

DETERMINA DETERMINA 25 Fascicolo n. GU14/311724/2020

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - Wind Tre (Very Mobile)

IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA

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. 390/21/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);

VISTA la “Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni”, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 gennaio 2018”, e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTA la Delibera n. 374/21/CONS recante: *“Proroga dell’Accordo quadro tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle regioni e province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle assemblee legislative delle regioni e delle province autonome, concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni”*.

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 dell’utente XXX, del 29/07/2020 acquisita con protocollo n. 0327358 del 29/07/2020

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

1. La posizione dell’istante.

La parte istante, titolare di un contratto residenziale sull'utenza fissa n. 055936xxxx e sulla collegata utenza mobile n. 389687xxxx con l'operatore Wind Tre (Very Mobile) di seguito, per brevità, Wind Tre, contesta la parziale restituzione di somme addebitate per servizi a sovrapprezzo non richiesti, l'ulteriore addebito di somme sull'utenza mobile a titolo di "costo extra SIM", l'addebito non giustificato di euro 69,19, le eventuali spese per la restituzione dell'apparato e la mancata risposta ai reclami.

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

- *“tra maggio e settembre 2019” riscontrava l’attivazione sulla sim mobile di “servizi a sovrapprezzo per un totale di 61,08 € [...] nonostante la suddetta sim non (fosse) mai stata spellicolata e i servizi a sovrapprezzo mai richiesti”;*
- *il 2 ottobre 2019 inviava segnalazione al Servizio Clienti Wind Tre il quale, il 14 ottobre 2019, comunicava che l’attivazione del servizio contestato “Lancio Entertainment Sport” era stata volontaria, come attestato dai sistemi che avevano registrato tutti gli eventi relativi al processo di acquisto e che “[a]l fine di esaudire per il massimo possibile la [...] richiesta (aveva) ritenuto di riconoscere un omaggio di euro 48,70, pari agli addebiti generati nei 60 giorni antecedenti la disattivazione dei servizi contestati”. L’operatore indicava le modalità di erogazione della cifra, suddivisa in euro 33,44 come storno su fattura in scadenza ottobre 2019 e in euro 15,26 con ulteriore operazione contabile e aggiungeva che “[n]el caso avesse già provveduto al pagamento degli importi presenti sui conti telefonici emessi e non risultino ulteriori importi da saldare, riceverà un assegno o bonifico bancario; qualora non avesse ancora provveduto ai pagamenti le rettifiche contabili emesse andranno ad annullare gli importi non dovuti di conseguenza rimarranno a suo carico solo gli eventuali importi a differenza.” Nonostante ciò “tra ottobre 2019 a febbraio 2020 i soldi non (venivano) restituiti”;*
- *riscontrava voci di accredito per servizi VAS (Value Added Service - Servizi a Valore Aggiunto) e a sovrapprezzo per un totale di euro 14,90 nella fattura con scadenza dicembre 2019;*
- *il 29 gennaio 2020 - alle ore 12:48 codice ITxxxx - contattava nuovamente il Servizio Clienti Wind Tre il quale confermava che non era ancora avvenuto il rimborso e affermava sarebbe stata emessa una nota di credito pari a euro 27,66 a totale storno della fattura con scadenza febbraio 2020 mentre i restanti euro 21,04 sarebbero stati restituiti con accredito su carta di credito;*
- *il 10 febbraio 2020 inviava un reclamo formale via PEC per richiedere il rimborso dell’intera cifra di euro 48,70 direttamente su conto bancario, facendo richiesta di risposta alla PEC entro e non oltre 30 giorni, in quanto a breve avrebbe cambiato operatore per il grave disservizio. Alla PEC tuttavia non aveva mai ricevuto risposta e con la fattura successivamente emessa riscontrava la restituzione di euro 26,70 ma “i 21,04 € non (erano) mai pervenuti”. Nella stessa PEC chiedeva inoltre il rimborso della rimanente cifra di euro 12,38;*
- *nel mese di febbraio 2020 effettuava “il passaggio ad un nuovo operatore (Vodafone), i cui operatori (avevano assicurato) che WIND non (poteva richiedere) alcun costo di migrazione”. Nonostante ciò, nella successiva fattura con scadenza aprile 2020 venivano addebitati euro 35,00 per il costo di migrazione ed euro 32,79 per "contributo vendita apparato" “mai richiesto poiché fornito in comodato d’uso gratuito”;*
- *riscontrava l’addebito sulla nuova carta di credito della somma di euro 69,19 avvenuto il 20 aprile 2020 “senza aver nemmeno ricevuto una mail di fatturazione dalla WIND”;*

