

DELIBERA N. 48-2022

**XXX/ WIND TRE (VERY MOBILE)
(GU14/432305/2021)**

Corecom Piemonte

NELLA riunione del Corecom Piemonte del 12/12/2022;

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*” e s.m.i.;

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 “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”; di seguito denominato *Regolamento*, come modificato da ultimo dalla delibera n. 353/19/CONS e dalla delibera 390/21/CONS;

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 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, sottoscritto in data 28 novembre 2017;

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 data in 28 dicembre 2017, e in particolare l’art. 5, c. 1, lett. e);

Viste le delibere n. 683/20/CONS del 17/12/2020 e n. 374/21/CONS del 18/11/2021 con cui il Consiglio dell’Autorità ha disposto la proroga dell’Accordo Quadro del 28 novembre 2017;

Viste le delibere n. 203 del 29/12/2020 e n. 221 del 29/12/2021 dell’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale del Piemonte con cui si è preso atto delle proroghe dell’Accordo quadro del 28 novembre 2017 e si sono accettate, per quanto di competenza, le suddette proroghe;

VISTA l’istanza di XXX del 10/06/2021 acquisita con protocollo n. 0260678 del 10/06/2021;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante, nell’atto introduttivo, rappresenta quanto segue: “Alla scadenza del contratto sottoscritto con Wind, XXX chiedeva ed otteneva il passaggio in Tim delle 12 linee attive. Tuttavia, Wind, anche in seguito all’avvenuta migrazione, continuava a fatturare e addebitare costi, nonostante i reclami inoltrati per il tramite di legale di fiducia. Nel gennaio 2018 la Signora XXX(XXX), legale rappresentante della società XXX Srl, (P.Iva XXX) sottoscriveva con l’operatore Wind Tre contratto n. XXX per l’attivazione di n. 12 linee di telefonia mobile per la durata di 24 mesi. Nel gennaio 2020, alla scadenza naturale del contratto de quo, XXX chiedeva la migrazione in Tim S.p.A. delle 12 linee attive. La procedura relativa al passaggio fra operatori andava a buon fine (contratto Tim n. XXX). Nonostante ciò Wind Tre continuava ad emettere fatture riferibili al contratto n. XXX e, stante la vigenza della domiciliazione bancaria, l’operatore addebitava sul conto corrente della società costi per l’importo di € 2.110,14 (fattura n. XXX del 21.5.2020) (doc. 1). In data 5 Ottobre 2020, pertanto, XXX, per il tramite dell’avvocato XXX, inviava a Wind Tre comunicazione per ribadire la volontà di recedere dal contratto de quo e chiedere contestualmente il rimborso di quanto indebitamente prelevato (doc. 2). Con nota del 14 Ottobre 2020 l’Operatore comunicava di aver eseguito “con la massima accuratezza tutte le verifiche necessarie e la fattura emessa risulta essere corretta” (doc. 3). In data 26 Ottobre 2020 l’avv. XXX riscontrava la suddetta comunicazione rilevando come Wind Tre non avesse in alcun modo fornito giustificazioni puntuali in merito alla fatturazione a carico di XXX (doc. 4). Tale reclamo rimaneva inevaso. Stessa sorte per la successiva pec del 30 novembre 2020, con cui la Società istante, per il tramite del legale, richiamando le precedenti comunicazioni, era costretta a segnalare come, nonostante formale recesso dal contratto n. XXX risalente al gennaio 2020, Wind Tre non avesse cessato la fatturazione a carico dell’istante, ma, al contrario, continuasse ad addebitare costi relativi a periodi successivi (doc. 2 e 3). Anche tale reclamo rimaneva privo di riscontro, di talché la mia assistita era costretta a rivolgersi al Corecom Piemonte al fine di chiedere ed ottenere “immediata cessazione della doppia

