

**DELIBERA N. 42/2024**

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**

**XXX / WIND XXX**

**(GU14/680314/2024)**

**Il Corecom Emilia-Romagna**

NELLA riunione del 12/09/2024;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, di seguito denominato *Regolamento*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 194/23/CONS;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS, del 12 luglio 2018, recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 194/23/CONS;

VISTA la legge regionale 30 gennaio 2001, n. 1, recante “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (Co.Re. Com.)*”;

VISTO il nuovo Accordo Quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni, sottoscritto il 20 dicembre 2022 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 la nuova Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 febbraio 2023;

VISTA l'istanza di XXX del 15/05/2024 acquisita con protocollo n. 01XXX8 del 15/05/2024;

VISTA la relazione istruttoria della Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 12/09/2024;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

### **1. La posizione dell'istante**

A seguito dell'udienza di conciliazione, tenutasi in data 15/02/2024, l'istante ha presentato istanza di definizione in data 15/05/2024 nei confronti di Wind, d'ora in poi Wind, lamentando quanto segue.

“Il 15/03/2015 sulla sim ricaricabile H3G n° XXX-XXXXXX attivavo l'opzione dati “Super Internet” (doc. 1) che, al costo di 5 euro/mese, permetteva fino a 3GB di navigazione internet; l'opzione veniva successivamente migrata al nuovo gestionale WINDXXX in data 15/04/2022 col nome di “Super Internet-3GB”.

Il 13/10/2021 il gestore comunicava sulla sim in oggetto una modifica delle condizioni contrattuali, decorrente dal 15/11/2021, che prevedeva, in caso di credito insufficiente al rinnovo delle opzioni presenti sull'utenza, come la suddetta “Super Internet”, l'attivazione di un gettone di anticipo del traffico pari a 0,99 euro per il 1° giorno + 1,99 euro per i successivi 4 giorni (doc. 2).

La legittimità di tale manovra veniva da me contestata con reclamo/diffida del 13/11/2021 (doc. 3), in quanto l'operazione non avrebbe modificato clausole preesistenti, ma avrebbe introdotto nuove prestazioni, come confermerà Agcom con delibera sanzionatoria 345/21/CONS (doc. 4) di cui WindXXX è stata destinataria per il caso che qui ci occupa che così si è espressa:

“in merito alla introduzione di una modalità che consente di effettuare traffico in uscita per un periodo di tempo predeterminato anche in presenza di credito esaurito, l’Autorità ha già espresso le proprie valutazioni con la delibera n. 497/19/CONS [doc.5], adottata proprio nei confronti di Wind XXX, nella quale è stato accertato che la Società non ha attuato una modifica unilaterale volta ad adeguare le condizioni contrattuali già consapevolmente accettate dai destinatari, bensì HA PROCEDUTO A INSERIRE UN QUID NOVI NELL’ORIGINARIO CONTRATTO prepagato sottoscritto dagli utenti”.

E ancora:

“la Società ben avrebbe potuto e dovuto, a valle dei citati provvedimenti di ordinanza ingiunzione, PROCEDERE TEMPESTIVAMENTE ALLA CESSAZIONE DELLA CONDOTTA VIOLATIVA”.

Il 26/05/2023 WindXXX, nonostante la contestazione ricevuta dal sottoscritto e le delibere sanzionatorie dell’Autorità su questo tipo di manovre, addebitava per la prima volta sulla sim in oggetto il servizio gettone anticipo del traffico, pari a 2,98 euro [0,99 euro+ 1,99 euro] (doc. 6), in occasione di una ricarica di 11 euro effettuata in pari data (doc. 7) a credito esaurito.

Il 26/08/2023 inviavo reclamo via mail pec (doc. 8), chiedendo il rimborso della somma di 2,98 euro illegittimamente addebitata e la disattivazione del servizio non richiesto.

Entrambe le richieste rimanevano inevase.

Il giorno 13/05/2024, in seguito ad una ricarica effettuata a credito esaurito, veniva addebitato nuovamente il servizio gettone di anticipo del traffico per 2,98 euro (doc. 9)”.