- il 10 giugno 2020 riceveva una e-mail con la quale Windtre comunicava l'emissione di una nota di credito di euro 47,34 relativa alla fattura di aprile 2020 e la richiesta della somma di euro 21,85. Nonostante ciò, i suddetti importi non erano stati né ricevuti né detratti.

In data 27 luglio 2020 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore Wind Tre 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) il “[r]imborso del denaro indebitamente trattenuto e non ancora restituito, per un totale di 102 €”; (12,38+69,19+21,04)
- ii) la “[c]hiusura immediata dell’utenza/contratto e delle domiciliazione delle spese”;
- iii) l’ “[i]ndennizzo per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti” (art. 9 dell’Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS), per un totale di 600 €”;
- iv) l’ “[i]ndennizzo per mancata o ritardata risposta ai reclami” (art. 12 dell’Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS), per un totale di 300 €”;
- v) “[i]n caso di richiesta restituzione apparato, l’intero importo di spedizione dovrà essere a carico del richiedente (Wind), o la possibilità di riconsegnare il modem ad uno store Wind o la rinuncia al suo riottenimento”.

A seguito dell'avvio del procedimento di definizione, la parte istante il 4 settembre 2020 ha comunicato l'avvenuto addebito nella fattura con scadenza settembre 2020 della somma di euro 5,25 per il “costo extra SIM” che aveva già richiesto di bloccare con la segnalazione del 02 ottobre 2019 e ha aggiunto alle proprie richieste la restituzione della suddetta somma di euro 5,25 e l'indennizzo di cui all'articolo 13, comma 7 del Regolamento Indennizzi per euro 1.560,00.

L'istante ha richiesto inoltre di valutare la possibilità di riconoscere un ulteriore indennizzo per non aver ricevuto alcuna fattura in merito all'addebito di euro 69,19 avvenuto in data 20 aprile 2020.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore Wind Tre, nell'ambito del contraddittorio, ha depositato in data 17 settembre 2020 memoria difensiva con allegata documentazione nella quale ha contestato tutto quanto *ex adverso* dedotto come di seguito esposto.

“*In rito*”, preliminarmente, l'operatore ha chiesto “l'inammissibilità, secondo quanto disposto dall'art. 14 di cui all'allegato A alla delibera 353/19/CONS, di quanto non previamente formulato in sede di tentativo obbligatorio di conciliazione ed inserito dall'istante nel fascicolo documentale”.

“*Nel merito*”, l'operatore ha affermato che “[i]n data 02/10/2019 il cliente contattava il servizio clienti e contestava l'addebito per l'utilizzo di servizi vas mai richiesti sulla linea 389687xxxx (...) in riferimento alle fatture n. W191092xxxx (importo 15,27 euro i.i.) e n. W191419xxxxx (importo 45,81 euro i.i.) (...); il reparto preposto, effettuate le opportune verifiche, procedeva al blocco di tali numerazioni vas e al rimborso tramite accredito diretto in fattura, n ° W191890xxxx, per 15,26 euro iva inclusa e all'emissione della Nota di credito n° 91178xxxx per 33,45 euro iva inclusa”.

L'operatore ha aggiunto che “[i]n seguito ad una bonifica massiva veniva riconosciuto al cliente ulteriore accredito per i servizi vas pari a 32,57 euro i.i. con accredito diretto sulla fattura n° W200469xxxx”.

A seguito della PEC pervenuta il 10 febbraio 2020, l'operatore “procedeva nella stessa data a richiedere l'emissione di un assegno per l'importo di 33,45 euro relativo alla NDC n° 91178xxxx e ad inviare mail di presa in carico della gestione al cliente. L'assegno riconosciuto per tale NDC,

successivamente, risultava non evaso pertanto nelle more del procedimento si effettuava un bonifico sulle coordinate bancarie dell'istante con data valuta 30/09/2020".

