

	Presidente	Marco Mazzoni Nicoletti
	Vice Presidente	Fabrizio Comencini Stefano Rasulo Enrico Beda Edoardo Figoli
	Dirigente	Claudio Giulio Rizzato

Deliberazione n. 92 del 28 ottobre 2021

OGGETTO: Definizione della controversia N. L. / WIND TRE (VERY MOBILE) (GU14/399489/2021)

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 del dott. Claudio Giulio Rizzato, 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. 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 il Dott. Claudio Giulio Rizzato, Dirigente Capo del Servizio Diritti della Persona 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 N. L. del 25/02/2021 acquisita con protocollo n. 0100827 del 25/02/2021;

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

“In data odierna 22/12/2020 chiedo per ben 2 volte agli operatori call center 159 della WIND con chiamata EQ14RG ed EQ34UD di aprire un reclamo in merito ad un nuovo piano tariffario deciso unilateralmente dalla WIND che ha trasformato il piano a consumo in essere in un piano tariffario in abbonamento per sole chiamate a 4 euro al mese denominato NEW BASIC da me mai voluto. Entrambi gli operatori affermano che il piano si è attivato senza il mio assenso già dal mese di ottobre 2020 in quanto a loro dire dovevo leggere i messaggi che mi erano stati inviati. Ho specificato che la scheda SIM è collocata su un vecchio cellulare NOKIA 3110 e i testi giungono illeggibili e che il telefono è stato dato in dotazione ai miei genitori anziani che per praticità preferiscono l'essenzialità di questo telefono che utilizzano esclusivamente per ricevere chiamate. Ma nulla è valso. Non hanno voluto aprire alcun reclamo. Chiedo pertanto il rispetto del contratto originario a consumo e lo storno delle somme indebitamente sottratte dal credito residuo. A seguito mancata conciliazione preciso quanto segue: l'operatore WIND ed il suo rappresentante era consapevole e a conoscenza del traffico telefonico e del tipo di apparecchio sul quale è installata la SIM e l'utenza telefonica per la quale richiedo il ripristino delle condizioni tariffarie decise riconfermate e rinnovate nove mesi prima 12/2019, consapevole della storia telefonica e della tracciabilità di tutti gli eventi che si sono registrati nonché della sostanzialità della numerazione. Da settembre 2020 la WIND ha deciso unilateralmente di imporre un servizio non richiesto in abbonamento sottraendo indebitamente 4 euro ogni mese dal credito residuo aumentando le tariffe per il solo ed esclusivo servizio voce. Operazione fatta in mal fede perché certo non poteva applicare un abbonamento di traffico dati non supportato dal telefono per precisare quanto scientifica sia stata l'operazione. Detto questo sono ed erano attive altre tipologie tariffarie a consumo che la WIND può attivare”. Con memoria di replica depositata in data 29.05.2021, l'utente ribadisce quanto segue: La comunicazione fatta da WIND tramite SMS di cambio di condizioni e informale illegittima priva di carattere contrattuale. La WIND non ha richiesto il mio consenso per il trattamento dei dati personali per la riformulazione di un contratto deciso unilateralmente. Non vi può essere consenso se non vi è una comunicazione corretta canonica con carattere ufficiale specifica completa in ogni sua parte. La WIND dai sistemi conosce benissimo dove sono collocate le schede SIM ed in ogni caso non ha accertato che il presunto SMS sia arrivato letto e compreso dal cliente vedi immagine del telefonino allegata. L'avvocatura di WIND TRE ha omesso di riportare agli atti le coordinate con le quali l'operatore in causa ha rifiutato per ben 2 volte (chiamate EQ14RG ed EQ43UD) di recepire il mio reclamo il 22/12/2020 (pertanto si chiede di riportare nelle memorie le registrazioni telefoniche delle chiamate alla stregua degli screenshot e print della difesa a testimonianza dei fatti). La WIND tramite suo rappresentante e convenuta a conciliazione e quindi a conoscenza degli eventi, l'operatore ha fatto una proposta che il sottoscritto ha rifiutato in data 17/02/2021, corrisponde pertanto al falso che non fosse a conoscenza dei fatti e reati consumati sottraendo senza titolo gli importi dal credito del cliente. Provocatoria e fuori luogo la chiamata ricevuta da WIND con la quale si intima al cliente di ricaricare la scheda, è la WIND che si rifiuta di avere un comportamento amministrativo e commerciale corretto dimostrando una spregiudicatezza premeditata e pianificata. In riferimento ai codici etici e principi sono obbligato a replicare alla carta dei servizi allegata dall'avvocatura alle memorie difensive di WIND in quanto prima in piena pandemia SARS COV-2 ora in piena campagna vaccinale la WIND si ostina in un ulteriore comportamento ostile nei confronti del cliente che nulla ha a che vedere con gli aspetti e principi tanto decantati mettendo in campo una vera e propria discriminazione di genere ed età, si veda il reclamo fatto in tempi non sospetti. Pertanto concludo asserendo che WIND TRE si è presa tutto il tempo anzi di più ed ha i mezzi per riesaminare l'intera vicenda ed aveva la possibilità di riformulare una proposta restituendo il maltolto, si è invece ostinata in un atteggiamento incomprensibile in antitesi con i propri principi trascinando la vicenda oltre ogni logica.

