

## **DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/93601/2019**

### **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - Wind Tre (Very Mobile)**

#### **IL DIRETTORE**

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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito Regolamento;

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 Regolamento Indennizzi;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re. Com.)”;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l’Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l’istanza della società XXX, del 07/03/2019 acquisita con protocollo N. 0098114 del 07/03/2019

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

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

L’istante ha presenziato all’udienza di conciliazione tenutasi in data 15/02/2019. In data 07/03/2019 ha presentato istanza di definizione. L’istante lamenta l’addebito per costi di recesso/disattivazione nei confronti della società Wind Tre X d’ora in poi Wind. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, nel corso dell’audizione e del procedimento stesso, l’istante ha dichiarato quanto segue: - A seguito di passaggio ad altro operatore alla XXX sono stati addebitati costi per recesso anticipato, contrastanti con la legge Bersani e le numerose delibere Agcom, la più recente la n. 487/2018. In base a tali premesse, l’utente ha richiesto: a) annullamento delle penali contenute nella fattura n. 2018T000568349. Quantifica rimborsi e indennizzi richiesti in euro 577,40. Parte istante replicava in data 02/05/2019 ribadendo l’illegittimità di quanto preteso dall’operatore insistendo per lo storno degli importi richiesti “a titolo di penale” da parte di Wind (pari ad euro 421,66), oltre alle successive somme fatturate nei confronti della XXX da luglio 2018 come già richiesto nell’istanza di conciliazione. Rispetto all’affermazione del gestore secondo cui XXX ha sottoscritto contratto con condizioni indicate espressamente ed accettate, parte istante ha precisato che, “... contrariamente a quanto sostenuto dal gestore, dei 4 allegati richiamati nella propria memoria (nn. 1, 2, 3 e 4), soltanto 2 possono provare l’accettazione delle condizioni da parte di XXX, posto che i documenti nn. 2 e 4 altro non sono che form digitali creati dal gestore. Stesso discorso vale per l’allegato n. 5 che consta di un form digitale che illustra le varie offerte contrattuali proposte da Wind. Impossibile dunque non rilevare come tali form consistano solo in una sorta di brochure pubblicitaria che illustra i servizi Wind Infostrada. Tant’è che tali documenti non contengono né i dati del cliente, né la data di accettazione, né luogo di sottoscrizione, né il timbro della XXX e la firma per accettazione delle condizioni contrattuali. Ed ancora, dette condizioni non sono neppure allegate alla proposta contrattuale sottoscritta dalla cliente, bensì constano di documento a parte che non fa alcun riferimento alla società istante, la XXX, in persona della legale rappresentante. Va da sé che detti documenti

potrebbero riferirsi a chiunque, pertanto non dimostrano in alcun modo che la XXX li abbia letti, compresi ed accettati...". Parte attrice considera come la condotta di Wind sia "in evidente spregio delle deliberazioni, in particolare la n. 487/18/CONS, con la quale AGCOM è intervenuta indicando le linee guida per la determinazione delle spese di recesso e cambio dell'utenza telefonica...".