L'operatore ha riferito che "[i]n data 27/02/2020 la linea fissa n. 055936xxxx risultava cessata per migrazione verso altro operatore."

L'operatore ha sostenuto di aver emesso, nelle more del procedimento di conciliazione, "la NDC n° 91239xxxx pari a 47,39 euro come risultante dal rimborso del "Contributo Vendita Apparato" per 40 euro i.i. e dall'applicazione della Delibera Agcom 487/18/CONS per 7,39 euro i.i. in riferimento alla fattura n° W200783xxxx" e ha specificato che "per tale NDC era stato emesso assegno risultato poi non evaso per causale "destinatario non riconosciuto"; si procedeva pertanto a bonifico con data valuta 30/09/2020".

In merito alle motivazioni di diritto, l'operatore ha sostenuto che le condizioni generali di contratto esplicitano chiaramente che, aderendo al servizio di telefonia mobile "Il Cliente potrà effettuare e ricevere chiamate telefoniche, inviare e ricevere messaggi ed usufruire del servizio di connettività Internet secondo le modalità e con i limiti relativi al Servizio specifico. La carta SIM è abilitata alla fruizione di servizi a sovrapprezzo, forniti anche da terze parti, il cui costo potrà essere addebitato sul conto telefonico o sul credito telefonico del cliente. La fruizione dei servizi a sovrapprezzo potrà essere inibita attivando il relativo blocco (...). Lo stesso dicasi per l'accesso a servizi premium forniti sul web, dal momento che le condizioni generali di contratto precisano che la SIM è abilitata al servizio di connettività internet. L'operatore ha inoltre sostenuto che "[d]all'abilitazione deve distinguersi la fruizione e quindi la richiesta di servizi a sovrapprezzo la cui attivazione è subordinata alla conclusione di uno specifico contratto distinto dal contratto di telefonia mobile. Invero, l'utente che decida di avvalersi dei servizi per i quali la SIM è astrattamente abilitata è chiamato a manifestare la propria volontà attraverso una specifica attività. Nella specie, qualora nell'ambito dell'utilizzo del traffico dati in mobilità, il consumatore voglia attivare dei servizi a sovrapprezzo dovrà selezionare sul terminale mobile l'apposita icona/tasto di attivazione dello specifico servizio. E pertanto, come sopra illustrato, si tratta di comportamenti attivi del consumatore che implicano la manifestazione di un consenso per fatti concludenti al perfezionamento di un autonomo e specifico rapporto contrattuale per l'acquisizione dei predetti servizi".

Inoltre, l'operatore ha segnalato come "in ragione dell'art. 123, comma 2, D. Lgs. 196/2003 (Codice della Privacy) è previsto che "il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi (...) quindi ne consegue che gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione scritta possono conservare il traffico dell'ultimo semestre e, pertanto, dovendo garantire agli stessi l'esercizio di diritto di difesa, le uniche fatture da prendere in considerazione ai fini di un eventuale storno sono solo quelle relative agli ultimi sei mesi in cui è stato presentato il reclamo poiché per il traffico pregresso lo stesso viene cancellato o reso anonimo" e ha richiamato sul punto alcune determinate dell'Autorità concludendo con l'affermazione che "[a]vendo il Gestore già erogato gli importi suddetti, nessuna ulteriore somma è dovuta, e su tale punto dovrà quindi essere dichiarata la cessata materia del contendere".

L'operatore ha sostenuto infine che "[n]on può essere accolta, conformemente all'orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (tra cui la Delibera n.29/17/CIR), la richiesta dell'istante di liquidazione dell'indennizzo relativo all'attivazione di assunti servizi non richiesti, tenuto conto che quanto ai servizi digitali deve rammentarsi che trattasi: a) di servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del Regolamento indennizzi; b) di servizi forniti da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazione elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l'utente ed il fornitore del servizio; c) di

servizi in relazione ai quali il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo e del corrispondente meccanismo di liquidazione, attiene solo alla fase dell'addebito, e non a quello della attivazione in senso stretto (Delibera Agcom N. 36/2020)".