Ciò premesso, l’istante richiede:

1) Rimborso di 5,96 euro [2,98 euro x 2] detratti illegittimamente il 26/05/2023 e il 13/05/2024 in occasione degli addebiti del servizio non richiesto e contestato;

2) Disattivazione del servizio di anticipo del traffico;

3) Indennizzo per attivazione di servizio accessorio e/o profilo tariffario non richiesto, per avere introdotto il gettone di anticipo del traffico, per il quale si rendeva necessario un consenso univoco ed espresso dell’istante, calcolato a partire dal 26/08/23 e ancora ad oggi non disattivato;

4) Indennizzo per mancata risposta al reclamo del 26/08/2023.

Segnala i seguenti disservizi:

1. Modifica delle condizioni contrattuali;

2. Attivazione servizi non richiesti (data reclamo: 26/08/2023, data disattivazione: non risolto);

3. Mancata/tardiva risposta a reclami (data reclamo: 26/08/2023, data riscontro: non risolto);

4. Applicazione di condizioni contrattuali diverse da quelle prospettate/pattuite.

## **2. La posizione dell'operatore**

Costitutosi con memoria in data 28/06/2024, Wind chiede il rigetto delle richieste dell'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto.

In via preliminare, in rito, evidenzia che il costo “gettone anticipo traffico” non è legato a un servizio aggiuntivo bensì a un servizio previsto dall'offerta attiva sulla SIM, legato alla stessa e da questa inscindibile.

Chiede pertanto il rigetto della richiesta di disattivazione di tale servizio atteso che trattasi unicamente di una modalità di corresponsione del corrispettivo previsto dalle condizioni contrattuali a carico dell'utente.

Per la sua stessa natura, la disattivazione del “Costo gettone anticipo traffico” si profilerebbe come un'obbligazione impossibile da adempiere.

Ai sensi di quanto statuito dall'art. 20, comma 4, delibera 353/19/CONS:

“L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e 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”.

Dunque, osserva che le richieste dell'utente esulano dalle specifiche competenze del Corecom, che non ha il potere di entrare nel merito delle modifiche contrattuali (annullare/cambiare la scadenza/disattivare un servizio).

Richiama, a tal proposito, la delibera n. 4672023 del Corecom Veneto.

Ad abundantiam, rileva che l'utente avrebbe avuto la facoltà di migrare/cessare la SIM già dal 2021, come in seguito documentato; tuttavia, decideva di lasciare attiva l'utenza mobile, consapevole del costo e della modalità di fruizione del servizio di gettone del traffico.

Nel merito, poi, riporta e documenta l'esito delle verifiche eseguite sui propri sistemi in relazione all'utenza mobile XXXXXXXXXXXX, attiva dal 15/04/2007 (prodotta schermata).

In data 13/11/2021, l'utente inviava un reclamo, allegato dallo stesso utente in atti, per contestare modifiche contrattuali che, per sua stessa ammissione, gli erano state preannunciate via SMS in data 13/10/2021.

Oltre a tale SMS informativo in merito al gettone anticipo traffico, Wind inviava altresì, in risposta al reclamo del 13/11/2021, ulteriore messaggio in data 19/11/2021 (prodotta schermata), spiegando ancora una volta la modalità di funzionamento del gettone del traffico.

Come dettagliato in seguito, il servizio gettone anticipato assicura la continuità del servizio e consente al cliente di fruire del proprio traffico incluso, reso disponibile in anticipo per 1 giorno solare, fino alle 23.59 del giorno successivo, al costo di 0,99 euro, o per 4 giorni solari al costo di € 1.99, sempre se, alla data di rinnovo dell'offerta, prefissata e ciclica, il credito dell'offerta fosse insufficiente.

Ad ogni modo, sottolinea che il cliente aveva la facoltà di recedere dal contratto o passare ad altro operatore in qualunque momento senza costi, come previsto dall'art. 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche.

Al contrario, nel caso di specie, mai alcuna richiesta di recesso veniva inviata dall'utente.

Analogamente, in seguito alla comunicazione del 19/11/2021, mai alcuna ulteriore segnalazione perveniva alla convenuta che continuava a fornire regolarmente il servizio.

Solo in data 26/08/2023, e mai prima di allora, perveniva un reclamo attraverso il quale l'utente contestava l'addebito del gettone anticipo traffico.

In data 02/09/2023, la convenuta forniva riscontro tramite PEC confermando la regolarità dell'addebito (prodotta schermata).

Ribadisce che il "Costo gettone anticipo traffico" non è legato a un servizio aggiuntivo ma a un servizio previsto dall'offerta attiva sulla sim, legato alla stessa e da questa inscindibile; pertanto, non è possibile disattivarlo se non cessando la SIM e/o migrando la stessa verso altro gestore o ancora variando l'offerta verso un profilo che prevede il blocco delle chiamate in uscita.