Con memoria depositata il 19/04/2019 l'operatore rappresentava quanto segue. "In data 25/02/2014 venivano attivate le numerazioni 335XXXX751 e 347XXXX784 e nel 2016 per le stesse veniva attivato Giga Smart Share Unlimited. Il 13/06/2017 oltre ad un'utenza fissa venivano attivate anche le numerazioni 328XXXX483 e 329XXXX100. Tutte le suddette utenze mobili venivano cessate il 07/06/2018 per effetto della portabilità verso altro operatore. A seguito delle suddette migrazioni venivano addebitati, sulla fattura n. 2018T000568349 del 21/07/2018 con periodo di riferimento 01/05/2018 - 30/06/2018 i costi fino ad avvenuto passaggio ed i relativi "Contributi di attivazione", di € 80,00 (oltre IVA) per ciascuna numerazione, conformemente alle condizioni di contratto sottoscritte e accettate dall'istante. Dette Condizioni Generali di Contratto ed il relativo Allegato Tecnico-Economico, stabilivano che "La durata del Contratto è di 24 (ventiquattro) mesi dalla sua conclusione. Successivamente il Contratto, ove possibile, si rinnoverà tacitamente di anno in anno, salvo disdetta da darsi con telegramma o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, almeno 30 (trenta) giorni prima della scadenza del Contratto stesso. La durata verrà calcolata singolarmente per ogni Accesso/Carta SIM attivato dal Cliente" (art. 2.3 rubricato Durata del Contratto), specificando altresì che "Wind potrà subordinare la concessione di sconti e/o di promozioni sugli importi dovuti dal Cliente per i diversi Servizi offerti da Wind al mantenimento da parte del Cliente del Contratto per una durata determinata stabilita di volta in volta dall'offerta promozionale. In tali ipotesi, qualora il Cliente receda prima del decorso della durata minima prevista dalle singole offerte promozionali, sarà tenuto al pagamento di un importo corrispondente agli sconti o al valore della promozione di cui ha beneficiato secondo quanto previsto negli Allegati" (Art. 6.3 rubricato Recesso del Cliente). Il richiamato "Allegato" tecnico economico, relativamente agli specifici piani sottoscritti, precisava, alla pag. 2, che "I piani tariffari mobili All Inclusive Aziende Ricaricabile prevedono un contributo di attivazione pari a 80 € per ogni SIM; tale contributo è scontato del 100% per i Clienti che non recedono prima di 24 mesi dall'attivazione. In caso contrario, il contributo sarà applicato sull'ultima fattura utile. L'istante presenta attualmente la seguente situazione contabile: insoluto di € 969,46". Ribadita la correttezza del proprio operato, WIND conclude che nessuna responsabilità le può essere addebitata chiedendo il rigetto di tutte le domande di parte attorea in quanto infondate in fatto e in diritto.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, la richiesta di parte istante viene parzialmente accolta come di seguito precisato. L'utente deduce di aver sottoscritto solo taluni dei documenti prodotti da Wind, posto che i rimanenti rappresentano dei meri form creati dall'operatore. Esaminando quanto versato in atti dal gestore quale prova contraria all'assunto attoreo, si osserva la sottoscrizione di due proposte di abbonamento (PDA), il cui preambolo comune è "... il Cliente propone a Wind... di concludere un contratto per i Servizi Wind secondo i termini e le condizioni indicati nella presente Proposta di contratto, e negli allegati 'Modulo Servizio', 'Modulo di Pagamento', 'Condizioni Generali di Contratto' e nella 'Proposta tecnico-economica' ... che dichiara di conoscere e accettare". La prima proposta, in data 21/02/2014 unitamente al modulo di addebito diretto su conto corrente, è relativa alle numerazioni 347XXX2784 e 335XXX2751 in portabilità da TIM con piani tariffari "Unlimited – All Inclusive Business" e "Smart – All Inclusive Business". In calce alla PDA si osserva la sottoscrizione, da parte dell'istante, di specifica approvazione, oltre a tutti gli allegati espressamente citati nel documento, di una serie di clausole delle Condizioni Generali di Contratto, tra cui: art. 2.1 (Proposta del Cliente); art. 2.2 (accettazione da parte di Wind e conclusione del contratto); art. 2.3 (durata del contratto); art. 3.1 (attivazione del servizio); art. 8.9 (Diritto di recesso e richiesta del credito residuo). La seconda PDA risulta debitamente sottoscritta in data 06/06/2017 per due mobili con piano "My Share", oltre al modulo di addebito diretto per un'utenza fissa. Nella proposta risulta la sottoscrizione dell'istante per specifica approvazione degli articoli 2.1 (Proposta del Cliente); 2.2 (accettazione da parte di Wind e conclusione del contratto); 2.3 (durata del contratto); 3.1 (attivazione del servizio); 8.9 (Diritto di recesso e richiesta del credito residuo), oltre agli allegati menzionati in proposta. Ulteriori sottoscrizioni dell'istante si riferiscono all'acquisto rateale di prodotti ed al consenso per il trattamento dei dati personali. Se pacifica, dunque, risulta l'avvenuta sottoscrizione delle proposte, non altrettanto, invece, è la riconducibilità ad esse degli allegati denominati "Proposta di contratto n. 1-99086021038", "Proposta di contratto n. 1-342889472168" e "Allegato tecnico economico" (allegato 5) laddove parte istante afferma che detti documenti