In riferimento alla contestazione sui costi di cessazione, l'operatore ha richiamato le condizioni generali di contratto secondo le quali "[n]el caso in cui il Cliente receda, anche tramite un terzo operatore, gli verrà addebitato un importo commisurato ai costi di disattivazione sostenuti da WIND come previsto dall'art. 1 comma 3 del D.Lgs. 7/2007, quantificati come di seguito indicato: 35,00 euro nel caso in cui la richiesta preveda la riattivazione del servizio con Telecom Italia (rientro) o con un altro operatore (migrazione). Nel caso in cui la migrazione verso altro operatore implichi la sola Portabilità del Numero verranno applicati i costi previsti per la cessazione, con le modalità di seguito descritte. Tale richiesta infatti, comporta non solo la migrazione del numero, ma anche la cessazione degli altri Servizi attivati con WIND sulla stessa linea. Nel caso in cui la richiesta implichi la cessazione del Servizio senza riattivazione con altri:- 65,00 euro per Servizio attivo sulla rete WIND- 65,00 euro nel caso di cessazione contestuale del Servizio Voce ed Internet, anche in tecnologia VoIP, o del solo Servizio Internet in interconnessione (rete di accesso Telecom Italia), non attivi su rete WIND" e ha rappresentato che "i "costi per attività di cessazione servizio" pari a 35 euro addebitati nella fattura contestata, n° W200783xxxx, sono dovuti conformemente all'art. 1 della legge 40/2007 (c.d. decreto "Bersani") che statuisce quanto segue: "I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni". L'operatore ha sostenuto inoltre che le "Linee Guida della Direzione Tutela dei Consumatori esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, commi 1 e 3, della medesima legge", prevedono che gli unici importi ammessi in caso di recesso sono quelli "giustificati" da "costi" degli operatori. In particolare, come previsto anche in "I diritti dei consumatori nel mercato dei servizi di comunicazione elettronica" di Agcom, i costi che "l'operatore può richiedere in sede di recesso anticipato sono soltanto quelli strettamente connessi alle attività necessarie alla lavorazione del recesso" e che quindi "è la stessa fonte legislativa a riconoscere la facoltà degli operatori telefonici di addebitare, in fase di recesso del cliente, costi giustificati. La fonte primaria aggiunge che "L'Autorità' per le garanzie nelle comunicazioni vigila sull'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo e stabilisce le modalità attuative delle disposizioni di cui al comma 2." Da quanto richiamato, se ne deduce che l'Autorità citata è competente nella vigilanza sull'attuazione della suddetta normativa e sulle relative modalità. Le Linee Guida sopra citate prevedono che "Nello svolgimento della propria attività la Direzione verificherà che gli operatori pongano a carico degli utenti (ove necessario) esclusivamente le spese per cui sia dimostrabile un pertinente e correlato costo dai primi sopportato per procedere alla disattivazione o al trasferimento". Aggiunge poi che "l'attività della Direzione consisterà anche nel richiedere agli operatori dettagliate informazioni con riguardo ad eventuali costi". È in forza di tale previsione che Agcom ha avviato nel Febbraio del 2009 un'istruttoria finalizzata ad acquisire il dettaglio dei costi sostenuti dagli operatori nell'effettuazione delle operazioni di disattivazione. A valle di tale istruttoria, l'Autorità vigilante ha certificato i costi di Wind Tre eliminando alcuni e riconoscendo altri. Wind Tre ha provveduto di conseguenza a rimodulare i costi applicati alla clientela in fase di recesso e a pubblicarli nel sito istituzionale. Ne consegue che i costi di disattivazione applicati all'istante sono dovuti in base a quanto previsto dall'art. 1 della Legge Bersani oltre che conformi con quanto sancito a livello di norma primaria in quanto sottoposti ad attenta analisi di vigilanza da parte dell'Autorità chiamata dalla stessa Legge a vigilare ossia l'Agcom. L'operatore ha concluso affermando come "[n]el caso di specie, nelle more del procedimento, si è comunque

proceduto ad un ricalcolo dei costi di cessazione in ottemperanza alla Delibera AGCOM 487/18/CONS.