Richiama la delibera n. 59/2022 con la quale il Corecom Puglia, in un caso analogo, rigettava le richieste avanzate dall'istante, nonché le delibere dello stesso Corecom Puglia nn. 60/2022, 61/2022, 62/2022, 63/2022, 64/2022 e 65/2022.

Nel caso di specie, ritiene evidente che alcun servizio aggiuntivo veniva attivato sulla suddetta utenza, ma semplicemente, e mediante regolare preavviso, come è consentito sulla base del Codice delle Comunicazioni Elettroniche e del contratto, si provvedeva ad effettuare un repricing aziendale.

Tale repricing viene operato al fine di assicurare al cliente la continuità del servizio, sempre se, alla data di rinnovo dell'offerta, prefissata e ciclica, il credito dell'offerta attiva sulla SIM fosse insufficiente, consentendo così al cliente di fruire del proprio traffico incluso, reso disponibile in anticipo per 2 giorni solari, fino alle 23.59 del giorno successivo, al costo di 0,99 euro; il giorno successivo, se il credito fosse ancora insufficiente, il traffico incluso sarebbe ancora disponibile per ulteriori 4 giorni al costo di 1,99 euro (in luogo dei precedenti 2 giorni al costo di 0,99 euro).

Detta modifica non si applica se il cliente ha attivo il servizio Autoricarica, ed è disponibile solo una volta al mese.

Il cliente può quindi sempre evitare l'addebito, semplicemente facendo trovare, alla data indicata per il rinnovo dell'offerta, un credito sufficiente per il relativo pagamento o attivando una volta per tutte il servizio Autoricarica.

Wind si assume il rischio di anticipare il servizio al cliente, e posticiparne il relativo pagamento, senza alcuna garanzia che il cliente torni in seguito ad essere capiente.

In altre parole, è astrattamente possibile che il cliente, privo di credito per il rinnovo del bundle, fruisca dell'anticipata messa a disposizione della propria offerta, per due giorni, e poi non effettui più alcuna ricarica su quella SIM, non consentendo mai a Wind di recuperarne il relativo prezzo.

Nel caso di specie, come ampiamente documentato in atti, il cliente è stato prontamente informato in merito alla variazione.

Relativamente alla modifica delle condizioni commerciali dell'opzione, ritiene di avere rispettato le proprie condizioni generali di contratto nonché la normativa di settore.

L'art. 70, comma 4, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, 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 lo stesso articolo, qualora il contraente non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali operate dal gestore, a riconoscere 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, questi, rispettati nel caso de quo.

Ad abundantiam, tale comunicazione risulta presente anche sul sito istituzionale: <https://www.wind.it/wind-informa/> (prodotta schermata).

Allo stesso link, Wind comunica inoltre che

“alcune offerte con traffico incluso prevedono un meccanismo speciale per garantire continuità di servizio. Se, durante l'attivazione o il rinnovo dell'offerta, il credito disponibile non è sufficiente a coprire il costo il traffico incluso non verrà bloccato. Sarà comunque disponibile per un giorno intero fino alle 23:59 al costo di 0,99 euro. Se il giorno successivo il credito rimane insufficiente, il traffico incluso sarà disponibile per ulteriori 4 giorni al costo di 1,99 euro. Vi segnaliamo che, attivando il servizio di Autoricarica o scegliendo offerte con addebito su Carta di Credito o Conto Corrente, tali importi non saranno addebitati” (prodotta schermata).

Ribadendo la piena legittimità da parte degli operatori di introdurre modifiche unilaterali al contratto, fatto salvo sempre il diritto di recesso del cliente, conferma l'infondatezza del reclamo e della procedura conciliativa presentata dal cliente.

Specifica, inoltre, che il cliente può accedere in qualsiasi momento all'App WIND XXX per controllare la quantità di GIGA rimasti, minuti ed SMS disponibili, il credito residuo; di seguito il link del sito istituzionale che riporta alle informazioni: <https://www.windXXX.it/tuttele-app/app-windXXX/>.

Per ciò che concerne i reclami, evidenzia che, come documentato in atti, sia il primo reclamo del novembre 2021 sia il reclamo dell'agosto 2023 risultano regolarmente riscontrati.

