

|  |                          |  |
|--|--------------------------|--|
|  | Presidente<br>Componenti | Gualtiero Mazzi<br>Nerino Chiereghin<br>Fabrizio Comencini<br>Marco Mazzoni Nicoletti<br>Luigi |
|--|--------------------------|--|

### Deliberazione n. 90 del 28 ottobre 2020

OGGETTO: Definizione della controversia XXX XXX S.R.L. / WIND TRE (VERY MOBILE)  
 (GU14/258914/2020)

#### 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 |
|-------------------------|----------|---------|
| Gualtiero Mazzi         | X        |         |
| Nerino Chiereghin       | X        |         |
| Fabrizio Comencini      | X        |         |
| Marco Mazzoni Nicoletti | X        |         |
| Luigi Perissinotto      | X        |         |

**Preso atto** altresì della presenza della dott.ssa Carla Combi, Dirigente dell'Ufficio Supporto Corecom del Consiglio regionale del Veneto, che svolge le funzioni di verbalizzante;

**Vista** la Legge regionale 10 agosto 2001, n. 18 ed in particolare l'art. 3 "*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 la dott.ssa Carla Combi, Dirigente dell'Ufficio Supporto Corecom 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 XXX XXX S.R.L. del 19/03/2020 acquisita con protocollo n. 0123275 del 19/03/2020;

**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**

“Il 10 ottobre 2018 abbiamo sottoscritto un contratto con Wind Tre per 40 schede sim con l'offerta My share 15 gb al prezzo di 11€ + iva + internet 15gb lte 4g incluso. Le fatture che arrivano regolarmente ogni due mesi, superano sempre i 2000 euro. Nonostante i vari solleciti, fanno orecchio da mercante e procrastinano continuamente”.

Richieste: il rimborso del totale degli importi corrisposti dal 01/09/2018 al 31/12/19 per la promozione internet 15 gb LTE, pari a euro 6524,88=.

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

L'istanza deve essere rigettata, in quanto non adeguatamente motivata e provata, l'istante non fornisce alcuna prova di quanto avvenuto e della asserita responsabilità della convenuta.

A tal proposito, la Delibera Agcom n. 70/12/CIR ha stabilito, in materia di onere della prova che “La domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente: (...)”.

È ferma convinzione della convenuta, pertanto, certa di riscontrare la piena condivisione sulla questione da parte dell'Autorità adita, che la presente istanza di definizione debba essere dichiarata improcedibile. Inoltre, si segnala che, nelle more del presente giudizio si procedeva, come verrà documentato nella presente memoria, con lo storno dei conti telefonici erroneamente fatturati, pertanto, come dispone l'allegato A alla Delibera 347/18/Cons, e come più volte chiarito dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (cfr. Delibera n. 12/14/CIR), l'istanza di definizione afferente a una causa pendente quale l'Operatore abbia già corrisposto l'indennizzo, prima dell'instaurarsi della controversia, è improcedibile.

Ricostruzione della vicenda contrattuale.

Il cliente, richiedeva la disattivazione anticipata, tramite MNP, di 40 sim in data 05/07/2018, non rispettando il vincolo contrattuale dei 24 mesi. In data 20/09/2018 veniva emesso, pertanto, il conto telefonico n. 2018T000831854 (periodo di riferimento 01/07/2018 - 31/08/2018) pari ad € 5.892,44 comprensivo dell'addebito del costo dei terminali e contributi di attivazione per € 80/sim per vincolo contrattuale non rispettato.

Successivamente alla cessazione, per presunti problemi di copertura con il nuovo gestore, il cliente richiedeva il rientro in Wind Tre, pertanto, in data 10/10/2018, si procede ad una trattativa per riportare in WindTre il cliente per n.37 sim con MY SHARE 15GB a 15,00 €/mese/cad, con contestuale richiesta di storno penali Wind Tre addebitate su fattura 2018T000831854 lasciando a carico del cliente il costo dei canoni e dei terminali. In data 18/10/2018 veniva autorizzato lo storno su fattura 2018T000831854 per € 3611,20 (a storno penali) lasciando a carico del cliente €2.281,24 (in qualità di costo canoni e terminali).

Si procedeva all'emissione della nota di credito 911399686 in data 18/10/2018. Il cliente sottoscriveva e firmava il modulo autorizzativo per solo 17 sim MY SHARE 15GB a 15,00 €/mese/cad pertanto le ulteriori 20 sim rimanevano attivate a 30€/mese/cad. Durante il corso della trattativa di riattivazione si proponeva al cliente un ulteriore sconto sulle sim (di 4€/mese per 20 mesi portando ad un canone di € 11 per 17 sim ed € 26 per le restanti 20 sim) ma il cliente avrebbe dovuto inoltrare a Wind Tre, entro sei mesi, una documentazione firmata (ultima fattura operatore cedente + prova di pagamento + rimborso xxx firmato).