L'utente, quindi, chiede:

- i. il rispetto e il ripristino del contratto originario a consumo;
- ii. lo storno delle somme indebitamente sottratte dal credito residuo ad oggi da quantificare in 24 (ventiquattro) euro;
- iii. l'indennizzo per la sospensione della linea avvenuta il 01.03.2021;
- iv. L'indennizzo per la mancata risposta ai reclami;
- v. l'indennizzo per l'attivazione di servizi non voluti;
- vi. le spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore

Da verifiche svolte veniva appurato che in data 09/12/2019 veniva attivata l'utenza 328746XXXX con listino Wind Basic che permetteva di chiamare tutti i numeri nazionali, fissi e mobili al costo di 29 centesimi al minuto, per gli mms un costo di 50 cent, per gli sms 29 cent e per la videochiamata al costo di 1 euro. In data 28/8/2020 il gestore informava il cliente della variazione contrattuale tramite il seguente sms: "dal 28/9 la tua offerta cambia. Costo 4E/mese con traffico incluso di pari importo, chiamate Naz a 29Ec/min no scatto/risp e tariff a sec, SMS 29Ec, 1GB a 99Ec/giorno. Recesso senza costi da web, Racc. A/R, PEC, 159, negozi o cambio operatore fino al giorno prima della variazione." In data 28/09/2020 veniva effettuato il cambio listino verso New Basic come da documento allegato reperibile sul sito istituzionale della scrivente. Si precisa che non risulta pervenuto all'odierna convenuta alcun reclamo con cui parte istante abbia contestato la suddetta variazione di listino. In via preliminare Wind Tre eccepisce l'inammissibilità e improcedibilità di eventuali richieste avanzate nel formulario GU14 che non siano coincidenti con quelle formulate nell'istanza di conciliazione. Eventuali richieste eccedenti la domanda trattata dinanzi al Co.Re.Com. devono essere, invero, considerate improcedibili in quanto per le stesse non risulta assolto l'obbligo del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione. Si chiede, in ogni caso, all'Autorità di verificare la coincidenza di quanto richiesto in questa sede dall'Istante con le pretese oggetto della conciliazione. Si rileva, infatti che, nel caso di specie, parte istante, in data 22/04/2021, avrebbe integrato l'istanza chiedendo l'indennizzo per la presunta sospensione della linea. In via preliminare preme richiamare l'art 14 della delibera n. 347/18/CONS con cui l'Autorità al 4° comma statuisce espressamente: "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." Nel caso per cui controverte, parte istante non inoltrava all'odierna convenuta alcun reclamo in merito alla fatturazione e pertanto non ha diritto al riconoscimento di alcun indennizzo. Il reclamo è quindi oltremodo tardivo essendo pervenuto solo con il deposito dell'istanza di conciliazione in data 22/12/2020. 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 e soprattutto, come nel caso specifico, secondo i vincoli in materia di privacy, estrarre il traffico e effettuare i necessari controlli diretti a provare l'invio del messaggio informativo. Tale fatto, costituisce una grave violazione del principio di difesa che non può risolversi in una presunzione di colpevolezza a carico della stessa. Si deve ritenere, pertanto, che l'invio del messaggio sia stato effettuato e di conseguenza che la variazione di listino sia avvenuta regolarmente, non essendo stata contestata nei termini concessi. Inoltre si rileva, come dichiarato da parte attrice, che Wind Tre aveva ottemperato a tutti gli obblighi informativi inviando l'sms informativo e non è giuridicamente accoglibile l'affermazione di parte attorea che la sim oggetto del contendere fosse su un vecchio cellulare che non permetteva di visualizzarlo. Ad ogni modo preme precisare che è nella facoltà dell'operatore variare le condizioni contrattuali ai sensi e per gli effetti dell'art 2.4 delle condizioni generali di contratto. Inoltre, ai sensi dell'art. 