Ad abundantiam, conferma che, nel periodo intercorrente tra i due reclami, mai alcuna ulteriore segnalazione né richiesta di recesso risultano pervenuti alla convenuta.

Conferma, altresì, che, a tutt'oggi, la linea è attiva su rete Wind e che gli unici addebiti per gettone anticipato del traffico sono relativi agli eventi del 26/05/2023 e del 14/05/2024 (prodotta schermata).

Richiama, infine, una recentissima pronuncia del Corecom Molise che, per un caso analogo, con la delibera 19/2024, ha ritenuto infondate le pretese dell'utente.

### **3. La replica dell'istante**

L'istante ha replicato alla memoria di Wind in data 22/07/2024 evidenziando quanto segue.

## **1. Sulla illegittimità della modifica unilaterale di Wind XXX che, con l'attivazione del servizio aggiuntivo di anticipo del traffico, ha introdotto nuove prestazioni**

Contesta integralmente il tentativo di Wind XXX di voler sostenere che la modifica unilaterale in oggetto, palesatasi con l'attivazione di un servizio accessorio o profilo tariffario non richiesto, sia caratterizzata dal rispetto dei dettami dell'art. 70, comma 4, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche e delle altre normative di settore.

Tale specifica manovra è stata infatti posta all'attenzione di Agcom che ha condannato la convenuta, con delibera sanzionatoria 345/21/CONS (doc. 4), al pagamento di una sanzione amministrativa di 1.044.000 € e sancendo che:

“in merito alla introduzione di una modalità che consente di effettuare traffico in uscita per un periodo di tempo predeterminato anche in presenza di credito esaurito, l'Autorità ha già espresso le proprie valutazioni con la delibera n. 497/19/CONS [doc.5], adottata proprio nei confronti di Wind XXX, nella quale è stato accertato che la Società non ha attuato una modifica unilaterale volta ad adeguare le condizioni contrattuali già consapevolmente accettate dai destinatari, bensì ha proceduto a inserire un quid novi nell'originario contratto prepagato sottoscritto dagli utenti... Tale novità avrebbe dovuto formare oggetto di consapevole accettazione da parte della clientela coinvolta... Peraltro, non corrisponde al vero che l'utente possa sempre, di volta in volta, decidere liberamente se attivare il traffico in uscita a debito, in quanto il meccanismo posto in essere da Wind XXX non prevede l'espressione di una volontà da parte dell'utente, bensì scatta semplicemente attraverso l'ordinario utilizzo, anche disgiunto, dei servizi voce, dati, SMS in assenza di credito residuo... Alla luce di tali considerazioni non può non rilevarsi che le condotte sopra illustrate configurano una marcata inosservanza alle indicazioni già a suo tempo espresse dall'Autorità, atteso che la Società ben avrebbe potuto e dovuto, a valle dei citati provvedimenti di ordinanza ingiunzione, procedere tempestivamente alla cessazione della condotta violativa”.

## **2. Sulle richieste di rimborso degli addetti illegittimi e di disattivazione del servizio di anticipo del traffico.**

In merito alle delibere del Corecom Puglia nn° 59, 60, 61, 62, 63, 64 e 65/2022 e del Corecom Molise n° 19/2024, citate da Wind a sua difesa per giustificare il fatto di non essere tenuta a rimborsare gli addebiti contestati e a disattivare il servizio non richiesto, esse sono prive di pregio per i seguenti motivi.

Le nn° 60, 61 e 62/2022 Puglia sono relative alla questione delle Ricariche Special, argomento qui inconferente.

Nella n° 64/2022 Puglia, riguardante la rimodulazione di un piano a consumo in uno a canone mensile, e nelle 59, 63, 65/2022 Puglia e 19/2024 Molise, inerenti la modifica unilaterale che ha introdotto il gettone di anticipo del traffico, il cliente non ha

portato all'attenzione dei Comitati regionali le rispettive delibere sanzionatorie Agcom per le due manovre, la 32/21/CONS e la 345/21/CONS (doc. 4): in tal modo, i due Corecom hanno giudicato erroneamente legittime le due modifiche unilaterali, basandosi solo sul rispetto della tempistica di preavviso del gestore e sulla possibilità di recesso gratuito fornito all'utente, senza valutare quindi nel merito le modifiche stesse introdotte.

