

**DETERMINA 8 Fascicolo n. GU14/418073/2021****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. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/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 delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., "Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

VISTA la "Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale del Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte in data 10 marzo 2023, e in particolare l’art. 5, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, "Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte" e s.m.i.;

VISTO l’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, approvato dall’Autorità con delibera n. 427/22/CONS del 14 dicembre 2022;

VISTA la deliberazione del Corecom Piemonte n. 1 del 12 gennaio 2022, con la quale, ai sensi dell’art. 20, comma 7, del Regolamento e dell’Allegato alla deliberazione AGCOM 276/13/CONS, punto III.5.5., il Comitato ha delegato al Dirigente dell’Ufficio la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 23/04/2021 acquisita con protocollo n. 0194982 del 23/04/2021

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

Parte istante ha esposto nel formulario introduttivo: “A partire dal mese di settembre 2019 l'utenza telefonica della mia assistita è stata interessata da numerosi disservizi riguardanti sia la linea voce che la connessione internet ma le problematiche non sono state mai risolte ed inoltre in data 22/10/2019 è rimasta senza linea voce. A questo punto, esasperata per l'abnorme durata dei disservizi in data 23/10/2019 ho inviato regolare disdetta a Wind. Si precisa che dal 22/10/2020 al 20/11/2020 data in cui l'utenza è stata dismessa da Wind, l'utente non ho potuto usufruire della linea fissa ma soltanto della connessione internet nonostante abbia formulato numerosi reclami a mezzo call center, email e chat. Si evidenzia che pur non fornendo alcun servizio la Wind ha continuato ad incassare somme per tutto il periodo relativo al mese di novembre 2019 e ha richiesto il pagamento delle rate relative al modem nonostante lo stesso sia stato prontamente restituito”. La ricorrente ha quindi espresso le seguenti richieste: “1) rimborso e/o storno delle fatture inviate durante il periodo di disservizio e quelle successive all'invio della disdetta; 2) indennizzo per la completa interruzione della linea voce pari ad €. 174,00 (€.6,00x29 gg. 22/10/2019 al 20/11/2019) ai sensi dell'art. 6 dell'allegato A della Delibera 347/18/CONS; 3) indennizzi previsti dall'art. 9 all. A Delibera 347/18/CONS per l'attivazione di servizi non richiesti (linea voce + dati) dal 20/11/2019 al 20/10/2020 pari ad € 3.340,00 (€. 5,00 x 2 x 334gg); 4) indennizzo per la mancata risposta al reclamo € 300,00; 5) ogni altro indennizzo previsto dalla fattispecie che ci occupa”.

L'operatore ha presentato le seguenti memorie difensive: “[...omissis...] **PREMESSA** Con istanza acquisita da Corecom Piemonte GU14/418073/2021, l'istante in qualità di titolare dell'utenza oggetto di contestazione, contesta un malfunzionamento della linea fissa da settembre 2019, che l'ha portata a chiedere la cessazione (cfr. Formulario GU14). **ESPONE** In rito 1. Inammissibilità e/o improcedibilità della presente istanza di definizione Delibera 353/19/CONS limitatamente alla domanda avversaria di rimborso delle spese di procedura. Il Gestore eccepisce, preliminarmente, l'inammissibilità e/o improcedibilità della presente istanza di definizione limitatamente alla domanda avversaria di rimborso delle spese di procedura in quanto non demandabili, per espressa previsione normativa (cfr. Delibera 353/19/CONS), all'Autorità adita che potrà, in caso di eventuale fondatezza della domanda, limitare l'eventuale pronuncia di condanna ai casi di “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”. Peraltro la procedura cui è stato fatto ricorso è assolutamente gratuita e alla stessa l'utente può accedere senza l'assistenza di un legale. Resta infatti una scelta discrezionale dell'istante avvalersi dell'assistenza e della competenza di un professionista e, laddove ritenesse opportuno giovare di tale professionalità, resteranno a carico dello stesso le spese di tale servizio. 2. Inammissibilità e/o improcedibilità della presente istanza di definizione Delibera 353/19/CONS limitatamente alla domanda di risarcimento del danno. La richiesta di risarcimento del danno non è demandabile, per espressa previsione normativa (cfr. 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. Nel merito 3. Ricostruzione della vicenda contrattuale. Come ut supra evidenziato parte istante contesta un malfunzionamento della linea fissa da settembre 2019, che l'ha portata a chiedere la cessazione (cfr. Formulario GU14). Per meglio comprendere tale contestazione si ritiene opportuno ricostruire brevemente i fatti che hanno portato alla presente procedura. Come si avrà modo di verificare le doglianze avanzate ex adverso sono prive di pregio. In data 21/09/2019 perveniva una comunicazione da parte del cliente con la quale informava il gestore di aver richiesto una migrazione e chiedeva di continuare a pagare il modem a rate e non in un'unica soluzione: [...omissis...] In fase di gestione veniva predisposta l'emissione della nota di credito n. XXX di euro 351,91 iva inclusa, utilizzata in compensazione sulla fattura di riferimento n. XXX, con la quale venivano stornati i costi di cessazione e le rate residue del modem (doc. 1 – nota di credito): [...omissis...] Veniva altresì inviata una risposta con la quale la convenuta informava dell'emissione della nota di credito: [...omissis...] Preme alla scrivente difesa sottolineare che non risulta pervenuta alla convenuta alcuna richiesta di migrazione da altro gestore, né è stato fornito idoneo riscontro probatorio, e infatti in data 23/10/2019 perveniva raccomandata di disdetta: [...omissis...] La richiesta di disdetta veniva gestita in pari data con l'invio di una comunicazione: [...omissis...] L'utenza de quo veniva correttamente cessata in seguito alla richiesta del cliente in data 20/11/2019, entro 30 giorni dalla richiesta, in osservanza alle