fatturazione; storno delle fatture emesse in seguito alla migrazione in Tim; rimborso delle fatture addebitate post migrazione (€ 2.110,14); indennizzo per disservizio (€ 200,00)” per un totale di € 2.310,14 (doc. 5). Nel procedimento di conciliazione (UG/391907/2021) Tim SpA confermava la riuscita della migrazione delle 12 linee come da richiesta formulata da XXX nel gennaio 2020, arrivando a riconoscere un indennizzo pari ad € 300,00 per il ritardo nella procedura di passaggio fra operatori, mentre Wind Tre si limitava a ribadire la legittimità dei costi addebitati all’istante che, a suo avviso, sarebbero da ricondurre ad ulteriori 15 linee di cui, tuttavia, non è mai stata richiesta l’attivazione. Al fine di verificare la fondatezza delle ragioni di Wind Tre, XXX chiedeva formalmente, sia a mezzo pec (doc. 6), sia nell’ambito della procedura di conciliazione (doc. 7), copia del contratto sottoscritto nel Gennaio 2018. Tale richiesta, nonostante siano decorsi quasi due mesi, rimane inevasa e ciò con ogni conseguenza in termini di lesione del diritto di difesa della mia assistita, la quale si trova nell’impossibilità di riscontrare il contenuto di un documento (il contratto de quo) di cui è parte. Il procedimento di conciliazione davanti al Corecom si è concluso in data 15 Aprile 2021 con un verbale di mancato accordo (doc. 8) e, ad oggi, nonostante le reiterate richieste di cessazione della fatturazione stante la risoluzione del contratto, Wind Tre continua ad addebitare costi alla mia assistita (doc. 9).”

Sulla base di detta rappresentazione l’istante chiede:

1) La risoluzione del contratto a far data dalla migrazione in Tim SpA e, per l’effetto, lo storno di tutte le fatture emesse successivamente e sino a fine ciclo fatturazione;

2) Il rimborso della fattura n. XXX - 21.5.2020 dell’importo di € 2.110,14 in quanto emessa ed incassata successivamente alla risoluzione del contratto de quo;

3) Un Indennizzo dell’importo di € 300,00 per il mancato riscontro ai reclami ex art. 12 comma 1 Allegato A delibera 347/18/CONS ai sensi del quale “L’operatore, se non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell’Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari a euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 300.” Nel caso di specie il primo reclamo, ancora oggi inevaso, risale al 5 Ottobre 2020;

4) ritiro a cura e spese dell’operatore di eventuali pratiche di recupero del credito;

5) € 500,00 a titolo di onorari. Con l’avvertimento che in caso di mancato accoglimento della domanda si procederà avanti la competente Autorità Giudiziaria.

2. La posizione dell’operatore

L’operatore, nella memoria difensiva, in sintesi rappresenta:

“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 alle 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.

A riguardo si richiama la recentissima Delibera Agcom n. 300/20/CIR dove, tra le varie richieste da parte istante “(...) anche la richiesta di rimborso delle spese di procedura 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 (...)”. Si rammenta che l’art. 20 comma 6 Delibera 353/19/CONS oltre a prevedere che l’Autorità possa riconoscere il “rimborso delle spese”, dispone espressamente che le spese chieste siano “necessarie e giustificate per l’espletamento della procedura”. Ebbene l’istante si limita a chiedere genericamente le spese di procedura, senza dimostrare alcunchè a riguardo, come diversamente disciplina la delibera citata. Non può dunque bastare una generica contestazione per ritenere assolta la prova dell’assenza della causa solvendi che legittima la restituzione delle spese.

Vedi anche la recente Delibera Puglia n°77/19: “[...] si ritiene, infine, di non dover accogliere la richiesta sub IV), stante il comportamento diligente di entrambe le parti e la mancanza di documentazione che attesti particolari spese affrontate dall’utente per la partecipazione alla procedura, di per sé gratuita” e la Delibera Agcom 178_19 CIR: “atteso che la procedura di cui al Regolamento è gratuita e non risultano spese giustificate in atti, la richiesta sub iii. non può essere accolta”.

- 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/disagi subiti 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.

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 27/01/2018 perveniva la richiesta di attivazione del contratto XXX per: 10 sim voce My Share Unlimited 15 Gb, 3 sim voce My Share Unlimited 30 Gb e 13 sim dati Only Giga + 13 telefoni Wind Smart e 13 Webpocket Huawei- Tutte le sim voce e dati; le utenze venivano attivate il 27/01/2018, mentre l'attivazione dei terminali avveniva il 20/07/2018 in quanto a gennaio tale ordine subiva un ko per "indirizzo errato" (doc. 1 – contratto utenze del 22.01.2018).