Per quanto concerne la disattivazione del servizio di anticipo del traffico, il gestore eccepisce che l'azione "si profilerebbe come un'obbligazione impossibile da adempiere" in quanto si tratterebbe di un "servizio previsto dall'offerta attiva sulla SIM [Super Internet-3GB], legato alla stessa e da questa inscindibile".

L'impossibilità lamentata da Wind XXX, solo asserita ma non provata, appare come un pretesto, tenendo conto dell'opposto operato di TIM che, avendo introdotto identico servizio di anticipo del traffico chiamato "Sempre Connesso", dopo aver anch'esso ricevuto da Agcom provvedimento sanzionatorio con delibera 496/19/CONS (doc. 11), nella cui istruttoria affermava che il servizio non fosse disattivabile, ha invece deciso successivamente che il cliente potesse rimuoverlo, come si può facilmente verificare dal doc. 12:

"Come faccio a disattivare la modalità Sempre Connesso? A partire dal 30 maggio [2021], la modalità Sempre Connesso, se attiva sulla tua linea, può essere disattivata gratuitamente chiamando il 40916 o accedendo alla tua area riservata My TIM".

A dire dell'operatore, inoltre, la richiesta di disattivazione del servizio non sarebbe demandabile, per espressa previsione normativa, all'Autorità adita.

Quanto sostenuto dalla convenuta non corrisponde al vero, posto che proprio l'art. 20, comma 4, del Regolamento di cui all'allegato A alla delibera Agcom 353/19/CONS prevede che

"[l]'Organo Collegiale, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, con il provvedimento che definisce la controversia ordina all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente".

Nel caso de quo, la condotta lesiva è chiaramente quella del mancato rispetto dell'originario contratto ricaricabile sottoscritto, avendo il gestore introdotto sull'opzione dati Super Internet preesistente il servizio aggiuntivo non richiesto di anticipo del traffico.

Precisi pronunciamenti dell'Autorità confermano specificatamente tale possibilità:

"la domanda relativa al ripristino del precedente piano tariffario...potrebbe essere accolta...nel caso in cui fosse accertata la illegittimità del comportamento del gestore in occasione della rimodulazione tariffaria" (delibera Agcom 114/11/CIR);

“la società WIND XXX è tenuta a ripristinare sull’utenza...il piano tariffario esistente...o applicarne uno equivalente o migliorativo in caso di impossibilità tecnica al ripristino” (determina Agcom 99/18/DTC).

Si vuole sottolineare, poi, come la stessa Autorità, nel provvedimento sanzionatorio 345/21/CONS, abbia imposto già a Wind XXX di “procedere tempestivamente alla cessazione della condotta violativa”, come evidenziato al precedente punto 1.

**3. Sulla possibilità indicata da Wind di variare l’offerta verso un profilo che prevede il blocco delle chiamate in uscita e sulla mancata disattivazione/migrazione della sim.**

Wind, nella propria memoria difensiva, esibisce uno screenshot del sito dell’operatore, dal seguente contenuto:

“COMUNICAZIONE IMPORTANTE: credito insufficiente...Se preferite non usufruire del servizio di anticipo del traffico incluso, potete chiamare il nostro servizio clienti al numero 159 e cambiare gratuitamente ad altro profilo che prevede il blocco delle chiamate in uscita quando il credito residuo non è sufficiente”.

Si precisa che tale opportunità, che è stata inserita nella sezione “WINDXXX Informa” del sito del gestore solo a dicembre 2023, consiste nel disattivare tutte le opzioni presenti sulla sim e rimanere unicamente col piano base a consumo per tutte le direttrici di traffico: voce, dati e sms... una possibilità chiaramente inutile rispetto al caso de quo, che riguarda l’opzione dati Super Internet con basket di volume di 3GB.

Inoltre, la convenuta contesta che il sottoscritto

“avrebbe avuto la facoltà di migrare/cessare la SIM già dal 2021 come in seguito documentato; tuttavia, decideva di lasciare attiva l’utenza mobile, consapevole del costo e della modalità di fruizione del servizio di gettone del traffico”

e che

“Wind XXX inviava, in risposta al reclamo del 13/11/2021, il seguente messaggio in data 19/11/2021 spiegando ancora una volta la modalità di funzionamento del gettone del traffico...”.

Si contesta di aver ricevuto riscontro al reclamo/diffida del 13/11/2021: il gestore non prova la ricezione della risposta scritta asseritamente inviata via sms.

