

DELIBERA N. 130/2023/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

XXX /Wind Tre (Very Mobile)

(GU14/255099/2020)

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 31 ottobre 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 modificato 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. 358/22/CONS;

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 il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: “*Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione*”;

VISTO il vigente Accordo Quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza

dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1° gennaio 2023;

VISTA la “Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni al Comitato Regionale per le comunicazioni tra L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Toscana” sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del Settore “Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione”, con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l’istanza della società XXX, del 09/03/2020 acquisita con protocollo n. 0106623 del 09/03/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

Parte istante, titolare di un contratto *business* con l’operatore Wind Tre S.p.A. (Very Mobile) di seguito, per brevità, Wind Tre, di cui al codice cliente n. 54269xxxx, contesta la fatturazione emessa a chiusura del contratto.

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

- in data 13 settembre 2017 sottoscriveva il contratto con Wind Tre;
- “*Windtre spa inoltre inviò alla società istante 10 telefoni ALCATEL dicendo che erano Gratis (gli altri sono stati acquistati e pagati)*”;
- successivamente “*nessuna variazione/modifica [era] mai stata richiesta*”;
- migrava “*in TIM 18/01/2019 (...) in assoluta buona fede e nella consapevolezza di aver sottoscritto il contratto [con il nuovo operatore dopo la naturale scadenza] con Windtre spa.*”
- contrariamente a quanto atteso, riceveva la fattura n. 2019T00019xxxx del 21 marzo 2019 “*Periodo di fatturazione 01/01/2019 - 28/02/2019*” recante costi per il pagamento delle rate residue di apparecchi cellulari e costi a titolo di “*Contributo di attivazione per SIM*”.
- “*contesta[va] la fattura di chiusura*” in ragione degli addebiti imputati a titolo di recesso anticipato.

In data 2 marzo 2020 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) *“lo storno della posizione debitoria”*;
- ii) *“un indennizzo di €. 500,00”*.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore Wind Tre, nell'ambito del contraddittorio, con deposito della memoria difensiva del 30 aprile 2020, ha indicava preliminarmente le *“numerazioni a cui sono riferite le odierne contestazioni”*, fornendo una tabella specifica:

Numerazioni	Piano tariffario	Stato	Data attivazione	Data cessazione	Causale
348586xxxx	Smart Share 500	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
334980xxxx	Smart Share 500	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
348586xxxx	Smart Share 500	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
339216xxxx	Smart Share Unlimited	Inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
320288xxxx	OnIy Diga	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
320062xxxx	Oniy Giga	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
339270xxxx	Smart Share 500	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
334123xxxx	Smart Share Unlimited	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
340341xxxx	Smart Share 500	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
345907xxxx	Smart Share 500	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
345056xxxx	Smart Share 500	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
328813xxxx	Oniy Diga	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
334568xxxx	Smart Share 500	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
393982xxxx	Smart Share Unlimited	inattivo	19/09/2017	23/01/2019	MNP Donation
339236xxxx	Smart Share 500	Inattivo	19/09/2017	30/01/2019	MNP Donation
334929xxxx	Smart Share Unlimited	inattivo	26/02/2018	23/01/2019	MNP Donation

Analogamente la società Wind Tre ha fornito una tabella riepilogativa recante *“i terminali cui sono riferite le odierne contestazioni”*

Terminale	IMEI	Data Attivazione	Stato	Data cessazione
	35449208090xxxx	22/09/2017	Inattivo	24/01/2019
	35449208115xxxx	22/09/2017	Inattivo	24/01/2019
	35449208115xxxx	22/09/2017	Inattivo	24/01/2019

	35449208116xxxx	22/09/2017	Inattivo	24/01/2019
	35449208114xxxx	22/09/2017	Inattivo	24/01/2019
	35449208086xxxx	22/09/2017	Inattivo	24/01/2019
1 Samsung Galaxy 15 - Black	35643708341xxxx	22/09/2017	Inattivo	24/01/2019
IOWind Smart 2017. Black	35449208115xxxx	22/09/2017	Inattivo	24/01/2019
	35449208115xxxx	22/09/2017	Inattivo	24/01/2019
	35449208115xxxx	22/09/2017	Inattivo	24/01/2019
	35449208116xxxx	22/09/2017	Inattivo	24/01/2019

Inoltre, in
rito, l'operatore
ha evidenziato,
"in via

preliminare, l'improcedibilità o inammissibilità della presente istanza relativamente alla richiesta di rimborso/indennizzo per gli addebiti contestati dei costi di recesso/disattivazione, per dichiarata cessata materia del contendere. Infatti, Wind Tre, a prescindere dalla fondatezza di tale contestazione, si è già adoperata ad effettuare, in ottemperanza alla Delibera AGCOM 487/18/CONS, i ricalcoli sui contributi di attivazione fatturati, a seguito dei quali ha emesso, in data 07/04/2020, la nota di credito n. 91266xxxx (doc. 4_Nota di credito n. 91266xxxx), di importo pari a 848,76 € a storno parziale della fattura n. 2019T00019xxxx. Avendo il Gestore convenuto già stornato gli importi suddetti, nessuna ulteriore somma è dovuta, e su tale punto dovrà quindi essere dichiarata la cessata materia del contendere".