In data 29/01/2018 perveniva una richiesta di ampliamento del contratto XXX per l'attivazione di 2 sim dati Only Giga, XXX e XXX, che venivano attivate il giorno stesso (doc. 2 – contratto ampliamento Only Giga). In data 27/05/2019 perveniva la richiesta di attivazione del contratto XXX per 1 sim dati Super Giga 70 e 1 WebPocket 4G in promozione. La sim XXX viene attivata il 02/06/2019 (doc. 3 – contratto utenze del 15.05.2019).

Tali richieste venivano sottoposte a rituale controllo da parte della società Wind Tre, la quale, verificata la sostanziale correttezza dei dati nonché l'assenza di eventuali e probabili profili di illiceità, ha provveduto ad attivare le utenze telefoniche su indicate. Sin da tali breve premesse è del tutto evidente come la società Wind Tre abbia adottato un comportamento prudente nel verificare la correttezza e autenticità delle richieste di attivazione di nuovi contratti pervenute a nome della controparte - ovviamente nel limite del possibile! - e solo dopo le opportune verifiche, ha cercato di essere efficiente nell'attivare le numerazioni. Appare chiara la buona fede dell'operatore nei fatti di cui è causa e l'impossibilità per il Corecom di accogliere le avverse domande, anche con riferimento agli

indennizzi. Si badi, infatti, che in caso di contestazione circa l'indebita attivazione di servizi, l'operatore è tenuto a dimostrare di aver ricevuto una richiesta dell'utente idonea a determinare l'attivazione contestata, per essere liberato da ogni responsabilità; si osserva, infatti, che ulteriori questioni relative all'autenticità della sottoscrizione esulano dalle competenze dell'Autorità e dovranno essere rimesse all'esclusiva competenza del giudice ordinario ex art. 214 c.p.c. (ex multis, Corecom Piemonte determina n.8 del 2014).

In tal senso appare utile richiamare la Delibera AGCOM 51/10/CIR secondo la quale: “deve affermarsi l'incompetenza di questa Autorità in materia di verifica dell'autenticità della firma in quanto il disconoscimento di autenticità avente ad oggetto la verità e genuinità di una scrittura o sottoscrizione su di essa apposta è disciplinata dagli art. 214 e 215 c.p.c. e demandata all'Autorità giudiziaria ordinaria”.

Ne discende che ogni altra pronuncia strettamente connessa ovvero consequenziale alla vicenda prospettata, e relativa al riconoscimento di indennizzi per attivazione di servizi non richiesti, non potrà essere decisa dall'Autorità adita con riferimento al caso di specie, stante la propria incompetenza.

In data 12/03/2020 le sim XXX - XXX - XXX - XXX - XXX - XXX - XXX- XXX-XXX - XXX- XXX– XXX venivano cessate per passaggio verso altro operatore.

In seguito alla disattivazione delle suddette utenze veniva emessa la fattura n. XXX (doc. 4 – fattura n. XXX) nella quale venivano addebitate le rate finali dei terminali ad esse associate in quanto disattivati anticipatamente (doc. 5 – Condizioni Generali di Contratto).

La convenuta specifica che 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., approvare specificamente le clausole delle “Condizioni generali di contratto” e tutti gli Allegati.

In data 05/10/2020 e 30/11/2020 pervenivano due reclami da parte del legale del cliente con il quale contestava l'emissione delle fatture nonostante fosse avvenuta la migrazione ad altro gestore alla naturale scadenza di 12 sim. I reclami non potevano essere accolti in quanto da verifiche la portabilità delle 12 sim era avvenuta correttamente, ma risultano ancora attive 15 sim dati Only Giga, sim voce XXX attive dal 21/01/2018 + sim dati Super Giga 70 attiva dal 02/06/2019. Ossia il cliente aveva cessato solo alcune sim voce in data 12/03/2020, ma le restanti erano rimaste attive e non aveva inviato alcuna richiesta di disdetta per le altre utenze. Il legale veniva contattato e riferiva che avrebbe consigliato il cliente di inviare una richiesta di disdetta per le utenze ancora attive. Venivano altresì inviate le seguenti risposte in data 14/10/2020 e 11/12/2020;

Si richiama l'art. 2.3 della carta servizi Wind da cui emerge che “I reclami relativi agli importi addebitati in fattura devono essere inoltrati a Wind per telefono al servizio assistenza di WIND (155 o 1928), per iscritto con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno o per posta semplice, o per via telematica tramite l'area clienti del sito www.wind.it o www.windtrebusiness.it, entro 45 giorni dalla data di emissione della fattura in contestazione. Sono salvi i casi di ritardo nel recapito della fattura opponibili validamente dal Cliente, l'esito del reclamo sarà comunicato al Cliente, per iscritto, entro 45 giorni solari dal momento in cui il reclamo è pervenuto [...]”.