A tal proposito, dell’immagine postata a pagina 6 delle memorie di Wind XXX se ne contesta la valenza probatoria, in quanto

“[s]i ricorda, in proposito, che “un documento proveniente dalla parte che voglia giovarsene non può costituire prova in favore della stessa né determina inversione

dell'onere probatorio” (cfr. ex multis Cassazione n. 8290/2016). Quindi una mera stampa della schermata di un applicativo dell'operatore non può, per ovvie motivazioni logiche prima ancora che giuridiche, offrire un elemento sufficiente a comprovare il verificarsi di un fatto favorevole allo stesso operatore telefonico” (delibera Corecom Veneto 13/2022).

Posto che dalla data del primo reclamo/diffida del 13/11/2021 fino al 26/05/2023 nessun addebito per anticipo del traffico era mai avvenuto e che il gestore a fine anno 2021 era stato nel frattempo destinatario della delibera sanzionatoria Agcom 345/21/CONS, si presumeva che Wind XXX fosse tornata sui suoi passi, se non altro verso i clienti, come lo scrivente, che avevano contestato la modifica prima della sua attuazione prevista per il 15/11/2021.

Il fatto di non aver migrato/cessato l'utenza è stato dettato inoltre dalla necessità di lasciare la linea attiva su rete Wind XXX che, in alcune zone frequentate, è l'unica ad avere copertura e a garantire quindi reperibilità.

Ciò detto, la scelta operata di non migrare/cessare la sim, lungi dal considerarsi un atto di acquiescenza rispetto alla manovra in esame, non trasforma certo in legittima una modifica unilaterale illegittima: il cliente che non accetta la modifica, infatti, nel primo caso può solo andarsene o chiudere l'utenza, mentre nel secondo scenario ha tutto il diritto di pretendere il rispetto dell'originario contratto sottoscritto e di vedersi riconoscere gli indennizzi spettanti per il pregiudizio subito.

#### **4. Sull'indennizzo per attivazione di servizio accessorio e/o profilo tariffario non richiesto.**

Per quanto fin qui detto, appare chiaro che la manovra introdotta da Wind XXX si è configurata come una attivazione di servizio accessorio non richiesto e, come tale, il conseguente pregiudizio subito dal cliente vada indennizzato.

La richiesta è conforme al precedente pronunciamento AGCOM 50/18/DTC (doc. 13) che, per analoga modifica unilaterale illegittima del gestore Wind (dal piano ricaricabile a consumo “Wind Senza Scatto” al piano “Wind 2 Senza Scatto” con canone mensile di 2 €) ha riconosciuto al cliente, in assenza di cessazione/migrazione dell'utenza, l'indennizzo per attivazione di profilo tariffario non richiesto, calcolato dalla data della modifica fino a quella dell'udienza di definizione.

Se ne riporta un estratto:

“[L]’istante, in data 15 settembre 2016 ha ricevuto un SMS dalla WIND con il quale veniva informato che, a causa di “mutate condizioni di mercato”, dal 18 ottobre 2016 il proprio piano tariffario sarebbe diventato “WIND 2 senza scatto” con tariffazione a scatti anticipati di 30 secondi, al costo di 2,00 euro ogni 30 giorni e che avrebbe potuto recedere o migrare ad altro operatore senza penali... l'istante precisa che la modifica unilaterale del contratto, oggetto del contenzioso, altro non è che l'attivazione di un profilo tariffario

non richiesto, in quanto l'operatore ha sostituito il precedente profilo gratuito con uno che, sebbene mantenesse le medesime caratteristiche, introduceva un costo di euro 2,00 euro ogni 30 giorni... l'istante ha inviato, in data 15 settembre 2016, un reclamo volto a sollecitare il rispetto del contratto, ovvero la tariffa precedentemente pattuita "WIND senza scatto", ma non ha avuto alcun riscontro... In base a tali premesse, l'utente ha richiesto...iii. la corresponsione dell'indennizzo per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti... Dalla documentazione acquisita è stato possibile verificare che l'offerta proposta non sia configurabile come una modifica unilaterale di contratto conforme all'articolo 70, comma 4, del Codice.