disposizioni contrattuali. Preme sottolineare che la disdetta prevede un preavviso di 30 giorni dal ricevimento della richiesta e che la richiesta deve essere inviata tramite raccomandata o pec, ai sensi delle Condizioni Generali di contratto: “Il Cliente potrà recedere in ogni momento dal presente Contratto con disdetta scritta da inviarsi, con lettera raccomandata A.R. e preavviso di almeno 30 giorni a: WIND Telecomunicazioni S.p.A. - Servizio Disdette - Casella Postale XXX” oppure tramite pec: XXXL’Operatore Recipient, in quanto Operatore con il quale il Cliente ha stabilito il nuovo rapporto contrattuale, è considerato “unico interlocutore del cliente” ed è il soggetto al quale il Cliente si rivolgerà per ottenere indennizzi in caso di ritardo nell’espletamento dell’operazione di portabilità, indipendentemente dall’operatore responsabile del ritardo stesso. Nella fattispecie, si controverte sulla migrazione di una utenza di telefonia fissa, procedura che vede coinvolti tre operatori, e precisamente l’operatore OLO Donating (WIND), l’operatore OLO Recipient, e l’operatore Telecom Italia Wholesale, in quanto proprietaria della rete di accesso. Sinteticamente, la procedura di migrazione si articola in tre fasi: Fase 1: Richiesta del cliente; Fase 2: Comunicazione preventiva; Fase 3: Provisioning tecnico. Nella Fase 1 il cliente aderisce all’offerta commerciale del Recipient e gli comunica il proprio codice di migrazione. Il Recipient verifica che non ci siano errori di trascrizione e/o lettura del codice. Nella Fase 2 il Recipient trasmette la richiesta di passaggio al Donating e quest’ultimo procede alle verifiche, fornendo l’esito delle stesse entro 5 giorni lavorativi, trascorsi i quali si applica il silenzio assenso. Il Donating effettua verifiche formali e gestionali, tra cui la verifica del codice segreto del cliente trasmesso dal Recipient. Nei casi specificati dalla Normativa può inviare, entro i 5 giorni, un KO. Tali Causali di scarto sono definite nell’allegato 5 all’Accordo Quadro. Nella Fase 3 ricevuto un riscontro positivo o in applicazione del silenzio assenso del Donating, il Recipient trasmette la richiesta di migrazione alla divisione rete di Telecom Italia comunicando la DAC (Data Avvenuta Consegnata) concordata con il cliente. Telecom Italia Wholesale effettua il provisioning del servizio intermedio alla DAC. In data 05/11/2019 (quindi solo dopo la richiesta di disdetta!!) perveniva una richiesta assistenza tecnica; in data 11/11/2019 veniva fornita una risposta: [...omissis...] In data 08/04/2020 perveniva un reclamo del cliente con il quale contestava la fattura n. XXX di € 5,99; tale fattura risultava corretta in quanto alla disattivazione del contratto era stato effettuato lo storno delle rate residue addebitate sulla fattura n. XXX ed impostata la rateizzazione, come richiesto dal cliente. Veniva fornito un riscontro scritto: [...omissis...] Preme sottolineare alla scrivente difesa che mai nessun reclamo scritto è pervenuto alla convenuta relativamente all’asserito malfunzionamento, se non dopo la richiesta di disdetta, né è stato fornito idoneo riscontro probatorio; i reclami allegati all’istanza risultano peraltro mancanti della ricevuta di invio, mentre il fax del 21.10.2019 risulta inviato ad una numerazione non dedicata alla clientela e in ogni caso si tratta di un sollecito alla richiesta di disdetta. L’invio di un reclamo scritto avrebbe senz’altro permesso a Wind Tre S.p.A. di approntare le opportune verifiche e fornire all’utente le delucidazioni del caso. E’ opportuno rilevare che la segnalazione è elemento indispensabile affinché il gestore possa essere messo a conoscenza di un eventuale disservizio che colpisce una delle migliaia di utenze dallo stesso gestito. Orientamento, quest’ultimo, confermato da diverse delibere AGCOM (69/11/CIR; 9/12/CIR; 34/12/CIR; 38/12/CIR; 113/12/CIR; 127/12/CIR; 130/12/CIR) le quali hanno affermato che: “Non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell’operatore per malfunzionamenti alla linea qualora l’utente non provi di aver inoltrato un reclamo all’operatore. Infatti, in assenza di un reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e né può, quindi provvedere alla sua risoluzione”. Tale posizione è stata convalidata anche da diverse determinazioni n. 64/16-73/16-79/16 – 395/16-42/18, con le quali l’Autorità ha confermato che la mancanza di reclami esime la società convenuta da ogni tipo di responsabilità, e pertanto nessun indennizzo può essere riconosciuto all’utente. Si richiami altresì una recentissima sentenza del TAR Lazio che sancisce che “Come correttamente osservato dall’AGCOM nei suoi scritti difensivi, l’onere della risoluzione del guasto (e della relativa prova) ricade sul gestore ma è sul cliente che incombe l’onere di segnalare tempestivamente il problema in modo da porre il gestore stesso in condizione di conoscere il guasto e di intervenire” (Tar Lazio, Sez. III, 10 giugno 2019, n. 7556). Va da sé che non solo viene meno nei confronti di Wind Tre, uno dei principali e fondamentali requisiti dell’azione (giudiziarie o amministrativa): l’interesse, rispetto anche a quanto precisato l’Autorità nelle Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche (Approvate con del. 276/13/CONS): “se dal comportamento tenuto dall’utente può desumersi un completo disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio (ad es. perché per mesi o addirittura anni non ha reclamato o avanzato richieste in proposito) il calcolo dell’indennizzo va fatto decorrere dal momento in cui un simile interesse diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l’operatore”; occorre anche evidenziare, come una tardiva contestazione, vada a ledere il diritto di difesa dell’operatore che non ha comunque la possibilità di reperire tutta la documentazione a supporto della propria