non contengono i dati del cliente, la data di accettazione, il luogo di sottoscrizione, il timbro dell'istante e la firma per accettazione delle condizioni contrattuali. E che, ancora, dette condizioni non sono neppure allegate alla proposta sottoscritta, bensì constano di documento a parte che non fa alcun riferimento all'istante. Tali documenti, prosegue l'istante, potendo riferirsi a chiunque, non dimostrano che siano stati letti, compresi ed accettati. A ben vedere, i primi due documenti, seppur privi di sottoscrizione, non possono dirsi non riferibili alle PDA sottoscritte, giacché riportano, tra le altre cose, i dati del cliente e del suo referente, la data di firma (rispettivamente 21/02/2014 e 06/06/2017) e i terminali acquistati. Si evidenzia inoltre come la proposta n. 1-342889472168 riporti anche il codice iban per l'addebito in conto corrente, dato rispetto al quale, come del resto per gli ulteriori dati personali, non risultano segnalazioni dell'istante circa un utilizzo illecito o irregolare. Gli allegati in questione, dunque, più che vere e proprie proposte di abbonamento sono da configurare come form riepilogativi delle proposte ut supra debitamente sottoscritte, o, meglio ancora, come semplici comunicazioni dell'avvenuta/ iniziata esecuzione dei contratti che il proponente chiedeva, come provano le PDA sottoscritte e riconosciute dall'istante, di poter concludere. Tra l'altro, come sottolineato dal Corecom Lazio nella determina n. 140/2016, "...rientrando i contratti di somministrazione di servizi di telefonia nell'ambito dei contratti per adesione, per cui la proposta di contratto contiene le clausole necessarie e sufficienti alla configurazione del vincolo in modalità predeterminata e non negoziabile, non sfuggirà che essa integra, ai fini della validità, i requisiti di cui agli artt. 1326 e 1327 C.C.. Al riguardo infatti si osservi che la proposta, perché sia valida, deve essere completa, cioè deve determinare gli estremi del contratto o deve indicare il modo per la loro determinazione e deve essere fatta dal proponente, con l'intenzione di rimanere obbligato per effetto della semplice accettazione, né deve rappresentare semplice invito ad offrire (Cass. n. 15964/2009; Cass. n. 15856/2012). In particolare, l'art. 1327 disciplina una delle modalità di conclusione del contratto alternative allo schema proposta-accettazione, superando dunque il fattore della cognizione nei casi in cui la dichiarazione dell'accettante deve manifestarsi per atti materiali di esecuzione della prestazione indicata nella proposta; quando, cioè, l'accettazione è tutt'uno con l'esecuzione del contratto voluto dal proponente. Una sua comunicazione al proponente non sarebbe in tal caso concepibile se non come comunicazione dell'adempimento del contratto che il proponente mirava a concludere o dell'iniziata esecuzione di esso, qualora l'adempimento sia destinato a protrarsi nel tempo". Si concorda invece con parte istante su quanto considera in relazione all'allegato 5, modulo per proposta di contratto Infostrada, relativo alla fornitura di servizi di comunicazione Infostrada mediante accesso diretto. Tale documento esprime sì dei costi, ma comunque relativi alla linea fissa, e pertanto non pertinenti con le contestazioni di parte istante. Le allegazioni dell'operatore proseguono con il documento "PDC", avente ad oggetto "Proposta e condizioni di contratto All Inclusive Fisso, Mobile e Internet", versione "Maggio 2016-205722". Si tratta del form "Maggio 2016-205722" privo di sottoscrizioni in quanto, come riporta la dicitura a piè di pagina, trattasi di "Copia per Wind Telecomunicazioni s.p.a.". Tale documento non viene ritenuto idoneo a fondare le pretese creditorie dell'operatore in quanto non prova che le suddette condizioni fossero proprio quelli vigenti all'epoca della sottoscrizione dell'istante a giugno 2017 laddove si considera che la PDA 2017 fa riferimento alla versione "Maggio 2017 -206245", che però non risulta agli atti. E' invece verosimile ritenere che le predette condizioni fossero proprio quelle vigenti al momento dell'attivazione avvenuta nel 2016 (a luglio, come si deduce dalla fattura 2018T000568349 nella parte in cui prevede come scadenza contrattuale per le utenze 335XXXX751 e 347XXXX784 la data del 28/07/2018) del profilo Giga Smart Share Unlimited). Si evidenzia a tali fini come l'art. 6.3 delle predette condizioni disponga che "... Wind potrà subordinare la concessione di sconti e/o di promozioni sugli importi dovuti dal Cliente per i diversi Servizi offerti da Wind al mantenimento da parte del Cliente del Contratto per una durata determinata stabilita di volta in volta dall'offerta promozionale. In tali ipotesi, qualora il Cliente receda prima del decorso della durata minima prevista dalle singole offerte promozionali, sarà tenuto al pagamento di un importo corrispondente agli sconti o al valore della promozione di cui ha beneficiato secondo quanto previsto negli Allegati". Alla luce di tali considerazioni, non può dirsi che l'istante non avesse conosciuto e accettato le condizioni contrattuali o che non fosse nelle condizioni di conoscerle. Con riferimento alle somme addebitate relative ai contributi di attivazione occorre peraltro riprendere quanto precisato nella delibera Agcom 23/19/CIR. "La giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenza n. 1442/2010 dell'11 marzo 2010) ha reputato legittima la pratica commerciale di subordinare il diritto allo sconto, che il cliente acquisisce sottoscrivendo l'offerta promozionale, alla condizione del mancato esercizio del recesso entro un certo termine, espressamente accettato dall'utente. Il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto che l'impegno di non recedere prima di una certa data è il "prezzo" che, di fatto, l'utente paga al fine di godere del vantaggio rappresentato dallo sconto sui servizi acquistati. L'articolo 1 del decreto Bersani