In data 17/03/2021 perveniva la richiesta della copia del contratto sottoscritto che veniva fornita in data 25/03/2021:

Nel caso di specie il cliente ha effettuato il passaggio ad altro gestore in data 12/03/2020 di sole 12 sim (XXX - XXX - XXX - XXX - XXX - XXX - XXX-XXX- XXX - XXX- XXX- XXX- XXX) e tali sim sono state correttamente disattivate a seguito della migrazione.

A sistema, come più volte comunicato al legale del cliente, rimangono ancora attivi:

- contratto id XXX relativo a 15 sim only giga e 1 sim voce XXX My Share Unlimited;
- contratto id XXX relativo alla sim dati XXX SUPER Giga 70 + apparato Web Pocket.

La scadenza del vincolo contrattuale di 24 mesi non comporta la disattivazione automatica delle sim, la cui cessazione va specificamente richiesta mediante pec o raccomandata di disdetta oppure migrazione verso altro gestore. Il cliente non ha mai fatto pervenire una regolare richiesta di disattivazione di queste sim, contrariamente a quanto ex adverso affermato, senza però fornire idoneo riscontro probatorio; le utenze dunque sono ancora attive e stanno correttamente fatturando. Le comunicazioni inviate dal legale non possono valere quale richiesta di disdetta, essendo prive ad esempio dell'indicazione delle numerazioni da disattivare; veniva infatti affermato in tali comunicazioni che il cliente aveva migrato il contratto XXX, mentre in realtà la migrazione aveva riguardato solo 12 sim di questo contratto lasciando le altre attive, nonché le altre utenze relative ad altri contratti e per le quali parimenti non è stata inviata alcuna richiesta di disdetta. Preme rilevare alla scrivente difesa che mai nessun reclamo scritto è pervenuto alla convenuta, se non a ottobre 2020 da parte del legale, e non risulta pervenuta altresì alcuna richiesta di disdetta per le utenze che erano rimaste attive, né è stato fornito idoneo riscontro probatorio; 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. Preme altresì richiamare la recente determina GU14/222221/2019 nel punto in cui viene indicato: “[...]si ritiene che al dovere di informare d'una parte

corrisponda l'onere d'informarsi dell'altra, nel senso di farsi responsabilmente parte attiva acquisendo diligentemente tutte le notizie rese disponibili in relazione al rapporto contrattuale che si intende instaurare. In altri termini, se sull'operatore incombe l'obbligo di rendere disponibili all'utente tutte le informazioni che attengono al contratto, è poi onere dell'utente prenderne compiutamente visione”.

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/CIR127/12/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 determine 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 (giudiziaria o amministrativa): l'interesse, rispetto anche a quanto precisato l'Autorità nelle Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche (Approvate con del. 276/13/CONS): “se dal comportamento tenuto dall'utente può desumersi un completo disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio (ad es. perché per mesi o addirittura anni non ha reclamato o avanzato richieste in proposito) il calcolo dell'indennizzo va fatto decorrere dal momento in cui un simile interesse diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l'operatore”; 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).

Preme sottolineare 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”.

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”. Nel caso di specie si rappresenta altresì che, secondo l'attuale orientamento AGCom, la fattispecie in esame esula dall'ambito oggettivo della Delibera 353/19 trattandosi 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.

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 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. - XXX” oppure tramite pec: XXX

Per i motivi sopra esposti 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 5.079,50, portata alle fatture di cui si chiede il pagamento.

Repliche dell'istante

L'istante replica alle difese avversarie osservando:

“L'operatore con memoria difensiva datata 20 settembre 2021 fornisce una ricostruzione dei fatti non rispondente al reale, sorvolando a piè pari su alcuni elementi essenziali al solo fine di minimizzare la condotta operata da Wind Tre.

In primis, controparte riferisce che “In data 27/01/2018 perveniva la richiesta di attivazione del contratto XXX per: 10 sim voce My Share Unlimited 15 Gb, 3 sim voce My Share Unlimited 30 Gb e 13 sim dati 2 Only Giga + 13 telefoni Wind Smart e 13 Webpocket Huawei- Tutte le sim voce e dati; le utenze venivano attivate il 27/01/2018, mentre l'attivazione dei terminali avveniva il 20/07/2018 in quanto a gennaio tale ordine subiva un ko per “indirizzo errato”. A comprova viene allegato il doc. 1 (contratto n. XXX) dal quale, tuttavia, si evince chiaramente che la suddetta richiesta veniva inoltrata in data 22 gennaio 2018.