Infatti, l'attivazione non richiesta di un nuovo profilo tariffario in cambio di una controprestazione economica non rappresenta una modifica del prezzo o delle caratteristiche dei servizi per i quali l'utente ha fornito il proprio consenso contrattuale, bensì una vera e propria introduzione di prestazioni e costi nuovi e mai richiesti dall'utente... In sostanza, WIND XXX utilizza illegittimamente la procedura prevista dal Codice delle comunicazioni per l'esercizio dello jus variandi al fine di attivare nei confronti di un numero rilevantissimo di clienti una nuova offerta con la tecnica dell'opt-out... Con riferimento alla richiesta di cui al punto iii., la stessa deve trovare accoglimento, in quanto, nel caso di specie, si è verificata un'attivazione di un profilo tariffario non richiesto per la quale si rendeva necessario un consenso univoco ed espresso dell'istante; al contrario, l'operatore ha proceduto a una modifica di un piano tariffario già esistente, imponendo un costo fisso mensile, rappresentandola come modifica di condizioni economiche di cui all'articolo 70 del Codice.

Ne consegue, quindi, che WIND XXX sarà tenuta alla liquidazione dell'indennizzo di cui all'articolo 8, comma 2, del Regolamento sugli indennizzi secondo il parametro pari a euro 1,00 pro die per il numero di giorni pari a 428, calcolati dal 18 ottobre 2016 (data in cui è entrata in vigore la modifica) fino al 20 dicembre 2017 (data in cui è avvenuta la discussione)."

Si rammenta poi che, ai sensi del § III.7.1 della delibera 276/13/CONS (Linee guida Agcom),

"[n]el caso in cui...la fattispecie oggetto di decisione sia già stata oggetto di precedenti pronunce da parte dell'Autorità, il Comitato regionale non potrà discostarsi dai precedenti", altrimenti si avrebbe una difformità di trattamento per controversie analoghe a seconda del Comitato chiamato a deciderle, a detrimento della certezza del diritto.

Nel caso de quo, l'indennizzo giornaliero di 2,50 € per attivazione di servizio accessorio/profilo non richiesto andrà liquidato dal 26/08/2024 (data del reclamo per il 1° addebito) fino al 25/07/2024 (data dell'udienza di definizione) per un periodo di 336 gg, pari a totali 840 € [2,50 €/gg x 336gg].

## **5. Sull'indennizzo per mancata risposta al reclamo del 26/08/2023.**

La pec inviata da Wind XXX il 02/09/2023 in replica al reclamo del 26/08/2023 (“Ti informiamo di aver effettuato le opportune verifiche dalle quali è emerso che il costo del gettone di anticipo traffico è stato regolarmente addebitato”) costituisce un riscontro inadeguato, in quanto non conforme all’art. 8, comma 4, della delibera Agcom 179/03/CSP, secondo cui:

“In caso di rigetto, la risposta in esito al reclamo è in forma scritta, è adeguatamente motivata ed indica gli accertamenti compiuti”.

Conforme, sul punto, Corecom E-R, determina 28/2020:

“[P]er valutare il diritto ad ottenere un indennizzo per mancata risposta, non può ritenersi sufficiente, al fine di un esonero (o di una limitazione) da responsabilità, la semplice circostanza che l’operatore abbia provveduto a rispondere per iscritto alle doglianze dell’utente. L’operatore deve infatti informare l’utente anche circa gli accertamenti compiuti e i motivi ostativi alla risoluzione della problematica lamentata.

Non è conforme a ciò 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.

Nel caso di specie, la condotta dell’operatore, limitandosi a ribadire la correttezza del proprio operato (si legge, infatti, “Le confermiamo di aver effettuato le dovute verifiche e riscontrato la piena regolarità del contratto in oggetto e la correttezza degli importi fatturati essendo conformi alle condizioni generali di abbonamento multibusiness...”), non risulta essere stata conforme agli obblighi sopra esplicitati, il che fonda il diritto dell’utente al riconoscimento di un indennizzo (si veda Agcom, delibera n. 117/10/CIR, Corecom Lombardia, delibera n. 35/11 e Corecom Friuli-Venezia Giulia, delibera n. 22/12)”.

Ulteriori delibere conformi sul punto: Agcom 220/20/CIR, Agcom 191/18/CIR, E-R 97/2021, E-R 21/2021.

#### **4. Motivazione della decisione**

Alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le richieste formulate dalla parte risultano accoglibili, come di seguito precisato.

Le richieste di cui ai punti 1), 2) e 3) vengono trattate congiuntamente.