memoria (DELIBERA Agcom N. 96/18/CIR). Per i motivi sopra esposti destituita di fondamento appare, pertanto, la lamentela relativa alla mancata risposta ai reclami. Inoltre non è possibile ad oggi sapere se le utenze siano state utilizzate, in quanto in applicazione 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". Si ricordi che nella Delibera 276/13/CONS, "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", l'Autorità ha espressamente precisato che, per la liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento, tra le altre cose, al 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. La Corte di Cassazione a sezioni unite nella sentenza 21 novembre 2011, n.24406 hanno 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. Preme sottolineare infine alla scrivente difesa il disposto dell'art. 14, comma 4, della Delibera 347/18/CONS: "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". Si rileva infine che con riferimento alla richiesta dell'istante di avere anche un indennizzo per servizi non richiesti, si rappresenta che secondo l'attuale orientamento AGCom la suddetta richiesta di indennizzo per servizi non richiesti non può trovare accoglimento in quanto la fattispecie in esame esula dall'ambito oggettivo della Delibera 353/19 non trattandosi di attivazione di servizio non richiesto, bensì al massimo di fatturazione indebita che trova il suo soddisfacimento attraverso la restituzione degli importi addebitati in fattura o mediante lo storno degli stessi nel caso in cui non siano stati corrisposti dall'istante. Non vi è, pertanto, alcun margine per l'accoglimento di nessuna delle domande avanzate dalla controparte. Parimenti infondata deve ritenersi la richiesta degli indennizzi in quanto, in assenza di elementi atti a fondare la pretesa, non potrà essere accolta la domanda di riconoscimento degli indennizzi. 4. La posizione contabile. L'istante, ad oggi, risulta debitore nei confronti di Wind Tre S.p.A. della somma complessiva di euro 95,84, portata alle fatture di cui si chiede il pagamento: [...omissis...] Tutto ciò premesso, il sottoscritto delegato, salvo eventuali, più ampie ed ulteriori deduzioni e difese, anche a seguito delle eccezioni, difese e conclusioni della controparte, in qualità di procuratore e difensore della Società CONCLUDE Perché l'Autorità Voglia: nel merito, 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, fissando l'udienza di discussione come previsto da Delibera 353/19/CONS. Si produce: 1. nota di credito" La parte istante ha quindi replicato con le seguenti memorie: "[...omissis...] IN FATTO ED IN DIRITTO Questa difesa nel riportarsi a tutto quanto già esposto con l'istanza, ritiene alla luce di quanto dedotto da WindTre s.p.a., di dover meglio rettificare, precisare e richiamare l'attenzione su alcune 2 circostanze, a fondamento delle domande proposte con l'istanza UG e GU14. SUI FATTI POSTI A FONDAMENTO DELLA DOMANDA In primis si evidenzia che l'utente con reclamo del 29 ottobre 2019 (doc. denominato reclami dep. in data 23/04/2021 prot. 0194982) lamentava di non aver la linea fissa da circa una settimana... e scriveva: "Abbiamo fatto la segnalazione, ma al momento non è stata ancora ripristinata" e poi... "A questo punto vi chiedo, di sistemare la linea al più presto, oppure procedere subito con il distacco totale della stessa. Vi consegnerò il modem al momento del distacco, chiedendovi che non mi vengano addebitate le restanti rate, a causa del disservizio creato.". Successivamente in data 05/11/2019 (doc. dep. in uno con il precedente denominato reclami) scrive: "Nonostante le chiamate al 155 e altre mail che ho scritto, ad oggi non abbiamo ancora ricevuto l'intervento promesso entro 72 ore, questo mi pare veramente eccessivo. A questo punto, visto che nel frattempo abbiamo chiesto la cessazione del contratto a causa dei continui disservizi, vi chiedo di disattivare la linea immediatamente, senza aspettare il 20 Novembre, oppure di venire a riparare la linea al più presto." Le predette pec, che controparte nega di aver ricevuto, invero sono