L'operatore ha proseguito deducendo l'"Inammissibilità e/o improcedibilità della presente istanza di definizione art. 20, comma 4, Delibera 353/19/CONS limitatamente alla domanda di risarcimento del danno" in quanto il "risarcimento del danno non è demandabile, per espressa previsione normativa (cfr. art. 20, comma 4, Allegato A, Delibera 353/19/CONS), all'Autorità adita. Ai sensi del suddetto articolo, infatti, solo ove riscontri la fondatezza dell'istanza, il Co.Re.Com adito potrà condannare l'operatore "ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". Il comma successivo, poi, precisa che: "Resta salva la possibilità per le parti di far valere in sede giurisdizionale il maggior danno". Ciò posto, anche alla luce della recente giurisprudenza formatasi sul punto, la domanda di risarcimento ex adverso formulata è destinata al rigetto e dovrà, semmai, essere avanzata avanti altra Autorità. Nella denegata ipotesi in cui l'Autorità adita non accolga le eccezioni di improcedibilità innanzi sollevata e per mero tuziorismo difensivo la Scrivente precisa quanto in seguito indicato".

Nel merito l'operatore Wind Tre ha respinto quanto sostenuto da "parte istante [che] lamenta l'addebito per costi di recesso/disattivazione, chiedendo lo storno della posizione debitoria e rimborsi/indennizzi per un importo complessivo pari a 500,00 euro (cfr. Formulario GU14)".

Sul punto ha evidenziato che "le doglianze avanzate ex adverso sono prive di pregio". A tal fine, "[p]er meglio comprendere tale contestazione [l'operatore ha ritenuto] opportuno brevemente ricostruire i fatti che hanno portato alla presente procedura".

- "In data 14/09/2017 perveniva [a Wind Tre] l'ordine di attivazione del contratto n. 137191318xxxx, in seguito alla sottoscrizione della relativa proposta di

contratto (doc. 1_Proposta di contratto), comprensiva delle utenze oggetto di contenzioso, con vincolo contrattuale di 24 mesi. A tale contratto venivano associati i seguenti terminali: - 1 Samsung Galaxy J5 – Black, in vendita rateizzata - 10 Alcatel Wind Smart 2017 – Black, in vendita rateizzata L'ordine di attivazione si concludeva in data 22/09/2017';

- *“i 10 terminali Alcatel non venivano forniti in omaggio, come dichiarato dalla controparte, ma erano stati oggetto di una promozione, pur se in vendita rateizzata. La promozione scontava del 100% gli importi relativi ai costi di tali cellulari, a condizione di mantenere attiva l'utenza mobile associata per l'intera durata contrattuale di 24 mesi, come da Condizioni Generali di Contratto (doc. 2_Condizioni Generali di Contratto). condizione non verificatasi nel caso specifico”.*
- *“Tale contratto veniva successivamente ampliato, in data 14/02/2018 in seguito alla richiesta di attivazione della sim numero 334929xxxx, anch'essa oggetto della contestazione de qua”.*
- *“Giungevano, sui sistemi Wind Tre, notifiche automatiche di avvio del processo di portabilità delle utenze mobili verso altro operatore, che si completavano positivamente in data 23/01/2019 per 15 numerazioni e in data 30/01/2019 per 1 numerazione. In data 21/03/2019, a seguito della cessazione sui sistemi Wind Tre delle utenze mobili, migrate verso altro Gestore, e della conseguente disattivazione dei terminali associati, veniva emessa la fattura n. 2019T00019xxxx (doc. 3_Fattura n. 2019T00019xxxx), comprensiva dei contributi di attivazione delle SIM e delle rate finali dei terminali, per cessazione avvenuta prima della scadenza naturale del contratto”.*

Con riferimento alla fattura di chiusura l'operatore ha “sottolinea[to], a mero titolo difensivo, che (...) provvedeva ad effettuare, in ottemperanza alla Delibera AGCOM 487/18/CONS, un ricalcolo dei contributi di attivazione fatturati, a seguito del quale emetteva, in data 07/04/2020, la nota di credito n. 91266xxxx (doc. 4_Nota di credito n. 91266xxxx), di importo pari a 848,76 € a storno parziale della fattura n. 2019T00019xxxx, oggetto di contestazione”.