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, infatti, il gestore telefonico ha senz'altro la facoltà di modificare le condizioni contrattuali, di contro: "Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni. In base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ed al principio più volte affermato nella 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, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677), 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, mentre può limitarsi ad allegare l'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. Nel caso specifico, quindi, incombeva all'operatore l'onere di provare di aver adeguatamente preavvisato l'utente della effettuazione della rimodulazione tariffaria, dei suoi reali contenuti e della possibilità di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 70 comma 4 Codice delle Comunicazioni. Si ritiene pertanto, sotto questo profilo, che la condotta dell'operatore sia stata assolutamente conforme agli obblighi normativi previsti e, a fronte di tale adempimento, nulla può essere imputato alla convenuta che consentiva chiaramente, con la comunicazione inviata, all'utente di recedere dal contratto senza alcun costo non ledendo, di fatto, alcun Suo diritto. Premesso quanto sopra, quindi, si contesta fermamente il riconoscimento dell'indennizzo per servizio non richiesto. Infine, sebbene si sia sollevata l'inammissibilità e improcedibilità, preme evidenziare che anche la richiesta di indennizzo per sospensione del servizio è da rigettare. Da verifiche svolte difatti veniva appurato che il gestore non ha operato alcuna sospensione e il mancato funzionamento del servizio era dovuto all'assenza di credito residuo. A tal proposito preme inoltre precisare che in data 22/04/2021 perveniva l'istanza di adozione di un provvedimento temporaneo con riferimento alla controversia diretto a garantire il corretto funzionamento dell'utenza. Con nota del 26/04/2020 la scrivente sollevava l'eccezione di inammissibilità rappresentando che la contestazione verteva su una questione di carattere amministrativo/commerciale che, pertanto, esulava dall'ambito di applicazione dell'art. 5 delibera 353/19/CON. Successivamente solo in data 18/05/2021 veniva notificato provvedimento temporaneo con cui il Corecom ordinava la riattivazione della numerazione 328746XXXX entro il giorno 21/05/2021 a cui il gestore riscontrava in data 19/05/2021 rappresentando "in riferimento al provvedimento temporaneo emesso, si rappresenta che il mancato funzionamento dell'utenza 328746XXXX non è legato ad alcun disservizio tecnico, ma dipende esclusivamente dall'assenza di credito: per poter fruire del servizio, l'istante deve necessariamente effettuare una ricarica. A conforto di quanto sopra riportato, si allega print di sistema che attesta l'assenza di credito sull'utenza oggetto di contestazione. Per completezza, si informa che il cliente, contattato dall'ente di competenza, rifiuta di provvedere alla ricarica della sim. Chiede, quindi, di rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto.