state ricevute così come attestato da quanto si allega in uno alle presenti controdeduzioni e dal fatto che al reclamo del 29/10/2019 veniva assegnato il nr. di segnalazione N°XXX ed al reclamo del 05/11/2019 veniva assegnato il numero di segnalazione XXX 3 Dalle lettere si evince il nervosismo dell'utente e la sua volontà di trovare una soluzione e dunque nella stessa lettera scrive di volere o il ripristino della linea fissa o anche la disdetta (soluzione estrema ricercata per indurre il gestore a ripristinare il servizio). Dopo le due pec la linea voce ha continuato ad essere assente e dunque l'istante è rimasto senza la linea voce dal 21/10/2019 al 22/11/2019. La linea è stata dismessa in data 22/11/2019, ma di fatto il servizio di linea voce non ha funzionato già da prima. L'istante, in data 22/11/2019, come da ricevuta allegata restituiva anche il modem e WindTre S.p.a., in questa sede prima comunica di aver stornato le rate del modem, e poi chiede il pagamento delle fatture emesse dal 22/04/2020 al 21/06/2021 per le rate del modem evidentemente successive alla restituzione dello stesso (!?!). Alla luce dei fatti esposti, chi scrive non può che insistere per lo storno delle fatture emesse successivamente alla restituzione del modem avvenuta in data 22/11/2019 e per la corresponsione degli indennizzi nella misura che sarà precisata e rettificata di seguito.

**SULLA VALIDITA' DELLE PROVE DEPOSITATE** Questa difesa rileva l'infondatezza di quanto eccepito da controparte circa la validità delle prove poste a supporto dell'invioricezione dei reclami. A chi scrive il comportamento di controparte rievoca la parabola della pagliuzza e della trave! WindTre S.p.a., deposita a supporto delle proprie eccezioni, gli screenshot delle pagine di schermate di un computer, che nulla attestano circa la ricezione da parte dell'utente dei riscontri, che Wind dichiara di aver effettuato. Controparte prima nega di aver ricevuto i reclami del 29 ottobre e del 5 novembre, a cui come si dimostra in questa sede ha assegnato un numero di segnalazione (come da doc. in allegato alle presenti controdeduzioni) e poi scrive di averli riscontrati. Chi scrive ha posto a supporto delle sue richieste tre reclami, la disdetta e la ricevuta attestante la restituzione del modem. Controparte si limita a negare le circostanze senza addurre alcuna prova a supporto delle sue asserzioni. Il comportamento di WindTre S.p.a. si pone in contrasto con quanto disposto dall'art. 2697 c.c. in virtù del quale: "Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda". Colui che contesta la rilevanza o la veridicità dei fatti contestati, ha invece l'onere di dimostrarne l'inefficacia, o provare eventuali altri fatti che abbiano modificato o fatto venir meno il diritto vantato, chiamati rispettivamente fatti impeditivi, modificativi ed estintivi. Oltre a ciò, si ritiene utile sottoporre all'attenzione di chi legge alcune considerazioni atte a definire su chi incombe l'onere della prova. Si osserva infatti che, per quanto concerne la fattispecie de qua, tra le parti sussiste un rapporto contrattuale, sinallagmatico a 5 prestazioni corrispettive e pertanto entrambe le parti, al fine di non incorrere nella responsabilità contrattuale, o inesatto adempimento, sono tenute all'esatta esecuzione della prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio. In materia di responsabilità contrattuale vige la disposizione dettata dall'art. 1218 c.c. , quindi l'attore può dar conto del proprio diritto e dell'esigibilità della prestazione e della mancanza di essa semplicemente deducendola, mentre il convenuto è gravato dell'onere di dimostrare di non aver potuto adempiere per una causa a lui non imputabile. Nella responsabilità contrattuale l'attore si limita a dedurre l'inadempimento del diritto (normalmente relativo come ad es. il credito) conferendo al convenuto l'onere di provare il suo esatto adempimento. Per quanto concerne la fattispecie che ci occupa, il rapporto tra le parti è di natura contrattuale e dunque l'onere della prova incombe senza ombra di dubbio sul convenuto. Oltre a ciò, anche Agcom con Delibera n. 4/10/CIR ha così stabilito: "In mancanza di qualsiasi elemento di prova fornito dall'operatore, a fronte del malfunzionamento / interruzione della linea lamentato dall'utente, il disservizio è da imputarsi esclusivamente alla responsabilità dell'operatore, con conseguente corresponsione di un indennizzo in favore dell'utente". (Conformi a questo orientamento: Agcom Delibera n. 32/10/CIR Agcom Delibera n. 69/10/CIR Agcom Delibera n. 80/10/CIR Agcom Delibera n. 85/10/CIR Agcom Delibera n. 90/10/CIR Agcom Delibera n. 103/10/CIR Agcom Delibera n. 106/10/CIR Agcom Delibera n. 3/11/CIR Agcom Delibera n. 20/11/CIR Agcom Delibera n. 23/11/CIR Agcom Delibera n. 34/11/ CIR Agcom Delibera n. 38/11/CIR Agcom Delibera n. 41/11/CIR Agcom Delibera n. 57/11/CIR Agcom Delibera n. 92/11/CIR Agcom Delibera n. 94/11/CIR Agcom Delibera n. 99/11/CIR). Sempre Agcom con Delibera n. 141/10/CIR ha così disposto: "Risulta sussistente la responsabilità dell'operatore, qualora lo stesso non garantisca l'utilizzo del servizio in modo regolare, continuo e senza interruzioni, in conformità a quanto previsto dall'articolo 3, comma 4, della delibera Agcom n. 179/03/CSP, con conseguente diritto dell'utente alla corresponsione di un indennizzo a ristoro del disservizio subito". (Conformi: Agcom Delibera n. 142/10/CIR Agcom Delibera n. 25/11/CIR Agcom Delibera n. 33/11/CIR Agcom Delibera n. 51/11/CIR Agcom Delibera n. 52/11/CIR). Ancora Agcom con Delibera n. 80/12/CIR ha così determinato: "Gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali. Ne consegue che in tutti i casi di malfunzionamento di un servizio di comunicazione elettronica, allorquando