In riferimento alla tempistica di risposta al reclamo, l'operatore ha riportato quanto statuito dalle condizioni generali di contratto: *“WIND esaminerà il reclamo e fornirà risposta al Cliente entro 45 (quarantacinque) giorni dal ricevimento del medesimo. Per tutte le tipologie di reclami presentati per iscritto WIND fornirà riscontro scritto entro il termine sopraindicato.”*

In relazione alla posizione contabile, l'operatore ha affermato che la stessa *“non presenta insoluti”* e che *“[l]a sim dati n° 389687xxxx risulta attualmente ancora attiva. Tale numerazione rientrava nell'offerta combinata con l'attivazione della rete fissa che prevedeva, fino a quando i numeri fossero rimasti entrambi attivi, la gratuità del canone della sim dati; pertanto una volta avvenuta la migrazione del fisso verso altro operatore tale sim ha iniziato ad originare l'addebito dei canoni mensili presenti, per il periodo di competenza aprile 2020-agosto 2020, nella fattura W202319xxxx”* e ha riportato le disposizioni delle condizioni generali di contratto accettate dal cliente in base alle quali *“Il Cliente potrà recedere dal Contratto in ogni momento, dandone comunicazione a WIND mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, allegando copia di un documento di riconoscimento in corso di validità. Il recesso sarà efficace decorsi 30 (trenta) giorni dalla data di ricezione della lettera raccomandata relativa. Il Cliente che sia abbonato per più servizi potrà recedere dal Contratto, con le modalità di cui al paragrafo precedente, anche limitatamente ad un solo Servizio. 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 dalle Condizioni Economiche applicabili.”*

L'operatore ha concluso con la richiesta 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 insolute indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile”*.

3. La replica dell'istante.

La parte istante, nell'ambito del contraddittorio, il 17 settembre 2020, ha depositato una nota di replica evidenziando che il 15 settembre 2020 aveva ricevuto, tramite contatto telefonico, una proposta di accordo da parte di un rappresentante dell'operatore. Tale proposta prevedeva quanto segue: accredito di euro 33,45 e di euro 47,34 come rimborso parziale della fattura W200783xxxx di euro 74,10; disattivazione della sim e storno delle fatture a partire dalla W202319xxxx di euro 5,25; indennizzo di euro 200,00. La parte istante si riteneva disposta ad accettare solo l'accredito di euro 33,45 e la disattivazione della sim con storno delle fatture, di conseguenza l'accordo non si era perfezionato.

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, si rileva che:

- con riferimento alla domanda *sub ii)*, in cui l'istante chiede la *“[c]hiusura immediata dell'utenza/contratto e delle domiciliature delle spese”* sul punto è cessata la materia del contendere in quanto dalla memoria dell'operatore emerge che la linea fissa n. 055 936xxxx risulta cessata per migrazione verso altro operatore in data 27 febbraio 2020. Per quanto riguarda la linea mobile n. 389 687xxxx, nel verbale dell'udienza di discussione tenutasi il

16 giugno 2021, entrambe le parti hanno riferito che *“l’utenza n. 389687xxxx è cessata in data 15 ottobre 2020”*;

- con riferimento alla richiesta d’indennizzo, precisata dall’istante nella memoria di replica, per non aver ricevuto alcuna fattura in merito all’addebito di euro 69,19 avvenuto in data 20 aprile 2020 di cui alla domanda *sub i)*, la stessa non può essere accolta in quanto esula dall’ambito di applicazione del Regolamento indennizzi non essendo assimilabile nemmeno in via analogica a nessuna delle fattispecie in esso previste;
- l’ulteriore richiesta di “restituzione” nella fattura con scadenza settembre 2020 della somma di euro 5,25 per il *“costo extra SIM”* (che non attiene a servizi a sovrapprezzo) e la correlata domanda d’indennizzo *“di cui all’articolo 13, comma 7 del Regolamento Indennizzi per euro 1.560,00”* sono inammissibili in quanto, essendo state formulate dall’istante successivamente alla presentazione dell’istanza di definizione, configurano a tutti gli effetti domande nuove, in quanto non preventivamente sottoposte al prodromico tentativo obbligatorio di conciliazione;
- la domanda *sub v)* con la quale l’istante propone, *“[i]n caso di richiesta restituzione apparato, [che] l’intero importo di spedizione dovrà essere a carico del richiedente (Wind), o la possibilità di riconsegnare il modem ad uno store Wind o la rinuncia al suo riottenimento”*, oltre ad essere connessa ad una circostanza ipotetica e futura, esula dal contenuto c.d. vincolato del provvedimento di decisione così come previsto dall’articolo 20, comma 4, del Regolamento a mente del quale il Corecom può condannare l’operatore unicamente al rimborso (e/o allo storno) di somme risultate non dovute e al pagamento di indennizzi nei casi previsti.