Tale evidenza riguarda, altresì, l'ampliamento del contratto sopracitato, richiesta risalente non già al 29 gennaio 2018 bensì al 22 gennaio 2018. Controparte, poi, riferisce che “In data 27/05/2019 perveniva la richiesta di attivazione del contratto XXX per 1 sim dati Super Giga 70 e 1 WebPocket 4G in promozione. La sim XXX viene attivata il 02/06/2019”. A sostegno di tale ricostruzione viene allegato il doc. 3 che riproduce, tuttavia, un contratto privo di sottoscrizione e, come tale, invalido e carente di validità probatoria.

Come noto, infatti, il D. lgs 21 febbraio 2014, recependo la direttiva 2011/83/UE in materia di tutela dei consumatori, ha introdotto, tra il resto, la possibilità che il contratto tra operatore telefonico e consumatore possa concludersi con il consenso prestato dal cliente a voce con registrazione vocale dello stesso. Per la validità del contratto, però, il fornitore del servizio è obbligato a inviare al cliente una copia del contratto scritto, contenente tutte le condizioni approvate oralmente e ciò anche al fine di ottenere da quest'ultimo una copia controfirmata. In mancanza il consumatore può recedere in qualsiasi momento, anche senza rispettare i termini di preavviso e di scadenza. Quindi: se un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista è obbligato a confermare l'offerta al consumatore e quest'ultimo è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto. La mancata risposta del consumatore a seguito della prestazione della fornitura non può mai essere considerata come consenso a riceverla, con conseguente esonero dell'obbligo di pagarne il corrispettivo.

Nel caso di specie, pertanto, è pacifico come non possano (e non avrebbero potuto!) essere imputati all'istante costi per servizi mai richiesti.

Di solare evidenza è poi come il comportamento di controparte per l'intera durata del rapporto contrattuale non solo non sia stato "prudente" ma addirittura ingannevole/scorretto.

Vale la pena precisare che i 13 Webpocket Huawei di cui al contratto n. XXX sono stati proposti quale "omaggio" alla ricorrente, che come tali li ha accettati non facendone, tuttavia, alcun uso: XXX, infatti, non necessitava di tali dispositivi che, per tale ragione, gli stessi si trovano ancora intonsi nel loro imballaggio originario.

In seguito alla migrazione in Tim, poi, XXX- allarmata dalla mancata interruzione della fatturazione da parte di Wind Tre - per il tramite degli operatori del Customer Care (e poi anche a mezzo pec e nell'ambito della procedura di conciliazione) sollecitava ripetutamente la consegna di copia della documentazione contrattuale al fine di verificarne termini/condizioni.

Tali richieste rimanevano inevase, contrariamente a quanto riferisce controparte che con memoria difensiva dichiara "In data 17/03/2021 perveniva la richiesta della copia di contratto sottoscritto che veniva fornita in data 25/03/2021".

Tale affermazione da un lato non risponde al vero, dall'altro trae in inganno la stessa Wind Tre e ciò per due ordini di motivi:

1. a comprova dell'evasione della richiesta viene allegato lo "screenshot" di una schermata video, non già le copie della ricevuta di consegna/accettazione della mail pec. Come noto, la trasmissione e la ricezione del messaggio di PEC è attestata, rispettivamente, dalla ricevuta di accettazione e dalla ricevuta di consegna (art. 4, c. 6, DPR 11 febbraio 2005 n.68) che rappresentano a tutti gli effetti prove legali. Peraltro, nell'ambito della procedura di conciliazione, la stessa rappresentante di Wind Tre riferiva di non essere in grado – per ragioni logistiche – di fornire copia della documentazione contrattuale. Tale condotta integra senza dubbio la fattispecie di mancato riscontro ai reclami.