l'utente non può pienamente godere, con le modalità prescelte, del servizio promesso e acquistato, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per tutti i giorni di disservizio, a meno che l'operatore non dimostri che l'inesatto adempimento ovvero l'inadempimento totale (quando il servizio non è affatto fornito) sia dipeso da causa a lui non imputabile, secondo il disposto dell'articolo 7 1218 c.c. ovvero da specifiche cause di esclusione della responsabilità previste dalle condizioni contrattuali, salvo il caso in cui le relative clausole debbano essere prima facie considerate vessatorie ai sensi della disciplina sulla tutela dei consumatori". WindTre S.p.a. non deposita nulla che dimostri che l'utente dal mese di settembre fino al 20/11/2019 abbia fruito del servizio di linea fissa. SULLA MANCATA RISPOSTA AI RECLAMI In merito alle richieste formulate circa la mancata risposta al reclamo, appare alquanto evidente che nessuna risposta ai reclami sia stata fornita, se non una generica risposta dell'undici novembre in cui non si legge nulla circa il malfunzionamento, non si rinviengono chiarimenti circa lo stato della linea. Wind scrive di non essere riuscita a contattare l'utente. Ci si augura che WindTre S.p.a. non abbia cercato di contattarlo sul numero non funzionante, visto che l'utente comunica di non essere stato contattato. In merito al reclamo inoltrato a mezzo fax del 21/10/2020, con cui si è chiesto di non continuare ad emettere fatture per il modem già restituito e con cui si è chiesto il pagamento dell'indennizzo per il disservizio attinente la linea voce, trattasi di numero fax della sede legale con regolare ricevuta di trasmissione, non riscontrato, utilizzato da Wind anche su fogli intestati (cfr allegato). Chi scrive rammenta a se stesso che "la ratio sottesa all'obbligo dell'operatore di dare riscontro ai reclami dell'utente sta nell'opportunità di instaurare e garantire una corretta dialettica tra le 8 parti contrattuali" (Agcom Delibera n. 57/11/CIR). Dialettica che nel caso di specie non si è instaurata! Invero "La finalità di prevedere l'obbligatorietà della risposta scritta al reclamo è quella di fornire all'utente un riscontro chiaro ed esaustivo, idoneo a riequilibrare le posizioni delle parti di un rapporto che fisiologicamente nasce come squilibrato in favore dell'operatore, data la struttura organizzata con cui esso opera." (Corecom Lombardia Delibera n. 10/11). "Non è conforme a tali requisiti un riscontro che risulti essere del tutto generico, e che non soddisfi nessuna delle richieste di chiarimento avanzate dall'utente, limitandosi a reiterare dati già noti. Esso pertanto si traduce di fatto in una mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, e fonda perciò il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo" (Corecom Lombardia Delibera n. 35/11). SUI PRINCIPI DI TRASPARENZA Si ritiene, dunque, che il comportamento di WindTre s.p.a. si sia posto, altresì, in contrasto con i principi di correttezza, trasparenza e buona fede. Invero si crede che la WindTre, così come altri gestori, non eseguano tempestivamente le disdette richieste, proprio per continuare a percepire somme di danaro, per servizi di fatto non erogati, non avendo l'utente la possibilità di utilizzarli. Importi, non dovuti per servizi non più utili e dunque non richiesti, che devono essere restituiti o stornati. 9 Alla luce di quanto chiarito, si insiste nel ritenere che il comportamento di WindTre S.p.a. si sia posto in contrasto con i principi di correttezza, trasparenza e buona fede cui deve essere permeato il comportamento delle parti in un contratto e ancor di più il comportamento degli operatori "qualificati" che predispongono essi stessi le regole contrattuali cui far aderire gli utenti. L'art. 2. nr. 2 del Codice del Consumo, in merito, così recita: " Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; cbis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali. In particolare, la correttezza esprime l'esigenza che, durante la formazione e lo svolgimento del rapporto contrattuale, le parti si comportino secondo i canoni della lealtà e solidarietà; la trasparenza deve assicurare la chiarezza delle clausole contrattuali ed un'adeguata informazione nel corso delle trattative e dell'esecuzione del contratto; la buona fede, come principio fondamentale, risulta richiamata più volte non solo dal codice civile precisamente negli artt. 1175, 1337, 1358, 1366, 1375, 1460 c.c., ma anche dal Codice del Consumo, reinterpretata con riferimento ai diritti ed alla tutela del consumatore. La WindTre S.p.a., non solo non si è attivata per risolvere le problematiche, ma ha continuato ad emettere fatture non dovute. Si reputa, quindi, che WindTre s.p.a. non abbia agito con la diligenza qualificata dovuta e che la sua condotta possa essere 10 qualificata scorretta ai sensi dell'art. 20 n. 2 del codice del consumo ed anche ingannevole ai sensi dell'art. 21 n. 2 lettera b "2. Tale comportamento viene qualificato dall'art. 20 n. 2 del codice del consumo come scorretto. "Una pratica commerciale e' scorretta se è contraria alla diligenza professionale" ed anche ingannevole ai sensi dell'art. 21 n. 2 lettera b "2. E' altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, comporti: b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice. " SUL POTERE DECISIONALE DI CORECOM ED AGCOM In ordine alle ulteriori richieste di indennizzo formulate, circa l'attivazione dei servizi non richiesti ed alla debenza degli indennizzi domandati, si mette in luce che la