Tale documentazione non è mai perventa sui sistemi Wind Tre e pertanto l'ulteriore sconto non veniva applicato. In data 29/11/2018 veniva consegnato, inoltre, l'apparato Nextivity CelFi Pro RS3 (ripetitore) al prezzo di euro 73,20 fci per 15 rate (durata contratto in vendita rateizzata a 30 mesi).

Il cliente richiedeva anche l'attivazione di una linea fissa in accesso diretto con ADSL e 2 numeri di utenza fissa in accesso Voip. L'accesso ADSL.9950420519 veniva attivato in data 19/12/2018 e le utenze fisse con i numeri 0492329xxx, 0492329xxx e linea aggiuntiva 0492325xxx venivano attivate in data 22/10/2018. In data 09/01/2019 perveniva pec con la quale il cliente chiedeva la disattivazione della linea ADSL.9950420519 e delle utenze n.0492329xxx, 0492325xxx e 0492329xxx.

Tale richiesta veniva regolarmente gestita dall'ufficio competente. In data 02/10/2019 il cliente contattava il servizio clienti per richiedere la disattivazione on line, con registrazione vocale, delle 20 sim Only giga.

Le sim venivano correttamente cessate, in data 04/11/2019, come da condizioni di contratto.

Si segnala che alcuna contestazione scritta né telefonica è pervenuta sui sistemi Wind Tre per segnalare una errata attribuzione delle promozioni o per contestare i conti telefonici emessi. Nelle more del presente giudizio si procedeva, con la verifica delle promozioni attivate in base al contratto sottoscritto e dei conti telefonici emessi, che risultavano correttamente fatturati.

Si procedeva, in ottica di fidelizzazione e senza riconoscimento di responsabilità, ad attivare un'ulteriore promozione di € 5 su 17 sim che ha correttamente agito a partire dal conto telefonico 2019T000490971 (periodo di riferimento 01/03/2019 - 30/04/2019) inoltre, si procedeva a ricalcolare con tale promo i conti telefonici sin dall'attivazione del 31/10/18.

Si procedeva con uno storno totale di € 836,21. In merito all'applicazione di "condizioni contrattuali diverse da quelle prospettate/pattuite", si evidenzia che gli accordi negoziali intercorsi tra le parti e documentati a codesta Spett.le Autorità risultano compiutamente sottoscritti dall'istante anche in relazione alle clausole vessatorie ivi contenute, che hanno ricevuto ex artt. 1341 e 1342 c.c. autonoma e specifica approvazione per iscritto e ciò non lascia margini di dubbio, non solo in ordine alla conoscibilità sotto il profilo formale ma anche in relazione all'effettiva conoscenza e comprensione da parte dell'utente delle condizioni contrattuali relative all'offerta sottoscritta.

Con riferimento, poi, alla richiesta dell'istante del rimborso totale degli importi corrisposti dal 01/09/2018 al 31/12/19, si rappresenta che secondo l'attuale orientamento AGCom alcuna eventuale richiesta di indennizzo per servizi non richiesti 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)

Inoltre, non risulta alcuna contestazione effettuata da parte istante relativa alla presunta errata fatturazione. Si rammenta che è onere dell'utente formulare idonea contestazione nei termini contrattuali anche al fine di consentire la rettifica di importi eventualmente non corretti; il reclamo costituisce lo strumento indispensabile per rendere edotto l'operatore circa le problematiche attinenti al rapporto negoziale! (vedi recente Delibera Corecom Puglia n°22 del 27/03/2019).

Si richiama, pertanto anche il principio del concorso del fatto colposo già richiamato dalla Delibera AGCom 276/13/CONS e sancito in ulteriori Delibere e Determine come la 37/15 Dit. Vedi anche una recentissima sentenza del TAR Lazio che sancisce che "Come correttamente osservato dall'AGCOM nei suoi scritti difensivi, l'onere della risoluzione del guasto (e della relativa prova) ricade sul gestore ma è sul cliente che incombe l'onere di segnalare tempestivamente il problema in modo da porre il gestore stesso in condizione di conoscere il guasto e di intervenire" (Tar Lazio, Sez. III, 10 giugno 2019, n. 7556).

Il CoReCom ha, infatti, rilevato che per dare credito alla posizione del cliente, e riconoscerne quindi la fondatezza delle sue domande, questi avrebbe quantomeno dovuto dare prova di aver sollecitato, tramite reclamo (Determinazione dirigenziale n. 7 del 10 Settembre 2018).

Va da sé che non solo viene meno nei confronti di Wind Tre, uno dei principali e fondamentali requisiti dell'azione (giudiziaria o amministrativa): l'interesse, rispetto anche a quanto precisato l'Autorità nelle Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche (Approvate con del. 276/13/CONS): "se dal comportamento tenuto dall'utente può desumersi un completo disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio (ad es. perché per mesi o addirittura anni non ha reclamato o avanzato richieste in proposito) il calcolo dell'indennizzo va fatto decorrere dal momento in cui un simile interesse diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l'operatore"; ma, occorre anche evidenziare, come una tardiva contestazione, vada a ledere il diritto di difesa dell'operatore che non ha comunque la possibilità di reperire tutta la documentazione a supporto della propria memoria (Vedi recente Delibera Agcom Delibera N. 96/18/CIR).