2. viene utilizzata la locuzione "copia del contratto sottoscritto" al singolare, non già al plurale, e ciò a dimostrazione del fatto che l'istante ha sottoscritto un unico documento e, pertanto, il contratto n. XXX prodotto da controparte con doc. n. 3 – lo si ribadisce- non ha ragione d'esistere. Ulteriore prova del comportamento "improprio" da parte di Wind Tre è data dalla mancata risoluzione (e conseguentemente dalla mancata interruzione della fatturazione) del contratto n. XXX anche a seguito della comunicazione inviata a mezzo pec, in data 5 Ottobre 2020, con cui XXX, per il tramite dell'avvocato XXX, ribadiva inequivocabilmente la volontà di recedere e chiedeva contestualmente il rimborso di quanto indebitamente prelevato.



A tutt'oggi, tuttavia, nonostante anche in sede di conciliazione l'istante abbia dichiarato palesemente la volontà di recedere dal contratto, Wind Tre continua a fatturare arbitrariamente.

Tutto ciò premesso, XXX S.r.l. Unipersonale in persona della legale rappresentante, Signora, insta per l'accoglimento delle conclusioni formulate con l'istanza introduttiva e, quindi, chiede:

- In via principale

- La risoluzione del contratto n. XXX a far data dalla migrazione in Tim S.p.A. e, per l'effetto, lo storno di tutte le fatture emesse successivamente;

- Il rimborso della fattura n. XXX – 21 maggio 2020 dell'importo di € 2.110,14 in quanto emessa ed incassata successivamente alla risoluzione del contratto de quo;

- Il rimborso dei costi addebitati con riferimento al contratto n. XXX in quanto mai sottoscritto dall'istante e conseguente

- Indennizzo dell'importo di € 50,00 ex art. 9 comma 2 Allegato A delibera 347/18/CONS ai sensi del quale “Nei casi di servizi accessori o di profili tariffari non richiesti, l'indennizzo è applicato in misura pari a euro 2,50 per ogni giorno di attivazione. Nel caso di fornitura non richiesta di apparecchiature terminali o di SIM si applica un indennizzo forfettario di euro 25 per ogni apparecchiatura o SIM”.

- In subordine

- la risoluzione del contratto n. XXX al 5 ottobre 2020, data della comunicazione inviata a mezzo pec dall'Avv. XXX;

- Il rimborso dei costi addebitati con riferimento al contratto n. 1465788445842 mai sottoscritto dall'istante e conseguente

- Indennizzo dell'importo di € 50,00 ex art. 9 comma 2 Allegato A delibera 347/18/CONS ai sensi del quale “Nei casi di servizi accessori o di profili tariffari non richiesti, l'indennizzo è applicato in misura pari a euro 2,50 per ogni giorno di attivazione. Nel caso di fornitura non richiesta di apparecchiature terminali o di SIM si applica un indennizzo forfettario di euro 25 per ogni apparecchiatura o SIM”.

- Indennizzo dell'importo di € 300,00 per il mancato riscontro ai reclami ex art. 12 comma 1 Allegato A delibera 347/18/CONS ai sensi del quale “L'operatore, se non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente un

indennizzo pari a euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 300.” Nel caso di specie il primo reclamo, ancora oggi inevaso, risale al 5 ottobre 2020;

- € 500,00 a titolo di onorari.

3. Motivazione della decisione

Sul rito

L’istanza soddisfa i requisiti di cui all’art. 14 del Regolamento ed è proponibile e ammissibile.

Nel merito

Alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le richieste formulate da XXX srl possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

Innanzitutto occorre evidenziare che risulta essere presente, allegata alla memoria di WindTre, la copia del contratto n. XXX sottoscritto in data 22/01/2018 dalla sig.ra XXX legale rappresentante di XXX, per l’attivazione di:

- 10 sim voce My Share Unlimited 15 Gb,
- 3 sim voce My Share Unlimited 30 Gb,
- 13 sim dati Only Giga,
- 13 telefoni Wind Smart,
- 13 Webpocket Huawei,
- 2 sim dati Only Giga, XXX e XXX.

Ne consegue che quando nel gennaio 2020, allo scadere del vincolo contrattuale di 24 mesi, l’istante ha richiesto la migrazione di 12 sim (che sono state poi disattivate il 12/03/20 a seguito dell’avvenuto passaggio verso l’operatore Tim), tutte le altre sim presenti nel contratto sono rimaste attive.

Tale disattivazione ha comportato l’emissione della fattura XXX del 21/5/2020 di €. 2.110,14 relativa al periodo 01/03/2020 – 30/04/2020 e il prosieguo della fatturazione relativa alle restanti sim rimaste attive.