restituzione del modem e la chiusura del contratto risalgono al 20/11/2019 così come confermato da Wind, ma lo stesso gestore ha continuato ad emettere fatture anche dopo la presentazione dell'istanza di definizione GU14 ossia fino a maggio 2021. In ogni caso, ci si rimette all'Ill.ma Autorità, affinché ai sensi dell'art. 19 nr. 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS. [Testo consolidato con le modifiche apportate con delibera n. 597/11/CONS, delibera n. 479/09/CONS, delibera n. 11 95/08/CONS e delibera n. 502/08/CONS] disponga circa le richieste di rimborso e di indennizzo: "L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può 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". Vale il principio da mihi factum dabo tibi ius! SULLE SPESE DI PROCEDURA In merito alla eccezione sollevata circa la non debenza delle spese di procedura si insiste anche per la liquidazione delle spese di procedura, visto che la presenza del legale, anche nelle procedure conciliative si rende sempre più necessaria, in considerazione dell'impegno profuso dalle società telefoniche, che per il loro modo di illustrare i fatti e di supportarli tecnicamente ed in diritto, rendono altresì gravosa al consumatore la difesa dei propri diritti. La non rappresentanza da parte di un legale avrebbe leso il diritto di difesa dello stesso in violazione di quanto previsto dall'art. 24 della Cost. Ci si riserva, inoltre, di agire in futuro, anche per il giusto risarcimento dei danni innanzi all'Autorità Giudiziaria competente, azione che ci si riserva sin da ora di intraprendere. Tanto esposto l'istante ut supra rapp.ta, dom.ta e difesa, nell'impugnare e contestare tutto quanto ex adverso dedotto ed eccepito CONCLUDE 12 Affinchè l'Ill.ma Autorità adita voglia: 1) accertare e dichiarare illegittima la condotta assunta da WindTre s.p.a. in quanto contraria ai principi di diligenza, correttezza e buona fede ed in contrasto con gli obblighi di informazione di cui agli artt. 47, 52 e 53 per tutti i motivi esposti in atto; 2) accertare e condannare WindTre S.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., a stornare, in favore della sig.ra , le fatture relative al tutto il periodo di assenza del servizio di linea fissa e successive alla disdetta con ritiro di eventuali pratiche di recupero credito a spese di WindTre s.p.a; 3) condannare WindTre S.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., a corrispondere all'istante XXX l'indennizzo per la completa interruzione della linea voce pari ad €. 174,00 (€.6,00x29 gg. 22/10/2019 al 20/11/2019) ai sensi dell'art. 6 dell'allegato A della Delibera 347/18/CONS e/o alla diversa, maggiore o minore somma che sarà ritenuta congrua; 4) condannare WindTre S.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., a corrispondere all'istante gli indennizzi previsti dall'art. 9 all. A Delibera 347/18/CONS per l'attivazione di servizi non richiesti (linea voce + dati) dal 20/11/2019 al 20/10/2020 pari ad € 3.340,00 (€. 5,00 x 2 x 334gg), o in considerazione del fatto che WindTre S.p.a. ha continuato ad emettere fatture fino al mese di maggio 2021, alla diversa, maggiore o minore somma che sarà ritenuta congrua; 5) condannare WindTre S.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., a corrispondere l'indennizzo previsto dall'art. 12 all. A della Delib. 13 347/18/CONS per la mancata risposta al reclamo pari ad € 300,00 e/o alla diversa somma che sarà ritenuta congrua; 6) condannare WindTre S.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., a corrispondere, in favore della sig.ra , ogni ulteriore indennizzo previsto dalla Delibera e/o sanzione per tutte le violazioni di legge perpetrate dalla suddetta società e che saranno individuate dall'Ill.ma Autorità adita; 7) in ogni caso con vittoria di spese, diritti ed onorari per il presente intervento (oltre rimb., forf. su diritti ed onorari, IVA e CPA come per legge) in favore dell'avv. XXX per fattone anticipo. [...omissis...]"

