



DETERMINA Fascicolo n. GU14/638930/2023

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 l’istanza dell’utente XXX, del 18/10/2023 acquisita con protocollo n. 0267169 del 18/10/2023

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

Posizione istante: Il cliente, titolare della linea telefonica in oggetto XXX con offerta Internet 200 in FTTC dal 21/09/2018, trasformata in Superfibra dal 30/04/2021, e della linea mobile in convergenza XXX, destinata alla sola connessione dati in mobilità e compresa GRATUITAMENTE nel canone della linea fissa, si è visto variare unilateralmente il costo dell’offerta, senza la comunicazione preventiva prevista dall’art. 70 comma 4 del CCE, e pervenire fatture di importo aumentato da euro 29,90 a euro 34,89. A fronte di tale aumento, il signor XXX è migrato ad altro gestore con sottoscrizione del contratto TIM del 27/10/2022, attivazione dei servizi voce e internet del 23/11/2022 e portabilità della linea fissa. Nessuna azione è stata richiesta al gestore circa la numerazione mobile in convergenza XXX peraltro MAI UTILIZZATA dal cliente che non ha MAI inserito la SIM in alcun terminale. A seguito del passaggio in TIM, WindTre ha confermato con messaggio del 24/11/2022 la cessazione dei servizi. L’operatore ha invece continuato ad emettere fatture per la sola numerazione mobile XXX, il cui costo con la fine dell’offerta “convergente” è aumentato da 0 a 30 euro mensili, in sostanza la stessa cifra pagata per l’intero bundle iniziale, prima della variazione unilaterale. Per le suddette fatture, la MB Credit Solution richiede oggi il pagamento di euro 248,55. Va precisato, come proveremo nelle opportune sedi, che WindTre non ha comunque fornito alcun servizio, dal 24/11/2022 fino alla – unilateralmente decisa dall’operatore - data di cessazione della linea mobile del 6 aprile 2023, né ha mai riscontrato il reclamo PEC del 13/02/2023 - Richieste: 1. Ritiro in esenzione spese della pratica

di recupero del credito da MB Solutions 2. Storno di ogni insoluto relativamente alla linea fissa XXX e alla linea mobile XXX, in funzione anche del fatto che, a seguito delle variazioni unilaterali del contratto senza avviso, il gestore non può applicare alcuna penale e deve acconsentire alla migrazione senza esigere alcun corrispettivo. 3. Indennizzo per il prosieguo della fatturazione della linea mobile XXX dopo la disdetta dal 24/11/2022 fino alla data di effettiva cessazione del 06/04/2023. 4. Indennizzo per la mancata risposta al reclamo.