Il gestore ha, dunque, dedotto che “avendo (...) già erogato gli importo suddetti, nessuna ulteriore somma è dovuta, e su tale punto dovrà quindi essere dichiarata la cessata materia del contendere”.

La società Wind Tre “in merito, invece, alle rate finali, presenti nella fattura n. 2019T000xxxx (doc. 3_Fattura n. 2019T00019xxxx), relative ai 10 terminali Alcatel, [ha] ricorda[to] che non erano stati forniti in omaggio, ma erano stati oggetto di una promozione, che scontava del 100% gli importi relativi alle rate mensili di tali cellulari, ma, in caso di cessazione anticipata rispetto alla durata contrattuale di 24 mesi, veniva fatturata la relativa rata finale, prevista dalle Condizioni Generali di Contratto e suoi allegati (doc. 2_Condizioni Generali di Contratto), per i cui dettagli si rimanda al successivo paragrafo”.

L'operatore ha allegato, quindi, lo *screenshot* della fattura inerente alla rata finale:

"Tel. Cel ALCATEL WindSmart2017 Black fattura n. 917603xxxx Rata Finale 10 87,84 878.40"

Wind Tre ha, quindi, evidenziato che l'utente, *"oltre a contestare la fattura n. 2019T000xxxx, nella quale si concludeva il ciclo contabile delle utenze e dei terminali citati nella presente memoria difensiva, [ha] chie[sto] lo storno dell'intera posizione debitoria"*. L'operatore ha rappresentato, *"a tal proposito, che erano stati attivati anche i seguenti altri prodotti/servizi con la scrivente convenuta, che avevano continuato ad essere regolarmente fatturati"*.

Ha allegato, quindi, due *screenshot* estratti dai propri sistemi aziendali, dai quali emerge l'attivazione delle *"seguiti numerazioni mobili"* e dei *"seguiti terminali, acquistati in vendita rateizzata, così come affermato dalla stessa parte istante nel formulario (cfr. Formulario GUI4)"*:

Numerazioni	Piano tariffario	Stato	Data attivazione	Data cessazione	Causale
334568xxxx	Smart Share 500	Attivo	19/09/2017		
349818xxxx	Smart Share Unlimited	Attivo	19/09/2017		
348586xxxx	Smart Share Unlimited	Inattivo	19/09/2017	28/06/2018	MNP Donation

Terminale	IMEI	Data Attivazione	Stato	Data cessazione
Samsung Galaxy Note 8 + Dex - Black	35200309306xxxx	10/10/2017	Inattivo	10/10/2019
Samsung Galaxy Note 9 -Black	35663009290xxxx	12/10/2018	Attivo	

Sulla base di quanto dedotto l'operatore Wind Tre ha, pertanto, concluso che *"dopo la fattura contestata, continuavano ad essere emesse fatture, di cui l'istante non effettuava i relativi pagamenti, generando una posizione amministrativa aperta nei confronti di Wind Tre (...)"*.

L'operatore ha allegato a *"titolo esemplificativo (...), al fascicolo documentale, la fattura n. 2019T00079xxxx (doc. 3_Fattura n. 2019T00079xxxx); (... si rende[ndosi] comunque disponibile ad allegare tutte le successive fatture emesse"*.

Nella memoria a inserito il *"print di sistema delle fatture emesse successivamente alla fattura n. 2019T000xxxx(doc. 5_Print di sistema – 1. Dettaglio fatture insolute)"*:

FATTURA	IMPORTO	PERIODO COMPETENZA	DATA EMISSIONE
---------	---------	--------------------	-------------------

91266xxxx	-848,76	07/04/2020-07/04/2020	07/04/2020
2020000021xxxx	328,18	01/01/2020- 29/02/2020	21/03/2020
2020T00000xxxx	328.18	01/11/2019- 31/12/2019	21/01/2020
2019700099xxxx	311,99	01/09/2019-31/10/2019	21/11/2019
2019T00079xxxx	354.58	01/07/2019 - 31/08/2019	21/09/2019
2019T00059xxxx	354.58	01/07/2019 - 31/08/2019	21/07/2019
2019T00039xxxx	354,58	01/03/2019 - 30/04/2019	21/05/2019
2019000019xxxx	3016.61	01/01/2019.28/02/2019	21/03/2019

Quanto “*Motivi di diritto*” e, in particolare, sulla “*contestazione legata alla scadenza del contratto sottoscritto da parte dell’istante*”, la società Wind Tre si è riportata alle Condizioni Generali del Contratto e ha dedotto quanto segue:

- “*Allegato Condizioni Generali di Contratto*”: “*Art. 2.3 ‘Durata del Contratto’*: “*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 (...)*”.
- “*Allegato Condizioni Generali di Contratto per l’Acquisto di Prodotti/Apparati*”: “*Art. 7 ‘Durata del Contratto di Abbonamento e Recesso del Cliente’*: “*Fatto salvo quanto previsto all’art. 6.3 delle relative Condizioni Generali di Contratto, il Cliente che decida di recedere dall’abbonamento per i Servizi di fonia mobile Wind prima della scadenza del termine di pagamento del corrispettivo del/i Prodotto/i acquistato/i sarà comunque tenuto al pagamento, in un’unica soluzione, di tutte le restanti rate dovute per ciascun Prodotto acquistato (...)*”.
- “*Art. 1 ‘Condizioni Generali’*”: “*Le presenti condizioni disciplinano il rapporto tra ed il Cliente in ordine all’acquisto di Prodotti da parte del Cliente da Wind – come descritti nella Proposta di Contratto per l’Acquisto rateale di Prodotti (di seguito “Proposta”) e negli Allegati, costituenti parte integrante del Contratto – con pagamento del relativo corrispettivo in rate addebitate direttamente nella fattura del pertinente abbonamento al Servizio di fonia Wind, in particolare, una rata iniziale, 12 rate bimestrali ed una rata finale*”.

- *“l’istante, non pagando le fatture, non ha ottemperato agli obblighi previsti sempre da quanto stabilito dalle Condizioni Generali di Contratto: Allegato Condizioni Generali di Contratto Art. 4.5 ‘Pagamento del corrispettivo del Servizio’: “Il Cliente è tenuto al pagamento del corrispettivo dei Servizi secondo il piano telefonico e le Condizioni Economiche vigenti al momento della conclusione del Contratto o successivamente modificate ed accettate dal Cliente (...)”.*
- *“l’istante nel momento in cui ha firmato la proposta di contratto Wind Tre per l’attivazione delle utenze de quo, ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 Cod. Civ., di approvare specificamente le clausole delle “Condizioni generali di contratto” e tutti gli Allegati. Wind Tre poneva, invece, in atto le dovute azioni amministrative al fine di stornare i conti telefonici frattanto emessi”.*
- *“l’eventuale fatturazione indebita trova il suo soddisfacimento attraverso la restituzione degli importi addebitati in fatture o mediante lo storno degli stessi nel caso in cui non siano stati corrisposti dall’istante. Si veda a tal proposito la Delibera n. 93/17/CONS secondo la quale “(...) non risulta accoglibile la richiesta dell’istante di cui al punto ii), inerente alla liquidazione di un indennizzo per quanto accaduto, atteso che a fronte della fatturazione indebita non sussistono gli estremi per la liquidazione di un indennizzo, bensì la possibilità dell’utente di richiedere lo storno e/o il rimborso degli importi fatturati, ma non dovuti, in conformità a quanto previsto dalla Carta dei Servizi” e la Delibera del 172/16 che ribadisce che l’eventuale attivazione di un listino errato comporta solo l’eventuale correzione e non anche un indennizzo”.*
- *“Non vi è, pertanto, alcun margine per l’accoglimento delle domande avanzate dalla controparte. Pertanto, WIND non può accogliere le richieste dell’istante”.*

Infine l’operatore, sulla posizione contabile dell’istante, ha riferito che quest’ultimo, alla data di deposito della memoria difensiva di Wind Tre, aveva *“una posizione amministrativa aperta nei confronti di Wind Tre S.p.A., della somma complessiva di euro 4.199,94”*. L’operatore ha allegato un *“Print di sistema – 2. Posizione contabile), di cui si chiede il pagamento”*.

La società Wind Tre ha concluso, infine, insistendo per il rigetto integrale dell’istanza in quanto inammissibile per i motivi di rito suesposti e nel merito in quanto le richieste avanzate risultano *“del tutto infondate in fatto ed in diritto”*.

3. La replica dell’istante.

Parte istante, nell’ambito del contraddittorio, ha depositato una nota di replica in data 14 maggio 2020, con cui ha rappresentato in primo luogo che *“non appare veritiera la ricostruzione dei fatti operata dal gestore. Nello specifico [ha] rileva[to] che la fattura 2019T00019xxxx (comprensiva dei costi di attivazione delle SIM e delle rate finali dei terminali) non viene allegata agli atti e pertanto, non è possibile avanzare – in alcun modo – una puntuale difesa. Detta mancata allegazione non consente alla XXX di*

presentare una precisa controdeduzione e pertanto si chiede che il Co.re.com Toscana valuti questa circostanza con la dovuta attenzione”.

Parte istante ha, inoltre, evidenziato che “[p]er quanto riguarda i 10 terminali Alcatel (fatturati da Windtre Spa) (...) gli stessi sono stati consegnati alla XXX il giorno stesso della sottoscrizione della PDA; detti apparati costituivano infatti un omaggio utile all’ottenimento della sottoscrizione del contratto (fu proprio l’agenzia a precisare un simile assunto)”.