Motivazione della decisione. In via preliminare si dà atto che le eccezioni svolte dall'operatore circa l'inammissibilità di domande dell'utente in quanto richiedenti risarcimento del danno e rimborso delle spese di procedura risultano palesemente infondate, essendo stati richiesti dalla Sig.ra Russo esclusivamente indennizzi previsti dalla normativa vigente, in ordine ai quali è competente a pronunciarsi l'Autorità adita, così come relativamente ad eventuale richiesta di spese. Passando al merito della controversia le doglianze dell'istante appaiono parzialmente accoglibili, in ogni caso entro i limiti dei poteri devoluti al Corecom; la decisione aderisce, infatti, al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (ex art. 112 c.p.c.) in accoglimento del brocardo "Ne eat iudex ultra petitem partium" e, pertanto, viene introduttivamente rigettata la richiesta posta dalla ricorrente sub 5) in quanto generica e non circostanziata. Procedendo nella disamina delle ulteriori domande, si ritiene che, con riferimento a quella posta sub 1), vadano condotte due distinte valutazioni, in considerazione delle diverse causali sottese alla stessa: una parte di domanda troverebbe infatti il proprio fondamento a fronte dei "numerosi" disservizi, riguardanti sia la linea voce che la connessione internet, che si sarebbero innescati, a dire dell'utente, "a partire dal mese di settembre 2019" (e culminati nella mancanza della linea voce intervenuta in data 22.10.2019), mentre la restante parte deriverebbe da prosieguo fatturativo successivo all'invio della disdetta avvenuto il 23.10.2019. Va intanto immediatamente evidenziato