prevede che in caso di recesso non possono essere addebitate spese che non siano state giustificate dagli operatori e rese note agli utenti e il comma 3-ter, inserito in seguito alle modifiche apportate dal d. l. 16 ottobre 2017 n. 148, prevede, inoltre, che tali costi debbano tenere conto della effettiva durata del contratto. Tanto premesso, considerato che l'operazione economica prospettata dall'operatore è sostanzialmente costituita dalla durata pari a ventiquattro mesi e che tale ultimo periodo costituisce parametro anche per valutare il corrispettivo che l'utente è tenuto a pagare all'operatore per il caso in cui decida di operare anticipatamente il recesso dal contratto, invero, deve ritenersi incongruo l'addebito integrale del contributo di attivazione, poiché nessun rilievo viene di fatto attribuito al comportamento dell'utente che ha rescisso anticipatamente il contratto. La legge appena citata (applicabile anche alla clientela business nel caso di sottoscrizione di contratti per adesione, come chiarito dalle Linee guida della direzione tutela dei consumatori esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'articolo 1, comma 4, della legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all'articolo 1, commi 1 e 3, della medesima legge), prevede, infatti, che, in caso di recesso anticipato da parte dell'utente, possano essere addebitate unicamente le spese giustificate dall'operatore a titolo di costi effettivamente dal medesimo sostenuti". Ne consegue la necessità di operare una quantificazione dell'importo dovuto a titolo di costi di attivazione alla società resistente considerando il tempo che residuava alla scadenza del contratto, con conseguente rimborso dell'indebitato all'istante nella misura che segue. Tenuto conto che il termine dei 24 mesi sarebbe scaduto in data 28/07/2018, mentre l'effettiva cessazione delle sim 333XXXX751 e 347XXXX784 è avvenuta in data 07/06/2018, il contributo di attivazione pari ad euro 80 per ciascuna sim dovrà essere ridotto tenuto conto dei mesi (1,5) che residuavano alla scadenza del vincolo contrattuale. In ragione dell'anticipato recesso esercitato dalla società istante, il costo effettivamente a carico dell'operatore è rappresentato per ognuna delle due SIM dal seguente calcolo (80euro/24 mesi\*22,5 mesi), quale prezzo residuo che sarebbe stato, invece, ammortizzato da WIND Tre nel caso di prosieguo del rapporto contrattuale sino al ventiquattresimo mese. Ne consegue, quindi, che, con riferimento al costo complessivo dei contributi di attivazione dovuti dall'istante per le sim 333XXXX751 e 347XXXX784 pari ad euro 160,00, WIND Tre sarà tenuta allo storno degli importi calcolati in ragione dei mesi di durata delle SIM (pari ad euro 150,00 per le due sim), mentre i costi risultanti dai mesi residui (pari ad euro 10,00 per le due sim) rappresentano i costi effettivamente dovuti da parte dell'istante. Tanto considerato, Wind è altresì tenuta allo storno dei costi di attivazione applicati per le utenze 328XXXX483 e 329XXXX100 per complessivi euro 160,00. Per questi motivi, attestata la regolarità amministrativa del presente atto,

#### DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 07/03/2019, è tenuta a 1. Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti della società Wind Tre X per le motivazioni di cui in premessa. 2. La società Wind Tre X è tenuta allo storno dei costi di attivazione per complessivi euro 310,00 applicati per le utenze 328XXXX483, 329XXXX100, 333XXXX751 e 347XXXX784. 3. La società Wind Tre X è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento 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.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore  
Rita Filippini