L’utente nella replica ha “contesta[to] altresì che la cessazione sia pervenuta prima della scadenza contrattuale; i moduli e le condizioni generali di contratto allegate in atti da controparte non sono sottoscritte dalla ricorrente; nello specifico [ha] evidenzia[to] che parte convenuta produce (...) una semplice PDA in bianco. Anche una simile circostanza deve essere tenuta in debito conto dall’ente giudicante. La ricorrente non ha infatti mai ottenuto una copia della Pda sottoscritta nonostante le plurime richieste telefoniche (non solo indirizzate al gestore ma anche all’agenzia Wind spa di riferimento). Non solo. La società istante, prima della migrazione, ha più volte richiesto se il gestore avrebbe applicato penali in caso di uscita e gli operatori telefonici hanno sempre riferito che nessun costo di attivazione/disattivazione sarebbe stato conteggiato. In secondo luogo la scrivente difesa contesta la ricostruzione in tema di diritto avanzata da Windtre spa. Le delibere richiamate, le date contrattuali e tutte le asserzioni in diritto non trovano alcun riscontro con la documentazione prodotta dal medesimo gestore (lo si ripete, parte convenuta allega una PDA in bianco)”.

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.

In primis, con riferimento alla domanda *sub i)* volta ad ottenere “*lo storno della posizione debitoria*”, si osserva che la stessa sarà riportata alla documentazione in atti ed in particolare alle contestazioni dell’istante relativamente a:

- difformità della fatturazione emessa rispetto a quanto stabilito in fase di adesione contrattuale in merito alla gratuità degli apparati cellulari forniti dall’operatore;
- costi di recesso;
- fatturazione emessa dopo la portabilità delle linee mobili.

Sulla difformità delle condizioni contrattuali accettate in relazione alla fornitura a titolo gratuito di n.10 apparecchi cellulari

Parte istante ha contestato gli addebiti per i cellulari forniti a titolo gratuito. Nella propria replica in atti ha precisato che, “[p]er quanto riguarda i 10 terminali Alcatel (fatturati da Windtre Spa) (...), gli stessi sono stati consegnati alla XXX il giorno stesso della sottoscrizione della PDA; detti apparati costituivano infatti un omaggio utile all’ottenimento della sottoscrizione del contratto (fu proprio l’agenzia a precisare un simile assunto)”.

L'operatore, di contro, ha evidenziato che i cellulari erano stati forniti a titolo gratuito alla condizione del rispetto del vincolo temporale dei ventiquattro mesi di permanenza con l'operatore.

La richiesta dell'istante *sub i*), dal punto di vista dello storno delle rate residue degli apparati, può essere accolta nei limiti di seguito esposti.

Posto l'onere probatorio che incombe sulla parte istante ai sensi dell'art. 2697, comma 1, cod. civ. laddove si prevede che “[c]hi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”, si rileva che l'utente non ha allegato la proposta contrattuale ricevuta dall'agente circa la gratuità dei cellulari in questione. Si rileva, inoltre, che non ha integrato l'istanza, anche in fase di replica, con alcun tipo di documentazione a sostegno di quanto asserito.

Di contro la posizione dell'operatore s'incentra sulla cessazione anticipata del contratto, atteso che la scadenza contrattuale dei 24 mesi sarebbe ricaduta il 13 settembre 2019, mentre l'utente è passato ad altro operatore con le proprie utenze il 23 gennaio 2019. In ragione di tale circostanza l'operatore avrebbe imputato la somma pari ad euro 878,40 a titolo di “*Cel ALCATEL WindSmart2017 Black fattura n. 917603xxxx Rata Finale 10 87,84*”.

Tuttavia sul punto l'operatore non dimostrato di aver edotto l'utente circa il *quantum* esatto che sarebbe stato imputato a titolo di rata finale in caso di cessazione anticipata del vincolo, evidenziando in particolare il costo di partenza degli apparati e i criteri di ricalcolo determinanti la somma di euro 878,40.

Con riferimento alla somma imputata è da rilevarsi che la stessa non è stata giustificata dall'operatore. D'altro canto, però, l'utente non ha dimostrato la gratuità degli apparati e non nega di averli ricevuti ed utilizzati. Né risulta che gli stessi siano stati restituiti all'operatore.

Sul punto si rileva, in particolare, che l'utente, pur avendo asserito di aver contattato l'operatore per aver delucidazioni circa le eventuali penali che sarebbero state applicate in caso di passaggio ad altro operatore, tuttavia non ha allegato tracciamento delle asserite interlocuzioni avute con il servizio clienti che, a suo dire, lo avrebbero rassicurato circa i possibili addebiti per i cellulari.

