano tariffario Only Giga, 22 sim con piano tariffario My Share Unlimited e 22 My Share 15 giga. Successivamente, a seguito di migrazione/disattivazione delle sim con piano tariffario My Share Unlimited, in data 21/03/2021 veniva emessa la fattura n. 2021T000351563 contenente tra le altre cose il

Contributo di attivazione. In merito ai costi di cessazione e in ottemperanza della Delibera 487/18/CONS, in data 21/06/2021 veniva emessa nota di credito di €1782,49. Alcuna richiesta di migrazione/cessazione perveniva per le sim con piano tariffario

Only Giga e per i 22 pacchetti My Share 15 giga. L'istante lasciava un insoluto di € 3753,93. In riferimento al disconoscimento delle sim Only Giga con pacchetto My Share, si precisa che la scrivente ha depositato contratto debitamente sottoscritto dall'istante. Si rappresenta inoltre che eventuali domande dell'utente inerenti il disconoscimento del contratto esulano dall'ambito di competenza di codesto Comitato, così come individuato dall'art. 20.4 della Delibera Agcom n. 353/19/CONS che statuisce: "L'Organo Collegiale, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, con il provvedimento che definisce la controversia ordina all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità..." Il disconoscimento, infatti, è disciplinato dagli articoli 214 e 215 del codice di procedura civile e demandato all'autorità giudiziaria ordinaria (Cass. Sez. V, 22 gennaio). E' evidente quindi che la controversia in oggetto verte eventualmente su un'indebita fatturazione che trova il suo soddisfacimento attraverso il rimborso o lo storno degli importi eventualmente fatturati e non dovuti. Parte istante non ha subito alcun danno Secondo consolidato orientamento AGCOM "l'indebita fatturazione 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 direttoriale 49/15/DIT). Si ribadisce ad ogni modo che la convenuta ha depositato contratto regolarmente sottoscritto dall'istante e che alcuna richiesta di disattivazione/migrazione perveniva per le sim con piano tariffario Only Giga e per i 22 pacchetti My Share 15 giga. A tal proposito si richiamano i principi fondamentali del processo civile, in particolare della difesa e del contraddittorio, disciplinati dagli articoli 115 c.p.c. e 2697 c.c. che prevedono che il giudice debba decidere iuxta alligata et probata e quindi, porre a base della decisione unicamente le circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda e le prove offerte dalle parti, e che chiunque voglia far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, che non risultano essere stati rispettati da controparte. Si riporta il costante orientamento dell'Autorità, in virtù del quale l'istante deve adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con un minimo grado di precisione, quali siano i fatti ed i motivi alla base della richiesta allegando la relativa documentazione (ex plurimis delibera Agcom 91/15/CIR e 68/16/CIR, Delibere Corecom Toscana n. 14/2016, n. 156/2016 e n. 157/2016 e Determinazioni Corecom Toscana n. 26/2015 e n. 12/2016) In materia di onere della prova, l'Agcom ha stabilito che "La domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente: con riferimento al caso di specie, per ottenere il rimborso di spese asseritamente versate [...], avrebbe dovuto fornire la prova dei pagamenti, nonché dell'avvenuta contestazione..." (Delibera 70/12/CIR)". In riferimento ai contributi di attivazione addebitati sulla fattura n.2021T000351563, gli stessi risultano corretti e conformi a quanto previsto dalle condizioni di contratto sottoscritte ed accettate dall'istante, ed addebitati in considerazione del mancato rispetto dei vincoli contrattuali, escludendo pertanto che alcuna responsabilità potesse essere ascritta alla Convenuta in merito agli stessi. L'istante genericamente chiede lo storno di tutti i costi di disattivazione. A tal proposito si ricordano le Condizioni Generali di Contratto (All.3) ed il relativo Allegato Tecnico-Economico (All. 4), stabiliscono che "La durata del Contratto è di 24 (ventiquattro) mesi dalla sua conclusione. Successivamente il Contratto, ove possibile, si rinnoverà tacitamente di anno in anno, salvo disdetta da darsi con telegramma o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, almeno 30 (trenta) giorni prima della scadenza del Contratto stesso. La durata verrà calcolata singolarmente per ogni Accesso/Carta SIM attivato dal Cliente" (art. 2.3 rubricato Durata del Contratto), specificando altresì che "Wind potrà subordinare la concessione di sconti e/o di promozioni sugli importi dovuti dal Cliente per i diversi Servizi offerti da Wind al mantenimento da parte del Cliente del Contratto per una durata determinata stabilita di volta in volta dall'offerta promozionale. In tali ipotesi, qualora il Cliente receda prima del decorso della durata minima prevista dalle singole offerte promozionali, sarà tenuto al pagamento di un importo corrispondente agli sconti o al valore della promozione di cui ha beneficiato secondo quanto previsto negli Allegati" (Art. 6.3 rubricato Recesso del Cliente). Il richiamato "Allegato" tecnico economico, relativamente agli specifici piani sottoscritti, precisava, alla pag. 2, che "I piani tariffari mobili All Inclusive Aziende Ricaricabile prevedono un contributo di attivazione pari a 80€ per ogni SIM; tale contributo è scontato del 100% per i Clienti che non recedono prima di 24 mesi dall'attivazione. In caso contrario, il contributo sarà applicato sull'ultima fattura utile. Voglia l'adita Autorità considerare che la scrivente convenuta proattivamente ha già provveduto all'emissione di note di credito in attuazione della Delibera 487/18/CONS. Visto quanto ut supra indicato, si richiede il rigetto della domanda attorea, posto che alcuna responsabilità né tantomeno alcun inadempimento potrà rinvenirsi in capo alla