Proprio a seguito della migrazione in Tim, l’istante, preoccupata della mancata interruzione della fatturazione, sollecitava a WindTre la consegna di copia della documentazione contrattuale al fine di verificarne termini e condizioni.

La richiesta venne inoltrata per la prima volta il 11/03/2021 tramite Pec ma WindTre non ha provato di avere inviato il contratto, come invece affermato dalla stessa essere

avvenuto il 25/03/21; lo stesso verrà solo allegato alla memoria nel corso della procedura di definizione.

Occorre, però, precisare che il contratto XXX è stato concluso tramite agente commerciale, quindi non a distanza, ed era pertanto onere dell'utente, secondo l'ordinaria diligenza, in sede di stipula del contratto farsi consegnare dall'agente copia dello stesso e delle condizioni generali ad esso relative (in tal senso, cfr. Corecom Abruzzo delibera n. 17/2020) o, quantomeno non attendere più di due anni prima di richiederne copia all'operatore.

La disamina del contratto ha permesso all'ufficio scrivente di appurare che, all'atto della sottoscrizione dello stesso, l'utente ha dichiarato di approvare la clausola 2.3 di cui alle Condizioni Generali di Contratto che così recita: "La durata del contratto è di 24 mesi dalla sua conclusione. Successivamente il contratto, ove possibile, si rinnoverà tacitamente di anno in anno, salvo disdetta mediante invio di comunicazione scritta dalla propria casella di posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, almeno trenta giorni prima della scadenza del contratto stesso".

Si può affermare, quindi, che all'atto della richiesta di migrazione delle 12 sim, parte istante avrebbe anche dovuto inviare regolare disdetta per le altre utenze poiché la scadenza del vincolo contrattuale di 24 mesi non avrebbe comportato la disattivazione automatica delle sim, la cui cessazione andava specificatamente richiesta.

Considerato che solo il 5/10/2020 XXX, tramite il proprio legale, inviava comunicazione a WindTre in cui manifestava formalmente la propria volontà di recedere dal contratto n. XXX, si ritiene essere quella la data di oggettiva risoluzione, diversamente da quanto invece dalla stessa affermato; ne consegue che il gestore, in parziale accoglimento della domanda posta sub 1), dovrà procedere a partire dalla data di efficacia del recesso (decorsi 30 giorni dalla data di ricezione della relativa comunicazione) allo storno delle fatture emesse successivamente e sino a fine ciclo di fatturazione, con ritiro a proprie cure e spese di eventuale pratica di recupero del credito (in accoglimento della domanda sub 4).

La richiesta sub 2) di rimborso della fattura n. XXX del 21/05/2020 dell'importo di € 2.110,14 può essere accolta solo parzialmente per le motivazioni che seguono.

Va precisato che nella fattura suddetta sono state addebitate le rate finali dei terminali associate alle 12 sim (come previsto dall'art. 7 delle condizioni generali di contratto per l'acquisto di prodotti/apparati) e i canoni relativi alle sim rimaste attive successivamente al rinnovo automatico del contratto.

Risultano, poi, essere stati addebitati nella fattura suddetta anche i costi relativi ad una sim dati Super Giga 70 e ad un WebPocket 4G, conseguenti all'attivazione del contratto XXX avvenuta in data 15/5/2019, la cui copia allegata agli atti non risulta però essere stata sottoscritta dal legale rappresentante di XXX srl.

Alla luce della situazione sopraesposta e cioè in considerazione della migrazione perfezionatasi solo in data 12/03/2020 e della mancata sottoscrizione del contratto n. XXX (come emerso da produzione documentale del gestore), si ritiene che quest'ultimo debba, pertanto, in parziale accoglimento della domanda sub 2), stornare/rimborsare con riferimento alla fattura in esame eventuali costi relativi alle 12 sim cessate in data 12/3/2020 per avvenuta migrazione verso altro gestore, ad eccezione delle rate finali dei relativi terminali associati; WindTre dovrà, altresì, stornare/rimborsare ogni addebito riferito alla sopracitata sim dati Super Giga 70 e al WebPocket 4G.