Ciò premesso, la presente disamina ha ad oggetto la parziale restituzione di somme addebitate per servizi a sovrapprezzo non richiesti sull’utenza n. 389 687xxxx, l’addebito non giustificato di euro 69,19 e la mancata risposta ai reclami.

Sulla parziale restituzione di somme addebitate per servizi a sovrapprezzo non richiesti sull’utenza n. 389 687xxxx.

L’istante ha contestato l’addebito *“tra maggio e settembre 2019”* di importi per servizi a sovrapprezzo mai richiesti per un totale di euro 61,08 e ha affermato che, nonostante quanto comunicato dall’operatore a seguito delle sue segnalazioni, di avere riscontrato soltanto un accredito in fattura di euro 26,70, ritenendosi ancora creditore delle somme di euro 21,04 e euro 12,38. Di contro, l’operatore ha sostenuto di aver gestito le segnalazioni della parte istante mediante accredito diretto in fattura degli importi di euro 15,26 e euro 32,57 e di aver emesso nota di credito di euro 33,45 seguita da emissione di assegno non evaso e da successivo bonifico bancario con data valuta 30 settembre 2020. L’operatore ha quindi sostenuto che *“avendo (...) già erogato gli importi suddetti, nessuna ulteriore somma è dovuta, e su tale punto dovrà quindi essere dichiarata la cessata materia del contendere”*.

La doglianza dell’istante è meritevole di accoglimento nei termini e per le ragioni di seguito esposte.

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 o al rimborso degli stessi, tenuto conto che la fattura non costituisce negozio di accertamento.

Sul punto viene in rilievo l’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), altrimenti l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al loro rimborso (*ex multis*, Delibera Agcom n. 82/17/CIR).

Viene, inoltre, in rilievo l'art. 123 del Codice della Privacy (Dlgs 196/2003 e ss.mm.ii.) la cui *ratio* è la tutela dei dati personali degli utenti di servizi di comunicazioni elettroniche, il quale prescrive l'obbligo di cancellare o rendere anonimi i dati relativi al traffico riguardanti contraenti ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatta salva la conservazione per il periodo di sei mesi per esigenze di fatturazione o per la commercializzazione di servizi di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi a valore aggiunto, e l'ulteriore specifica conservazione necessaria per una contestazione, anche in sede giudiziale.

Dalla lettura del citato articolo, emerge che gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione scritta, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre, dovendo consentire agli stessi l'esercizio pieno del proprio diritto di difesa. Ne consegue, quindi, che possono essere contestati solo i dati di traffico risalenti all'ultimo semestre antecedente la data in cui è stato presentato il reclamo, in quanto l'operatore ha l'obbligo di conservarli.

Nel caso di specie, l'istante ha contestato l'addebito in fattura di importi per servizi a sovrapprezzo "*mai richiesti*" per un totale di euro 61,08 nel periodo "*tra maggio e settembre 2019*". In relazione ai suddetti addebiti la parte istante ha inviato un primo reclamo in data 2 ottobre 2019. Il gestore ha sostenuto di aver correttamente restituito gli importi addebitati.

Dagli atti del procedimento risulta che la parte istante abbia contestato in data 2 ottobre 2019 l'importo di euro 15,27 per servizi a sovrapprezzo addebitati nella fattura n. W191092xxx del 20 luglio 2019 e l'importo di euro 45,81 per servizi a sovrapprezzo addebitati nella fattura n. W191419xxxx del 20 settembre 2019. Tali fatture risultano comprese nel semestre antecedente la data del reclamo.

In merito alla contestazione dell'istante circa gli addebiti per servizi a sovrapprezzo, l'operatore, in memoria, pur riportando le condizioni contrattuali che prevedono un comportamento consapevole da parte dell'utente affinché possano attivarsi servizi a sovrapprezzo, non ha fornito la prova in ordine al consenso univoco dell'istante all'attivazione dei servizi medesimi come previsto dagli articoli 12 e 13 del D. M. 2 marzo 2006, n. 145 (Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo) e ha affermato di aver proceduto al "*blocco di tali numerazioni vas*" e di aver "*già erogato gli importi suddetti*" alla parte istante.