che l'esistenza dei non meglio precisati "disservizi" (perdurati presumibilmente fino al giorno 22.10.2019 di interruzione della linea voce) risulta soltanto asserita dalla parte attorea, che si è limitata a rendere informazioni del tutto sommarie (non è stato indicato, ad esempio, se gli stessi avessero generato, nel periodo citato, una totale o parziale interruzione del servizio) e non comprovate. Infatti, al riguardo, nemmeno sono stati prodotti eventuali reclami sporti formalmente che, se circostanziati e coevi al periodo interessato, avrebbero contribuito a rendere nota l'esatta collocazione temporale di quanto lamentato (elemento indispensabile per la valutazione della domanda posta ai fini della decisione da assumere da parte dell'ufficio); gli unici reclami certi, depositati agli atti, risultano solo inviati nelle date 29.10.2019 e 05.11.2019 e, quindi, ben oltre l'invio della sopra menzionata comunicazione di disdetta. Tale mancanza rende inoltre impossibile l'affermazione, ai fini dell'odierna decisione, di eventuale responsabilità dell'operatore per malfunzionamento del servizio: sebbene l'onere della prova della risoluzione della problematica incomba su quest'ultimo, è inconfutabile che sul cliente incomba l'onere di segnalare il problema, ai fini della sua presa in carico da parte del gestore per la conseguente risoluzione (l'unica missiva dell'istante presente agli atti e riferita a quel periodo - prodotta da Wind e non confutata dalla parte attorea - si limitava esclusivamente a comunicare al gestore l'effettuazione di migrazione verso altro operatore, nonché la disponibilità alla restituzione del modem e al pagamento di eventuali canoni residui). Quanto sopra esposto rende pertanto impossibile la verifica di quanto dedotto dall'istante, con la conseguenza che la parte di richiesta relativa al "rimborso e/o storno delle fatture inviate durante il periodo di disservizio" debba essere rigettata. Per quanto riguarda invece il fatturato emesso successivamente all'invio della disdetta, si ritiene lo stesso debba essere stornato e/o rimborsato, in accoglimento della medesima domanda. Va infatti evidenziato come, in materia di recesso, l'art. 1, comma 3, della legge n. 40/2007 preveda che "i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia ... 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 (...)"; pertanto, secondo il costante orientamento Agcom (delibera 84/14/CIR), "devono essere considerate illegittime le fatture emesse dall'operatore successivamente al recesso regolarmente esercitato dall'utente, e quest'ultimo ha diritto alla regolarizzazione della propria posizione". In linea con tale impostazione l'operatore è pertanto tenuto a recepire il recesso entro il termine legislativamente previsto di 30 giorni dal ricevimento della relativa comunicazione, con la conseguenza che ogni fattura, emanata successivamente a tale momento, è illegittima e deve essere annullata (cfr. a tale proposito delibere Corecom Emilia Romagna nn. 191/2020 e 43/2021). Ora, rispetto alla fattispecie in esame l'utente inoltra richiesta di disdetta il 23.10.2019, versata in atti e dichiarata ricevuta dal gestore in pari data; a fronte di ciò, l'operatore avrebbe dovuto, dunque, cessare il servizio entro i successivi 30 giorni ma la fatturazione proseguiva, invece, oltre la data del 20.11.2019 di avvenuta cessazione dell'utenza. Conseguentemente, in linea con i principi più sopra richiamati, le fatture emesse successivamente a tale data dovranno quindi essere stornate e/o rimborsate, come richiesto nella seconda parte della domanda in esame, in considerazione della dichiarazione di Wind secondo cui avrebbe già provveduto all'emissione di nota di credito con la quale "venivano stornati i costi di cessazione e le rate residue del modem". Non potrà invece essere accolta la richiesta sub 3) di indennizzo per attivazione di servizi non richiesti nel periodo 20.11.2019 – 20.10.2020 atteso che trattasi, nel caso di specie, di fatturazione post disdetta. Con riferimento poi alla domanda posta sub 2), richiedente un indennizzo per la completa interruzione della linea voce con riferimento al periodo 22.10.2019 – 20.11.2019, si osserva che, salvo il primo giorno citato, tutti i restanti rientrerebbero nel canonico periodo dei trenta giorni di lavorazione della disdetta contrattualmente previsti. Ora, appare quantomeno contraddittorio che a fronte del tenore della comunicazione effettuata volta ad ottenere la disdetta contrattuale (con consapevolezza della conseguente ed inevitabile presa in carico da parte di Wind delle azioni necessarie per la dismissione dell'utenza stessa) e dell'avvenuta restituzione del modem effettuata in data 25.11.2019, la ricorrente lamenti poi l'assenza di servizio chiedendone ora il ristoro a mezzo di erogazione di indennizzo; tale richiesta non si ritiene pertanto possa essere meritevole di accoglimento, considerando altresì che, per l'unica giornata di assenza della linea voce (interventiva il 22 ottobre) precedente l'invio della richiesta di disdetta, non è presente agli atti prova di avvenuta pronta segnalazione (si rileva inoltre che, in ogni caso, non si sarebbe potuto valutare, per una sola giornata, eventuale indennizzo, in considerazione dei tempi tecnici contrattualmente riservati ai gestori per l'effettuazione di interventi, nel caso di specie individuabili in 72 ore come ricavato dagli atti). Si ritiene invece accoglibile la richiesta sub 4) riferita alla mancata risposta al reclamo del 21.10.2020, in quanto l'indirizzo di destinazione è comunque risultato essere incontestabilmente riconducibile al gestore e il contenuto dello stesso non pare riferirsi – come sostenuto invece nelle proprie difese da Wind – ad esclusivo sollecito della richiesta di disdetta. Pertanto, alla luce della mancata risposta allo stesso, il gestore dovrà provvedere all'erogazione

di un indennizzo pari a 185,00 €, calcolato moltiplicando il parametro di 2,50 € di cui all'art. 12, comma 1 del Regolamento Indennizzi, per n. 74 giorni di mancato riscontro (dalla data del 21.10.2020 di notifica del reclamo a quella di udienza di conciliazione del 17.02.2021, detratti i 45 giorni di gestione della risposta). Quanto infine alla richiesta di spese, avanzata soltanto in sede di repliche sub n. 7), la stessa non può essere accolta, considerato che la procedura di risoluzione delle controversie tramite la piattaforma ConciliaWeb è completamente gratuita e che non risulta al fascicolo documentazione attestante spese di procedura giustificate. Tutto ciò premesso

#### DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 23/04/2021, è tenuta a - stornare e/o rimborsare le fatture emesse successivamente alla data del 20.11.2019 di avvenuta lavorazione della disdetta; - corrispondere, tramite assegno o bonifico bancario in favore dell'istante, un importo pari a € 185,00, maggiorato degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, a titolo di indennizzo per mancato riscontro al reclamo del 21.10.2020. Rigetta parte della richiesta posta sub 1), nonché le richieste poste sub 2), 3) e 5) nel formulario introduttivo e sub 7) in sede di controdeduzioni.

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 Responsabile della Struttura  
Cosimo Poppa