Posizione operatore: titolare della linea telefonica in oggetto XXX con offerta Internet 200 in FTTC dal 21/09/2018, trasformata in Superfibra dal 30/04/2021, e della linea mobile in convergenza XXX, destinata alla sola connessione dati in mobilità e compresa GRATUITAMENTE nel canone della linea fissa, si è visto variare unilateralmente il costo dell'offerta, senza la comunicazione preventiva prevista dall'art. 70 comma 4 del CCE, e pervenire fatture di importo aumentato da euro 29,90 a euro 34,89. A fronte di tale aumento, il signor XXX è migrato ad altro gestore con sottoscrizione del contratto TIM del 27/10/2022, attivazione di servizi voce e internet del 23/11/2022 e portabilità della linea fissa. Nessuna azione è stata richiesta al gestore circa la numerazione mobile in convergenza XXX peraltro MAI UTILIZZATA dal cliente che non ha MAI inserito la SIM in alcun terminale. A seguito del passaggio in TIM, WindTre ha confermato con messaggio del 24/11/2022 la cessazione dei servizi. L'operatore ha invece continuato ad emettere fatture per la sola numerazione mobile XXX, il cui costo con la fine dell'offerta "convergente" è aumentato da 0 a 30 euro mensili, in sostanza la stessa cifra pagata Wind Tre S.p.A. per l'intero bundle iniziale, prima della variazione unilaterale. Per le suddette fatture, la MB Credit Solution richiede oggi il pagamento di euro 248,55. Va precisato, come proveremo nelle opportune sedi, che WindTre non ha comunque fornito alcun servizio, dal 24/11/2022 fino alla – unilateralmente decisa dall'operatore - data di cessazione della linea mobile del 6 aprile 2023, né ha mai riscontrato il reclamo PEC del 13/02/2023. Wind Tre S.p.A. c per l'intero bundle iniziale, prima della variazione unilaterale. Per le suddette fatture, la MB Credit Solution richiede oggi il pagamento di euro 248,55. Va precisato, come proveremo nelle opportune sedi, che WindTre non ha comunque fornito alcun servizio, dal 24/11/2022 fino alla – unilateralmente decisa dall'operatore - data di cessazione della linea mobile del 6 aprile 2023, né ha mai riscontrato il reclamo PEC del 13/02/2023. La Convenuta eccepisce l'assoluta genericità e indeterminatezza delle contestazioni avversarie relativamente alle numerazioni oggetto dell'odierna contestazione. Vero è, infatti, che nell'istanza di definizione, così come nella precedente istanza di conciliazione (cfr. Formulario UG, agli atti), non vi è alcun elemento di prova a fondamento delle richieste avversarie. È bene osservare che una generica contestazione dei fatti, come quella che qui si discute, comporta inevitabilmente l'impossibilità per il Gestore di inquadrare correttamente la problematica. Ne consegue che, pur ponendo in essere tutti gli sforzi del caso, anche vagliando le contestazioni svolte nella precedente e propedeutica procedura di conciliazione, vede compromesso o, comunque, limitato il proprio diritto di difesa. Tale lesione è, a parere di questa difesa, idoneo a determinare l'inammissibilità dell'istanza. In ogni caso codesta spettabile l'Autorità non può non tenere in considerazione tale mancanza. Tali dati non possono essere ricavati neppure attraverso le "scarne" indicazioni fornite da controparte Wind Tre S.p.A. A tal proposito, la Delibera Agcom n. 70/12/CIR ha stabilito, in materia di onere della prova che "La domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente: (...)". Si richiamino altresì i principi fondamentali del processo civile, in particolare della difesa e del contraddittorio, disciplinati dagli articoli 115 c.p.c. e 2697 c.c. che prevedono che il giudice debba decidere iuxta alligata et probata, e quindi, porre a base della decisione unicamente le circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda e le prove offerte dalle parti, e che chiunque voglia far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, che non risultano essere stati rispettati da controparte. All'atto della ricezione della presente istanza la convenuta ha avviato le opportune verifiche, all'esito delle quali è emerso quanto segue. L'istante era titolare di un contratto attivato sulla linea XXX il 21/09/2018 e cessato per Notifica Asincrona NP in data 24/11/2022. (Allegato 1 - PDC) (Allegato 2 - Modulo ritiro prodotti) In sede di attivazione veniva attivata la promo Offerta a 19,90 € primo anno e 24,90 € dal secondo oltre ad € 5 per il modem ed € 5 per l'opzione chiamate illimitate. Si veda mail riepilogativa inviata all'istante ad attivazione avvenuta. L'istante era altresì titolare di contratto attivato in data 12/09/2018 sulla sim dati XXX e cessato in data 06/04/2023 per morosità. La Sim dati era in convergenza con il fisso con opzione 100 GIGA – WindFibra a costo 0 €. Con la cessazione della linea fissa l'offerta si trasformava in Internet 50 GIGA al costo di 30 € mensili. A questo proposito preme precisare che sul sito istituzionale al link <https://www.windtre.it/windtre-informa> viene specificato che in caso di risoluzione del contratto (disdetta, portabilità etc). "(...) può riguardare la sola offerta mobile o la sola offerta fissa oppure