Tale condotta dell'istante non si è conformata al criterio di ordinaria diligenza, inteso alla stregua di principio giuridico di carattere generale, secondo cui “*se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto.*”

L'Autorità ha più volte espressamente precisato che, per la liquidazione degli indennizzi/rimborsi bisogna fare riferimento, tra le altre cose, all'applicazione di alcuni principi generali stabiliti dall'ordinamento, come, per esempio, quello di cui all'art. 1227 Cod. civ. sul concorso del fatto colposo del creditore: se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito

proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto. (Del. n. 23/17/CIR)

La Corte di Cassazione a sezioni unite nella sentenza 21 novembre 2011, n. 24406 ha elaborato una massima che vale qui la pena richiamare: in tema di risarcimento del danno, al fine di integrare la fattispecie di cui all'art. 1227, primo comma, c.c. - applicabile per l'espresso richiamo di cui all'art. 2056 c.c. anche alla responsabilità extracontrattuale - il comportamento omissivo del danneggiato rilevante non è solo quello tenuto in violazione di una norma di legge, ma anche più genericamente in violazione delle regole di diligenza e correttezza. Ciò comporta che, ai fini di un concorso del fatto colposo del danneggiato ex art. 1227, comma, c.c., sussiste il comportamento omissivo colposo del danneggiato ogni qual volta tale inerzia contraria a diligenza, a prescindere dalla violazione di un obbligo giuridico di attivarsi, abbia concorso a produrre l'evento lesivo in suo danno.

Pertanto, si ritiene che, in applicazione dei principi civilistici sopra evidenziati in tema di concorso colposo, lo storno chiesto dall'utente debba essere riconosciuto nella misura pari a 439,20 ovvero del 50% di quanto richiesto dall'operatore.

Tutto quanto premesso, in parziale accoglimento *sub i*), si dispone in capo all'operatore, la regolarizzazione della fatturazione con storno o rimborso in caso di avvenuto pagamento dell'addebito pari ad euro 439,20 (quattrocento trentanove/20) a titolo di applicazione della rata residua degli apparati "*Cel ALCATEL WindSmart2017*". Dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Sui costi addebitati per recesso anticipato

Parte istante lamenta l'addebito di costi non dovuti per il recesso anticipato delle SIM oggetto di portabilità ad altro operatore.

Di contro Wind Tre ha dato atto di essersi "*già adoperata ad effettuare, in ottemperanza alla Delibera AGCOM 487/18/CONS, i ricalcoli sui contributi di attivazione fatturati, a seguito dei quali ha emesso, in data 07/04/2020, la nota di credito n. 91266xxxx (doc. 4_Nota di credito n. 912661071), di importo pari a 848,76 € a storno parziale della fattura n. 2019T00019xxxx*".

La domanda *sub i*) in relazione ai costi di recesso deve essere riferita, quindi, alla soprarichiamata fattura n. 2019T00019xxxx del 23 marzo 2019 contenente il "*Contributo di attivazione*" pari ad euro 80,00 per ogni SIM cessata per portabilità per il recesso effettuato prima dei 24 mesi con riferimento all'adesione contrattuale del 13 settembre 2017.

Nel caso di specie, dalla fatturazione prodotta in atti, risultano i seguenti addebiti *una tantum* pari ad euro 80,00, oltre IVA, per n. 16 SIM:

- Contributo di attivazione per SIM 345056xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 334123xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 320062xxxx.

- Contributo di attivazione per SIM 339270xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 320288xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 334980xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 339236xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 348586xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 334568xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 345907xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 334929xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 348586xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 393982xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 328813xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 339216xxxx.
- Contributo di attivazione per SIM 340341xxxx.

A fronte della contestazione di parte istante, l'operatore ha dedotto che *“veniva emessa la fattura n. 2019T00019xxxx (doc. 3_Fattura n. 2019T00019xxxx), comprensiva dei contributi di attivazione delle SIM”*. L'operatore Wind Tre, sul punto, ha affermato di aver effettuato il ricalcolo restituendo la somma di euro 848,76, a fronte dell'addebito in fattura di 1.280,00 oltre IVA non fornendo, tuttavia, contezza dei calcoli svolti e non rendendo disponibili gli elementi sufficienti a poter effettuare tale verifica.

A supporto della propria posizione ha depositato la copia di una proposta contrattuale non sottoscritta (in bianco), oltre che una parte del contratto sottoscritta tuttavia non sufficiente ad integrare una corretta, completa ed esaustiva informativa.