Infatti, come indicato nella Carta Servizi Wind (punto 2.3: "I reclami relativi agli importi addebitati in fattura devono essere inoltrati a Wind per telefono al servizio assistenza di WIND (155 o 1928), per iscritto con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno o per posta semplice, o per via telematica tramite l'area clienti del sito [www.wind.it](http://www.wind.it) o [www.windbusiness.it](http://www.windbusiness.it), entro 45 giorni dalla data di emissione della fattura in contestazione."

Alla luce delle suesposte argomentazioni, si deve ritenere che nessuna responsabilità può essere ravvisata in capo alla convenuta nella vicenda in esame e che nessun indennizzo deve essere corrisposto secondo quanto previsto dalla Delibera 353/19/CONS.

Alla luce di quanto ricostruito in fatto ed in diritto, la richieste di indennizzo per disservizio è del tutto inammissibile stante anche quanto statuito dall'art. 14 Esclusione degli indennizzi al punto 4 "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, fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte.

CHIEDE, quindi, di rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto, in subordine, ex art. 1241 cc e ss, operare eventuale compensazione tra le relative poste debito/credito, poiché trattasi, per le somme insolite indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile.

### **3. Motivazione della decisione**

Sulla base della ricostruzione dei fatti, della documentazione acquisita agli atti e all'esito dell'espletata istruttoria procedimentale, si rileva che il caso in esame verte sostanzialmente sulla mancata applicazione della promozione My Share 15 Gb sulle sim intestate al ricorrente.

Non rilevano, pertanto, in questa sede, le questioni sollevate da Windtre nella propria memoria difensiva, relative al conto telefonico n. 2018T000831854 di € 5.892,44= (per altro non allegato al fascicolo documentale) e all'attivazione e successiva disattivazione delle linee fisse e Adsl.

Alla luce di quanto emerso all'esito dell'istruttoria, le richieste di parte istante non possono trovare accoglimento per i motivi che seguono.

Giova, infatti, rilevare, la totale mancanza, in atti, di qualsivoglia reclamo scritto atto a contestare un'errata fatturazione che, a dire del ricorrente, si sarebbe protratta per ben 14 (quattordici) mesi (dal 01.11.18 al 31.12.19).

Appare quanto meno insolito che in un periodo di tempo così ampio, un utente di media diligenza, non abbia in alcun modo provveduto a contestare quelle che, a suo dire, erano fatture errate.

In questo senso rilevano non solo le Condizioni generali di contratto di Windtre, le quali prevedono espressamente che i reclami in merito agli importi fatturati devono essere inoltrati entro 45 (quarantacinque) giorni dalla data di emissione della fattura, con l'indicazione delle voci e degli importi contestati, ma incidono, in modo decisivo, gli orientamenti, ormai pacificamente consolidati, di Agcom e dei Corecom sull'argomento.

Va richiamata, in proposito, una pronuncia del Corecom Puglia (Delibera n. 22/2017) in cui viene statuito, quale motivazione del rigetto dell'istanza di definizione, che: "la richiesta di storno della fattura debitoria non può essere accolta poiché agli atti non emergono contestazioni in ordine agli importi addebitati: si rammenta che è onere dell'utente sporgere reclamo onde consentire all'Operatore di eseguire le attività necessarie per la verifica e la rettifica delle somme contabilizzate".

Ma non solo: un orientamento in tal senso ormai pacificamente consolidato, come detto, prevede che la richiesta di storno/rimborso delle fatture può essere accolta solo ed esclusivamente in presenza di formali e

documentate contestazioni che specifichino in modo chiaro e dettagliato gli importi che si contestano (ex multis Delibera Corecom Puglia n. 22/2017, Delibera Agcom n. 165/15/CIR, Delibera Corecom Piemonte n. 24/2018).

Fondamentale, quindi, si rivela essere il reclamo il quale ha la funzione, allo stesso tempo, di contestazione per l'utente e di avvertimento verso il gestore al fine di permettergli le verifiche del caso e, se dovuti, gli eventuali rimborsi o storni. In tal senso, invero, si sono, altresì, espressi il Tribunale di Milano con la sentenza n. 12054/12 ed il Tribunale di Roma con la sentenza n. 9292/12, che considerano come accettate le fatture non contestate.

Per quanto sopra specificato si ritiene, quindi, che le richieste del ricorrente non possano 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. Rigetta l'istanza di XXX XXX nei confronti di WIND Tre S.p.A. nei termini e 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.

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

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Il Dirigente  
Dott.ssa Carla Combi

Il Presidente  
Avv. Gualtiero Mazzi

Il verbalizzante  
Dott.ssa Carla Combi