entrambe le linee. È pertanto necessario che il Cliente, nella propria eventuale richiesta di recesso, specifichi esattamente la propria volontà per evitare che l'una o l'altra linea rimangano attive nel caso in cui l'intenzione di recedere riguardasse entrambe." Inoltre, in ottemperanza alla Delibera 252/16/CONS, così come riportato anche in fattura, il Cliente viene sempre reso edotto sulla possibilità di verificare: "(..) tutti i dettagli della tua offerta (descrizione, soglie, etc) sia fisso che mobile, sono sempre disponibili sull'app WINDTRE al link windtre.it/W3 o sulla tua Area Clienti sul sito windtre.it al link <https://areaclienti.windtre.it/login>. Il richiamo ai suddetti link si reputa necessario per consentire una conoscenza sempre aggiornata dei contenuti ivi riportati. Ti ricordiamo infine che, all'indirizzo <https://www.windtre.it/trasparenza-tariffaria/>, trovi la scheda di tutte le offerte commerciali (piani tariffari e opzioni) sottoscrivibili e/o non più sottoscrivibili di WINDTRE, sia fisso che mobile" In data 30/04/2021 la linea dell'istante veniva interessata da un cambio di tecnologia con l'applicazione di una promozione isoprezzo. In data 12/06/2022 veniva emessa la fattura n° XXX nella quale veniva comunicato che partire dal 1° settembre 2022, per la sopravvenuta esigenza di modifica di posizionamento dell'offerta e la necessità di consentire a Wind Tre di continuare a fornire livelli di servizio in linea con le esigenze di mercato, il costo dell'offerta sarebbe stato incrementato di 5,00 €. Come previsto dall'art. 98- septies decies, comma 5 del D. Lgs. 207/2021 (ex art. 70, comma 4 del D. Lgs. 259/03) del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, l'utente che non avesse voluto accettare tale variazione avrebbe potuto esercitare diritto di recesso dal contratto dai servizi WINDTRE o passare ad altro operatore senza penali o costi di disattivazione entro il 31 agosto 2022, inviando una comunicazione attraverso i canali indicati (Allegato 3 - XXX). A seguito di tale comunicazione nessuna richiesta di recesso o di migrazione delle linee veniva espletata dall'istante, per cui la modifica contrattuale diveniva operativa a partire dalla fattura n° XXX. (Allegato 4 - XXX) Solo successivamente, in data 24/11/2022, la linea fissa XXX veniva cessata per passaggio ad altro gestore e la sim dati XXX, in convergenza a costo zero, diveniva a pagamento. In data 17/01/2023, a seguito del mancato pagamento delle fatture n. XXX e XXX (Allegati 5 e 6 - Fatture), veniva predisposto l'invio della Raccomandata Elettronica "tNotice" n. 23011721014735" di preavviso di sospensione e risoluzione contrattuale. (Allegato 7 - Lettera di Sollecito) e (Allegato 8 – Certificato Postale Forense Si ricorda, che "tNotice" è un servizio di inPoste.it S.p.A., operatore postale con autorizzazione del Ministero dello Sviluppo Economico, sottoposta alla vigilanza da parte di AGCOM (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni) e alla verifica – ex post – di AGID (Agenzia per l'Italia Digitale) per l'invio di raccomandate elettroniche con valore legale (ai sensi degli artt. 3, n. 36) e 43,co. 1, del Reg. UE n. 910/2014 (eIDAS), in quanto è un "servizio elettronico di recapito certificato" (a norma dell'art. 43, co. 1, Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno, che abroga la direttiva 199/93/CE,) con un effetto giuridico con valore probatorio del contenuto della comunicazione inviata. Non ricevendo alcun riscontro, la sim dati XXX veniva prima sospesa e poi cessata per morosità in data 06/04/2023. Nelle more venivano emessi i conti n° XXX, XXX, XXX, XXX e quella di chiusura XXX. (Allegati 9-10-11-12 e 13 -Fatture) In data 01/09/2023 perveniva PEC con cui il cliente contestava le fatture. Sebbene le fatture risultassero correttamente emesse per gli addebiti relativi alla sim dati, in ottica di favor utentis, si provvedeva allo storno delle stesse. Secondo consolidato orientamento AGCOM "l'indebita fatturazione 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" (Determina direttoriale 49/15/DIT). Ai sensi dell'art. 98-septies decies, comma 5 del D. Lgs. 207/2021 (ex art. 70, comma 4 del D. Lgs. 259/03) del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, l'utente che non avesse voluto accettare tali variazioni avrebbe potuto esercitare diritto di recesso dal contratto o passare ad altro operatore senza penali né costi di disattivazione entro i termini e con le modalità previsti dalla comunicazione. Del resto, se è vero che gli utenti, nel mercato delle comunicazioni elettroniche, hanno il diritto di ottenere tutte le informazioni necessarie alla corretta comprensione del servizio e del suo funzionamento, devono avere anche contezza dei diritti e degli obblighi che nascono dal rapporto commerciale instaurato con l'operatore. Relativamente alla modifica delle condizioni commerciali dell'opzione va chiarito che, Wind Tre ha rispettato le proprie condizioni generali di contratto nonché la normativa di settore, così come confermato anche in una pronuncia del Corecom Umbria delibera n. 26 del 24.11.2015 che in un caso analogo ha rigettato la domanda dell'istante riconoscendo che la rimodulazione è avvenuta tanto nel rispetto delle condizioni generali di contratto "....." quanto dell'art.70, comma 4, del codice delle comunicazioni elettroniche che nel disciplinare la materia dei contratti tra operatori di telecomunicazioni e utenti finali espressamente sancisce la possibilità per gli operatori di procedere nel corso del contratto alla modifica delle condizioni sottoscritte e vigenti. D'altro canto, è sempre il medesimo articolo a stabilire che qualora il contraente non