Sul punto, preme evidenziare che dalla documentazione in atti risulta che l'operatore abbia effettuato l'accredito di euro 15,26 iva inclusa nella fattura n. W191890xxxx del 22 novembre 2019 e l'accredito di euro 32,57 iva inclusa nella fattura n. W200469xxxx del 22 febbraio 2020. Di contro, agli atti non risulta evidenza dell'avvenuta erogazione da parte dell'operatore della somma di euro 33,45 tramite bonifico bancario, in quanto è presente soltanto la dichiarazione unilaterale dell'operatore la quale non è idonea a provare il corretto ricevimento della somma da parte dell'istante.

Nel merito, pertanto, la restituzione degli importi da parte dell'operatore risulta parziale e la debenza degli importi in contestazione non risulta provata in quanto l'operatore non ha fornito prova che gli addebiti in fattura siano riferibili ad attivazioni volontarie e consapevoli dell'utente.

Ne consegue, in parziale accoglimento della domanda *sub i)* per la parte volta ad ottenere il "*[r]imborso del denaro indebitamente trattenuto e non ancora restituito*" in relazione alle somme

relative ai servizi a sovrapprezzo, che l'operatore è tenuto a regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell'istante mediante lo storno ovvero il rimborso (in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato a titolo di servizi a sovrapprezzo nella fattura n. W191092xxxx del 20 luglio 2019 e nella fattura n. W191419xxxx del 20 settembre 2019, trattandosi di fatture emesse nel semestre antecedente la data del reclamo del 2 ottobre 2019, al netto delle note di credito già erogate di euro 15,26 e di euro 32,57. L'istante ha altresì diritto al ritiro, a cura e spese dell'operatore, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta per l'insoluto.

Di contro, non è meritevole di accoglimento la domanda *sub iii)* volta ad ottenere l'"[i]ndennizzo per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti" (art. 9 dell'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS), per un totale di 600 € in quanto i servizi digitali, oggetto della tariffazione qui contestata, riguardano: a) servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del vigente *Regolamento indennizzi*; b) servizi forniti da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazione elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l'utente ed il fornitore del servizio; c) servizi in relazione ai quali il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo e del corrispondente meccanismo di liquidazione, attiene solo alla fase dell'addebito, e non a quello della attivazione in senso stretto (*ex multis* Delibera Agcom n. 143/17/CIR).

Sull'addebito non giustificato della somma di euro 69,19

La parte istante contesta l'addebito, non giustificato dalla ricezione di alcuna fattura, di euro 69,19 avvenuto il 20 aprile 2020 sulla nuova carta di credito.

La doglianza di cui alla domanda *sub i)* non può essere accolta per le ragioni che seguono.

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 ricevuta attestante il predetto prelievo dalla carta di credito effettuato dall'operatore. In alternativa avrebbe potuto, ad esempio, produrre prova delle segnalazioni rivolte all'operatore Wind Tre per ottenere il rimborso di tale addebito, indicandone gli estremi onde permettere alla predetta società la verifica contabile di quanto lamentato.

Pertanto, in assenza di documentazione idonea a provare la circostanza lamentata dall'istante, si ritiene di non potere accogliere la richiesta dell'istante.

Sulla mancata risposta ai reclami

La parte istante ha sostenuto che l'operatore abbia evaso in maniera tardiva e parziale le segnalazioni effettuate al servizio clienti il 2 ottobre 2019 e il 29 gennaio 2020 e di non aver ricevuto risposta al reclamo scritto del 10 febbraio 2020. L'operatore ha dettagliato le operazioni amministrative e contabili intraprese a seguito delle segnalazioni e ha richiamato la tempistica prevista dalle condizioni generali di contratto che prevedono un riscontro in forma scritta entro 45 giorni dalla ricezione dei reclami presentati nella stessa forma.

Sul punto, è meritevole di accoglimento la domanda *sub iv)* volta ad ottenere l'"[i]ndennizzo per mancata o ritardata risposta ai reclami" (art. 12 dell'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS), per un totale di 300 €" per le motivazioni che seguono.