convenuta. Chiede, quindi, di rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto, in subordine, nella denegata ipotesi di eventuale accoglimento si chiede, ex art. 1241 cc e

ss, di operare eventuale compensazione tra le relative poste debito/credito, poiché trattasi, per le somme insolute indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile

3. Motivazione della decisione

Si deve innanzitutto rilevare che non risulta assolto da parte del ricorrente l'onere probatorio di cui all'art. 2697 codice civile, a mente del quale "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento".

La delibera n. Agcom 70/12/CIR, ha stabilito, in proposito, che in materia di onere della prova, "la domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente".

In particolare, dall'esame istruttorio si rileva un'evidente ed oggettiva carenza documentale.

Il ricorrente dichiara di aver formalizzato numerosi reclami, ma gli stessi non sono stati prodotti in atti, in palese contrasto con quell'orientamento ormai pacificamente consolidato, secondo cui, in assenza di segnalazione/reclamo, il gestore non può venire a conoscenza del disservizio o di un qualunque altro inconveniente riscontrato dal cliente, pertanto l'intervento dell'operatore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato il disservizio.

In altri termini, l'onere della prova della risoluzione della problematica ricade sull'operatore, ma è incontrovertibile che sull'utente incombe l'onere della segnalazione del problema, come peraltro sancito dalla società in sede contrattuale e nella sua Carta dei servizi.

In proposito, a nulla vale dichiarare di aver effettuato delle segnalazioni telefoniche se non viene indicata la data, tantomeno il codice identificativo dell'operatore, al fine di tracciare la telefonata.

Si ritiene applicabile quel principio di portata generale ed incontrovertibile, secondo il quale, la presenza di reclami e segnalazioni su disservizi o altro, intesa come produzione della relativa documentazione nel fascicolo documentale, assuma una valenza dirimente ai fini dell'accoglimento delle istanze).

L'utente contesta l'attivazione di ulteriori 22 utenze, oltre alle 22 utenze non contestate, ma dall'esame del contratto prodotto in atti dal gestore, si evince chiaramente che le utenze, debitamente sottoscritte dall'utente, con l'apposizione per altro del timbro aziendale, sono 44.

Dichiara che per le sopra specificate utenze non richieste, di aver inoltrato, tramite pec, a Windtre la richiesta di disattivazione, ma la stessa pec non risulta allegata in atti.

Il Gestore, per altro, ha prodotto in atti la nota di credito (di € 1.782,46=) relativa ai costi di cessazione, quale prova documentale di avvenuta ottemperanza della delibera 487/18/CONS.

"Linee guida sulle modalità di dismissione e trasferimento dell'utenza nei contratti per adesione".

In conseguenza di ciò, stante la carenza di documentazione presente agli atti del fascicolo, non è possibile ricostruire la vicenda con precisione e verificare così la fondatezza o meno delle doglianze avanzate, con la conseguenza che le richieste del ricorrente non possono essere accolte

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 rigettare l'istanza di [REDACTED] nei confronti di WIND Tre S.p.A. per le motivazioni di cui in premessa.

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.

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.

Il Dirigente

F.to Avv. Stefano Danieli

Il Presidente

F.to Avv. Marco Mazzoni Nicoletti

Il verbalizzante

F.to Arianna Barocco