accetti le modifiche alle condizioni contrattuali da parte del gestore, riconosce il diritto della parte istante di recedere senza penali. L'art. 70 comma 4, prosegue stabilendo che le modifiche devono essere comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni. Tutti requisiti rispettati nel caso de quo. In ogni caso, la relativa comunicazione risulta presente anche sul sito istituzionale: <https://www.wind.it/wind-informa/> L'istante invece, sebbene debitamente informato della modifica del canone apportato alla sua utenza, non ha né esercitato il diritto di recesso, né migrato le utenze ad altro operatore nei tempi previsti. Quindi l'applicazione del contributo di disattivazione, ricalcolato in ottemperanza alla Delibera 487/18/CONS, è del tutto giustificato e non contestabile. Si veda la recente Delibera Co.Re.Com Abruzzo N. 4/2023: [...]non accoglibile è la domanda di indennizzo per 'applicazione di servizi non richiesti', intesi come quelli oggetto di fatturazione nel periodo successivo alla richiesta di disdetta contrattuale, in quanto, come dichiarato dallo stesso istante, il gestore, in data 03/11/2021, ha materialmente provveduto a rimborsare tutte [...] le somme indebitamente addebitate, con ciò assolvendo al proprio onere di ristoro. In caso di ritardata disattivazione, infatti, "non si configura un'ipotesi di attivazione di servizio non richiesto, ma, tutt'al più, di indebita fatturazione che, secondo il costante orientamento dell'Autorità, esclude il riconoscimento dell'indennizzo in quanto non riconducibile, neanche in via analogica, ad alcuna delle fattispecie di cui al Regolamento sugli indennizzi" (in tal senso: Del. 93/18/CONS). Più in particolare, da consolidato orientamento Agcom (si vedano le delibere nn.43/14/ CIR, 84/14/CIR, 104/14/CIR), la fattispecie dell'"attivazione di servizi non richiesti" si riferisce specificamente all'ipotesi in cui l'operatore procede ad attivare un servizio in assenza di una richiesta del cliente ed è sostenuta dalla ratio di tutelare la libertà di scelta e di comportamento del consumatore rispetto all'utilizzo dei servizi a pagamento. Per tale ragione, secondo l'Autorità: "a fronte della fatturazione indebita non sussistono gli estremi per la liquidazione di un indennizzo, bensì la possibilità dell'utente di richiedere lo storno e/o il rimborso degli importi fatturati, ma non dovuti" (delibera Agcom n. 84/14/CIR). "Comunque si evidenzia che la scrivente Convenuta ha immediatamente provveduto, ancor prima del deposito della procedura conciliativa, a stornare tutti i canoni maturati per la sim dati oggetto di doglianza. Ragion per cui deve dichiararsi in merito la cessata materia del contendere. Risulta, altresì, infondata la richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo in primis perché, come si è documentato, al reclamo del 01/09/2023 si provvedeva a rispondere per iscritto. Idonea risposta è stata fornita nei tempi, in data 04/09/2023, e nei modi previsti dalle condizioni generali di contratto, come da documentazione allegata. L'istanza di conciliazione è stata inoltre presentata a distanza di cinque giorni dalla segnalazione, in data 06/09/2023, per cui l'utente, pur in presenza di una risposta dell'operatore, ha scelto tale ambito come luogo delegato all'ulteriore trattazione della questione. A tal proposito si richiama pronuncia (Del. n. 212/18/CIR), con cui l'Autorità ha rigettato la richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo in quanto la domanda di conciliazione risultava presentata nella pendenza dei termini per la risposta. L'Agcom motiva tale decisione statuendo che: "per poter acclarare la mancata gestione del reclamo, infatti, è necessario che tra la data del reclamo e quella di deposito dell'istanza di conciliazione intercorrano almeno 45 giorni di tempo, cioè il lasso di tempo entro cui la Società è tenuta a la procedura di conciliazione e, nel suo ambito, l'udienza di discussione, rappresentano l'occasione di confronto tra le parti e l'opportunità di composizione delle rispettive posizioni in luogo del reclamo: l'utente, in altre parole, rinuncia allo strumento del reclamo per servirsi della procedura contenziosa e, alla luce di ciò, la mancata risposta dell'operatore in pendenza di procedura amministrativa non risulta sanzionabile". Visto quanto ut supra indicato, si richiede il rigetto della domanda attorea, posto che alcuna responsabilità né tantomeno alcun inadempimento potrà rinvenirsi in capo alla convenuta. Perché l'Autorità Voglia dichiarare inammissibile l'istanza per le eccezioni di cui in 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 v. debito/credito, poiché trattasi, per le somme insolite indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile, fissando l'udienza di discussione come previsto da Delibera 353/19/CONS, e successive modifiche, art.16 comma 4