3. Motivazione della decisione

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

Per quanto riguarda la richiesta sub i) relativa al ripristino del contratto originario a consumo, si ritiene che la stessa non possa essere accolta in quanto impone al gestore di ripristinare un profilo tariffario che al momento potrebbe risultare fuori mercato, integrerebbe gli estremi di un'obbligazione impossibile.

Per quanto riguarda la richiesta sub ii) di storno delle somme indebitamente sottratte dal credito residuo, si rileva che la richiesta risulta formulata in modo quanto meno generico senza alcun supporto documentale a sostegno, e senza alcuna indicazione di qualsivoglia parametro di confronto utile per un'eventuale valutazione circa la debenza o meno degli importi asseritamente trattenuti dal gestore.

A ciò si aggiunga il fatto che Windtre ha dimostrato di aver ottemperato a tutti gli obblighi informativi previsti sia dalle proprie Condizioni Generali di Contratto che dalla normativa vigente (Codice delle Comunicazioni elettroniche) provvedendo ad inviare l'sms informativo, non essendo peraltro accoglibile l'obiezione di parte attorea che la sim oggetto del contendere fosse su un vecchio cellulare che non permetteva di visualizzarlo, non potendo, di fatto, il gestore essere a conoscenza delle specifiche tecniche di ogni singolo terminale utilizzato da ogni singolo cliente.

Per quanto riguarda la richiesta sub iii) di indennizzo per la sospensione della linea, si evidenzia che Windtre ha chiarito, finanche in occasione della procedura d'urgenza GU5/, che il malfunzionamento dell'utenza non era legato ad alcun disservizio tecnico, ma solo ed esclusivamente all'assenza di credito all'interno della sim e considerato altresì che lo stesso utente si è rifiutato, come dichiarato dal gestore e confermato dallo stesso ricorrente, di ricaricare la sim, si ritiene che non ricorrano i presupposti per il riconoscimento dell'indennizzo richiesto.

Per quanto riguarda la richiesta sub iv) relativa all'indennizzo per la mancata risposta ai reclami, si evidenzia da un lato che, in realtà, l'unico reclamo presentato dal ricorrente coincide con l'istanza di conciliazione UG/369693/2020 che è stata presentata in data 22.12.20 e, dall'altro, che è lo stesso istante, nell'odierna istanza di definizione, a dichiarare che a seguito della richiesta telefonica di chiarimenti, gli operatori di Windtre affermano "... che il piano si è attivato senza il mio assenso già dal mese di ottobre 2020 in quanto a loro dire dovevo leggere i messaggi che mi erano stati inviati ...", fornendo, in questo modo, puntuale riscontro alle richieste dell'utente, di tal ch  si ritiene che non ricorrano i presupposti per il riconoscimento dell'indennizzo richiesto.

Per quanto concerne la richiesta sub v) di indennizzo per l'attivazione di servizi non voluti, si ritiene che la stessa non possa essere accolta, in quanto trattasi, nel caso specifico, di semplice cambio di profilo tariffario.

Per quanto riguarda, infine, la richiesta di riconoscimento delle spese di procedura, si ritiene che la stessa venga superata ed assorbita dal mancato accoglimento delle richieste di cui ai punti precedenti.

Considerato che i competenti uffici hanno provveduto a svolgere l'istruttoria e a formulare le relative proposte, altres  illustrando il contenuto dell'allegato alla presente deliberazione;

All'unanimit  dei voti espressi a scrutinio palese

DELIBERA

per le motivazioni espresse in premessa e che qui si intendono integralmente riportate:

- 1.** Il rigetto dell'istanza di L. N. 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.**   fatta salva la possibilit  per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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

La presente delibera   notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorit .

Il Dirigente

Dott. Claudio Giulio Rizzato

Il Presidente

Avv. Marco Mazzoni Nicoletti

Il verbalizzante

Arianna Barocco