Sul punto l'utente nella replica ha *“contesta[to] altresì che la cessazione sia pervenuta prima della scadenza contrattuale; i moduli e le condizioni generali di contratto allegati in atti da controparte non sono sottoscritti dalla ricorrente; nello specifico [ha] evidenzia[to] che parte convenuta produce (...) una semplice PDA in bianco. Anche una simile circostanza deve essere tenuta in debito conto dall'ente giudicante. La ricorrente non ha infatti mai ottenuto una copia della Pda sottoscritta nonostante le plurime richieste telefoniche (non solo indirizzate al gestore ma anche all'agenzia Wind spa di riferimento). Non solo. La società istante, prima della migrazione, ha più volte richiesto se il gestore avrebbe applicato penali in caso di uscita e gli operatori telefonici hanno sempre riferito che nessun costo di attivazione/disattivazione sarebbe stato conteggiato.*

A prescindere, comunque, dalla produzione in atti di tale documento, l'operatore non fornisce, infatti, prova dell'assolvimento degli oneri informativi nei confronti del cliente, così come previsti dalla medesima Delibera Agcom n. 487/18/CONS, capoverso VIII, n. 34, secondo la quale *“[l]e spese relative al recesso o al trasferimento dell'utenza ad altro operatore devono essere rese note al momento della pubblicizzazione dell'offerta e in fase di sottoscrizione del contratto”*.

La previsione al successivo punto n. 36 evidenzia, altresì, che, *“[i]n fase di sottoscrizione del contratto gli operatori devono rendere note, verbalmente e attraverso*

idonea informativa – chiara e sintetica – da allegare al contratto, tutte le spese che l'utente dovrà sostenere in corrispondenza di ogni mese in cui il recesso potrebbe essere esercitato”.

Nel caso di specie, con riferimento alle spese previste in caso di recesso anticipato, il cliente non risulta sia stato edotto in maniera inequivocabile circa le conseguenze economiche di un recesso anticipato fornendo puntuali indicazioni circa il *quantum debeat* nel caso di cessazione anticipata del rapporto.

Pertanto, l'operatore non ha dimostrato di aver reso noto, in modo chiaro e trasparente, quali costi l'utente avrebbe dovuto sostenere in caso di recesso anticipato da un contratto che prevedeva vincoli di durata, non essendo sufficiente il generico rimando all'informativa reperibile esternamente sul sito, alla luce della previsione sopracitata di cui alla Delibera Agcom n. 487/18/CONS per cui *“gli operatori devono rendere note, verbalmente e attraverso idonea informativa – chiara e sintetica – da allegare al contratto, tutte le spese che l'utente dovrà sostenere in corrispondenza di ogni mese in cui il recesso potrebbe essere esercitato”.*

Ne deriva, per quanto sopra esposto, che l'istante, in relazione al codice cliente n. 54269xxxx, in parziale accoglimento della domanda *sub i)*, ha diritto alla regolarizzazione della propria posizione amministrativa mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento) della somma imputata nella fattura n. 2019T00019xxxx del 23 marzo 2019 a titolo di *“Contributo di attivazione”*, al netto della nota di credito già erogata. Dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Sulla fatturazione emessa dopo il passaggio ad altro operatore delle utenze mobili di cui al contratto n. 54269xxxx

Parte istante ha lamentato il prosieguo della fatturazione del gestore Wind Tre, nonostante il passaggio ad altro operatore. Di contro l'operatore ha sostenuto la correttezza della fatturazione emessa.

La domanda dell'istante *sub i)* può essere accolta per le ragioni che seguono

In primis occorre richiamare che è ormai pacifico che, nel caso di contestazione delle fatture, l'operatore debba fornire la prova della debenza degli importi fatturati, altrimenti l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al loro rimborso (*ex multis*, Delibera Agcom n. 82/17/CIR), tenuto conto che la fattura non costituisce negozio di accertamento.

Sul punto viene in rilievo il sopracitato orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, (*ex multis*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947) in virtù del quale 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).

Conformemente a tale orientamento giurisprudenziale, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha più volte ribadito, che *“la bolletta telefonica, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria e la società telefonica è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra i dati forniti da esso e quello trascritto nella bolletta”* (delibere Agcom n. 2/13/CIR, n.10/05/CIR, n. 85/09/CIR, n. 23/10/CIR, n. 33/10/CIR).

Nel caso di specie, con riferimento alla *res controversa*, deve rilevarsi che, nell'ambito dell'udienza di definizione, la parte istante ha precisato *“che l'operatore non ha dimostrato di avere erogato il servizio, generando un insoluto non dovuto”*. Di contro *“Wind Tre (...) [ha] precisato che la cessazione delle numerazioni rimaste attive è pervenuta soltanto ad ottobre 2020”*.

Nella memoria in atti, dalle tabelle allegate fornite dalla società Wind Tre, si deduce che le utenze rimaste attive sono i numeri 334 568xxxx e 349 81xxxx, attivi dal 19 settembre 2017 rispettivamente con i profili *Smart Share 500* e *Smart Share Unlimited*. La società Wind Tre ha, altresì, indicato, che era rimasta attiva l'offerta *“Samsung Galaxy Note 9 - Black 35663009290xxxx”*, attivata dal 12 ottobre 2018.