Motivazione del provvedimento: considerato che l'intera vicenda deve essere ricostruita sulla base di quanto dedotto e documentato in atti dalle parti, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante devono essere rigettate. Va premesso che nella procedura di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere della prova fra le parti previste dal codice civile ed applicabili al rito ordinario. Ne consegue che, trattandosi nella maggior parte dei casi di fattispecie inerenti a rapporti contrattuali, la norma di riferimento sarà sempre quella di cui all'art. 1218 cod. civ. In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il creditore della prestazione, tipicamente l'utente, dovrà limitarsi a dedurre l'esistenza del contratto tra le parti ed il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza,

l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati. Premesso ciò, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. Dalla ricostruzione dei fatti operata dalle parti ed in particolare dalla documentazione depositata la domanda dovrà essere rigettata. In riferimento alla prima ed alla seconda richiesta formulata l'operatore ha depositato documentazione comprovante lo storno totale della posizione debitoria. Con riferimento alla terza richiesta formulata si ritiene che null'altro si debba corrispondere all'istante secondo il consolidato orientamento AGCOM "l'indebita fatturazione 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" (Determina direttoriale 49/15/DIT). Infine, per la quarta richiesta formulata, il reclamo proposto dal cliente in data 01.09.2023 risulta riscontrato a mezzo pec in data 04.09.2023 pertanto anche per quest'ultima richiesta nulla è dovuto. Trattandosi di rigetto, il valore del decisum è da considerarsi pari a 0 €.

DETERMINA

CORECOM Campania, rigetta l'istanza dell'utente XXX, del 18/10/2023, per i motivi di cui in premessa.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30, comma 12, del Codice.

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
Vincenza Vassallo