Dagli atti del procedimento risulta che le due segnalazioni dell'istante al *call center*, aventi tutte ad oggetto la medesima doglianza hanno avuto un riscontro tramite il riconoscimento di un parziale rimborso delle somme contestate, restituzione giudicata non soddisfacente dall'istante che inviava reclamo formale a mezzo PEC il 10 febbraio 2020, non riscontrato dall'operatore in forma scritta.

Nel citato reclamo l'istante ha sollecitato nuovamente l'intera restituzione di quanto riconosciuto (euro 48,70) e della rimanente somma di euro 12,38. L'istante ha affermato di non aver “*mai ricevuto risposta*” se non con la restituzione di euro 26,70 con la fattura successivamente emessa. L'operatore ha sostenuto di aver gestito il reclamo mediante richiesta di emissione “*nella stessa data [...] di un assegno per l'importo di 33,45 euro relativo alla NDC n° 91178xxxx e ad inviare mail di presa in carico della gestione al cliente. L'assegno riconosciuto per tale NDC, successivamente, risultava non evaso pertanto nelle more del procedimento si effettuava un bonifico sulle coordinate bancarie dell'istante con data valuta 30/09/2020*”.

Sul punto, preme anzitutto evidenziare che non risulta provata in atti la ricezione da parte dell'istante della e-mail di presa in carico asseritamente inviata dall'operatore l'11 febbraio 2020. Infatti, la schermata depositata dall'operatore non si ritiene abbia alcun valore probante, trattandosi di riproduzione informatica generata dallo stesso soggetto che intende avvalersene. Inoltre, non risulta agli atti nessun altro riscontro scritto relativo al merito del citato reclamo. In riferimento alla gestione del reclamo, infine, agli atti non risulta evidenza dell'avvenuta erogazione da parte dell'operatore della somma di euro 33,45 tramite bonifico bancario, in quanto è presente soltanto la dichiarazione unilaterale dell'operatore la quale non è idonea a provare il corretto ricevimento della somma da parte dell'istante.

Dunque, atteso che il disposto dell'art. 8, comma 4, della Delibera n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), prevede che la risposta al reclamo debba essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto (e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta), in forma scritta nei casi di rigetto, la mancata risposta al reclamo giustifica il riconoscimento all'utente di un indennizzo “*da mancata risposta al reclamo*”.

Pertanto, trova applicazione l'art. 12, comma 1, del vigente Regolamento indennizzi, secondo il quale, in caso di mancata/ritardata risposta al reclamo “*entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità*” è previsto “*un indennizzo pari a euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 300*”.

Ai fini del calcolo dell'indennizzo si determina il *dies a quo* nella data del 27 marzo 2020, detratto il tempo utile di 45 giorni previsto dalla Carta dei Servizi dell'operatore per la risposta al reclamo del 10 febbraio 2020 e il *dies ad quem* nella data dell'udienza di conciliazione del 27 luglio 2020.

Quindi, l'istante ha diritto all'indennizzo computato per i 122 giorni di mancata risposta al reclamo ha diritto al riconoscimento di un indennizzo computato nella misura massima di euro 300,00 (trecento/00) ai sensi del sopracitato art. 12, comma 1 del Regolamento indennizzi.

DETERMINA

- La società Wind Tre (Very Mobile) è tenuta a regolarizzare, per le motivazioni di cui in premessa, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, la posizione contabile amministrativa dell'istante mediante lo storno (o il rimborso, con le modalità indicate in istanza, in caso di avvenuto pagamento, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza) di quanto fatturato a titolo di servizi a sovrapprezzo nella fattura n. W191092xxxx del 20 luglio 2019 e nella fattura n. W191419xxxx del 20 settembre 2019, trattandosi di fatture emesse nel semestre antecedente la data del reclamo del 2 ottobre 2019, al netto delle note di credito già erogate di euro 15,26 e di euro 32,57. L'istante ha altresì diritto al ritiro, a cura e spese dell'operatore, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta per l'insoluto.

- La società Wind Tre (Very Mobile) è tenuta a corrispondere in favore dell'istante, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, con le modalità di pagamento indicate in istanza, la somma

pari a euro 300,00 (trecento/00) maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami.

- La predetta Società Wind Tre (Very Mobile) è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il dirigente

Cinzia Guerrini

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