La predetta società, nella memoria difensiva, a titolo esemplificativo, ha depositato una fattura relativa al periodo successivo al passaggio ad altro operatore delle utenze elencate dall'operatore stesso. Dall'esame della fattura non è possibile evincere i numeri fatturati e verificarne la corrispondenza, in quanto è indicata unicamente l'attivazione di n. 2 SIM e delle offerte associate citate in memoria, oltre l'offerta *“Smart Share 100 Giga”* su n. 2 SIM.

Attesa la contestazione dell'utente di non aver mai sottoscritto nuove offerte con Wind Tre dopo l'adesione contrattuale del 13 settembre 2017, si deve evidenziare che non c'è corrispondenza fra l'offerta (*Smart Share 500*) che l'operatore afferma aver applicato sul numero 334 568xxxx. Infatti esaminando il contratto in atti si evince, *ictu oculi*, in corrispondenza del numero *de quo*, l'indicazione del profilo Wind. Smart. 2017 Black. Per quanto riguarda l'utenza n. 349 818xxxx deve, viceversa, rilevarsi che nel contratto non è riportata alcuna offerta né alcuna associazione a terminale.

Di fatto l'operatore, pur avendo dedotto la correttezza della fatturazione emessa, in relazione alle utenze di cui al codice contratto oggetto della controversia, a fronte della contestazione dell'istante di non avere fruito dei servizi fatturati dopo il passaggio ad altro gestore, non ha fornito idonei riscontri probatori dai quali dedurre la regolarità del traffico e l'esattezza dei dati di cui è questione. L'operatore avrebbe dovuto, al fine di provare l'esattezza della fatturazione, depositare copia del traffico voce e dei *files di log*, indicanti la durata delle connessioni internet, la riferibilità temporale delle medesime, la correttezza degli importi addebitati sulla base delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio contrattualizzato, nonché i tabulati del traffico telefonico.

Sul punto si rileva che il contegno dell'operatore, il quale - pur a fronte della contestata mancata fornitura del servizio a seguito del passaggio ad altro operatore - prosegue la fatturazione, è da ritenersi contrario al generale principio di buona fede di cui all'art. 1175 c.c., privo di causa per mancanza di corrispettività degli importi fatturati.

Per quanto sopra, la società Wind Tre è tenuta a stornare (o rimborsare, in caso di avvenuto pagamento) tutti gli importi addebitati in relazione alle utenze mobili *de quibus* intestate all'utente, di cui al codice cliente n. 54269xxxx, a far data 23 gennaio 2019, fino alla fine del ciclo di fatturazione.

Parte istante ha diritto, altresì, al ritiro, a cura e spese del gestore, della pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Viceversa, con riferimento alla domanda *sub ii*), si osserva che l'istante non ha diritto ad un "*un indennizzo di €. 500,00*" 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).

TUTTO ciò premesso;

UDITA la relazione del Dirigente, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata dalla società XXX, nei confronti dell'operatore Wind Tre S.p.A. (Very mobile) per le motivazioni di cui in premessa.
2. La società Wind Tre S.p.A. (Very mobile) è tenuta, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, alla regolarizzazione della posizione amministrativa - contabile, con storno o rimborso in caso di avvenuto pagamento (oltre agli interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza di definizione con le modalità indicate nel formulario) dell'addebito pari ad euro 439,20 (quattrocento trentanove/20) a titolo di applicazione della rata residua degli apparati "*Cel ALCATEL WindSmart2017*". Dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.
3. La società Wind Tre S.p.A. (Very mobile) è tenuta, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, alla regolarizzazione della posizione amministrativa - contabile con storno (o rimborso, in caso di avvenuto pagamento, oltre agli

interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza di definizione con le modalità indicate nel formulario) di tutti gli importi addebitati in relazione alle utenze mobili intestate all'utente, di cui al codice cliente n. 54269xxxx, a far data 23 gennaio 2019, fino alla fine del ciclo di fatturazione. Parte istante ha diritto, altresì, al ritiro, a cura e spese del gestore, della pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

4. La società Wind Tre S.p.A. (Very mobile) è tenuta, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, alla regolarizzazione della posizione amministrativa - contabile con storno (o rimborso, in caso di avvenuto pagamento, oltre agli interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza di definizione con le modalità indicate nel formulario), in relazione al codice cliente n. 54269xxxx, della somma imputata nella fattura n. 2019T00019xxxx del 23 marzo 2019 a titolo di "*Contributo di attivazione*", al netto della nota di credito già erogata. Dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Il presente provvedimento 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.

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.

Firenze, 31 ottobre 2023

Il Presidente
Marco Meacci

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)