Con riferimento a questi ultimi, in ogni caso, dovranno - in quanto attivati a fronte di mancata sottoscrizione e tenuto conto che gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalle conseguenze economiche e pregiudizievoli delle attivazioni di beni e servizi non richiesti (delibera Agcom n. 664/06/CONS, art. 3) - essere integralmente stornati e/o rimborsati i relativi addebiti a partire dalla loro attivazione del 15/5/2019 e fino alla definitiva cessazione degli stessi (disposta da Wind in seno al verbale di udienza di discussione del 02/12/21) con ritiro di eventuale pratica di recupero del credito a cura e spese del gestore.

Considerato inoltre che l'istante ha preso visione del documento non sottoscritto soltanto a fronte dell'allegazione di controparte avvenuta in sede di memorie difensive, si reputa meritevole di accoglimento anche la richiesta di indennizzo ex art. 9 comma 2 Allegato A delibera 347/18/CONS avanzata nella memoria di replica.

Conseguentemente, poiché nel caso di fornitura non richiesta di apparecchiature terminali o di SIM il predetto articolo prevede l'applicazione di un indennizzo forfettario di euro 25 per ogni apparecchiatura o SIM, si ritiene che il gestore debba provvedere a corrispondere l'importo di €. 50,00.

Relativamente alla richiesta di indennizzo per mancata o ritardata risposta al reclamo del 05/10/2020 (posta sub 3), il gestore ha riscontrato lo stesso in data 14/10/2020 ma la risposta non può ritenersi esaustiva né tantomeno puntuale. Poiché all'utente deve essere, invece, fornito un riscontro chiaro, esaustivo ed univoco, idoneo cioè a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato, si ritiene che, in accoglimento alla richiesta sub 3), XXX abbia diritto alla corresponsione, ex art. 12 dell'allegato A) alla delibera n. 73/11/CONS, di un indennizzo pari ad €. 257,50, calcolato per n. 103 giorni di ritardo (già decurtati dei 45 giorni previsti per dare seguito al reclamo) intervenuti nel periodo ricompreso tra il 05/10/2020 (data di ricevimento del reclamo) e il 02/03/2021 (data dell'udienza di conciliazione).

Si precisa che ogni indennizzo, come finora erogato, dovrà essere maggiorato degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione.

Non può essere, infine, accolta la richiesta sub 5) di €. 500,00 a titolo di onorario poiché la procedura di risoluzione delle controversie tramite la piattaforma Conciliaweb è completamente gratuita e, in ogni caso, non risulta a fascicolo documentazione attestante spese di procedura giustificate (conforme è il recente orientamento Agcom, si vedano, ex multis, delibere nn. 223/20/CIR, 220/20/CIR, 208/20/CIR).

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità

DELIBERA

che la società WindTre S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, in parziale accoglimento dell'istanza presentata da XXX SRL, è tenuta a:

- con riferimento al contratto n. XXX, stornare, a partire dalla data di efficacia del recesso (decorsi 30 giorni dalla data di ricezione della comunicazione del 5/10/2020), ogni fattura emessa successivamente e sino a fine ciclo di fatturazione con ritiro della relativa pratica di recupero del credito a cura e spese dell'operatore;
- con riferimento alla fattura n. XXX del 21/05/2020, rimborsare o stornare in caso di mancato pagamento eventuali costi relativi alle 12 sim cessate in data 12/3/2020 per avvenuta migrazione verso altro gestore, ad eccezione delle rate finali dei relativi terminali associati; - con riferimento alla medesima fattura, rimborsare o stornare in caso di mancato pagamento gli addebiti relativi alla sim dati Super Giga 70 e al WebPocket 4G;
- con riferimento al contratto n. XXX, rimborsare o stornare in caso di mancato pagamento gli addebiti relativi alla sim dati Super Giga 70 e al WebPocket 4G a partire dalla data 15/5/2019 di attivazione e fino alla definitiva cessazione degli stessi con conseguente ritiro dell'eventuale pratica di recupero del credito a cura e spese dell'operatore;
- corrispondere tramite assegno o bonifico bancario a favore dell'istante, l'importo di €. 50,00, maggiorato degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione, quale indennizzo ex art. 9 comma 2 Allegato A delibera 347/18/CONS;
- corrispondere, tramite assegno o bonifico bancario a favore dell'istante, l'importo di €. 257,05, maggiorato degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione, a titolo di indennizzo per mancato riscontro al reclamo del 05/10/2020.

Rigetta la richiesta sub 5).

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

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.

Torino, 12/12/2022

IL PRESIDENTE

Vincenzo Lilli