Risulta agli atti (allegazioni a cura dell’istante):

- comunicazione di Wind del 13/10/2021 di imminente modifica (a far data dal 15/11/2021) delle condizioni contrattuali, consistente, in caso di credito insufficiente al

rinnovo delle opzioni presenti sull'utenza, nell'attivazione di un gettone di anticipo del traffico pari a 0,99 euro per il 1° giorno + 1,99 euro per i successivi 4 giorni;

- diffida dell'istante in data 03/11/2021 (inoltrata, dunque, in tempo utile), in ordine a mancata accettazione, poiché ritenuta illegittima, della modifica delle condizioni contrattuali decorrente dal 15/11/2021 e annunciata in data 13/10/2021 tramite sms, per ciò che riguarda l'introduzione delle due seguenti novità:

1) “per il traffico Internet non incluso nell'offerta. Per la navigazione Internet è disponibile 1GB giornaliero al costo di 0.99 euro. Il giga è utilizzabile fino alle 23.59 del giorno in cui è stato erogato; una volta esaurito, la navigazione è bloccata fino al giorno successivo”;

2) “Inoltre, ogni volta che il credito è insufficiente per l'attivazione e il rinnovo delle opzioni attive sulla SIM, ad eccezione dei costi relativi alle offerte roaming, il traffico incluso non viene sospeso, ma, è disponibile per un 1 giorno solare (fino alle 23.59) al costo di 0,99 euro. Qualora il giorno successivo il credito fosse ancora insufficiente, il traffico incluso sarà nuovamente disponibile per ulteriori 4 giorni al costo di 1,99 euro. Se, trascorsi i 5 giorni, il credito è ancora insufficiente, la SIM rimane attiva in ricezione o per effettuare chiamate di emergenza. Il costo viene addebitato nella prima ricarica utile, in aggiunta a quello di rinnovo dell'offerta o costo di attivazione. L'anticipo del traffico è disponibile più volte al mese ed è valido per le opzioni che prevedono traffico incluso con addebito su credito residuo attive sulla tua SIM”.

Nel caso 1) la variazione contrasterebbe, infatti, con l'obbligo per il gestore di interrompere il collegamento dati all'esaurimento del credito o plafond a disposizione del cliente, mentre, nel caso 2), la modifica andrebbe ad incidere non su clausole preesistenti, ma ad introdurre di nuove, con la conseguente trasformazione in maniera sostanziale della prestazione iniziale, da cui la diffida verso Wind al rispetto dell'originario contratto sottoscritto e a non porre in essere le due modifiche 1) e 2), sopra indicate, sull'utenza in oggetto.

Ebbene, tale condotta posta in essere da Wind e, da subito, contestata dall'istante, risulta, in effetti, essere già stata censurata e sanzionata da Agcom con delibera n. 345/21/CONS del 21 ottobre 2021 e, ancor prima, con delibera n. 497/19/CONS del 16 dicembre 2019 (delibere alle quali si rimanda), sul presupposto che non si sia trattato di legittimo esercizio di ius variandi (diritto, riconosciuto ad una parte, di modificare o specificare unilateralmente il contenuto del contratto), come tale consentito, bensì di ius novandi (volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente e/o in aggiunta ad esso, con nuove ed autonome situazioni giuridiche e/o economiche), al contrario, mai consentito.

In ragione di ciò, risulta, innanzitutto, accoglibile la richiesta di cui al punto 1) di rimborso di complessivi euro 5,96 euro, addebitati da Wind il 26/05/2023 e il 13/05/2024 (come da schermate allegate dall'istante) e riconducibili al servizio non richiesto e

contestato (ovvero: attivazione di un gettone di anticipo del traffico, in caso di credito insufficiente al rinnovo delle opzioni presenti sull'utenza).

Risulta poi accoglibile, ove fattibile, anche la richiesta di cui al punto 2) di disattivazione del servizio di anticipo del traffico (ai sensi dell'art. 20, comma 4, dell'allegato B alla delibera n. 194/23/CONS, "L'Organo Collegiale, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, con il provvedimento che definisce la controversia ordina all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente (omissis).").

Parimenti accoglibile anche la richiesta di cui al punto 3) di "indennizzo per attivazione di servizio accessorio e/o profilo tariffario non richiesto, per avere introdotto il gettone di anticipo del traffico, per il quale si rendeva necessario un consenso univoco ed espresso dell'istante, calcolato a partire dal 26/08/23 e ancora ad oggi non disattivato".

La richiesta è, in particolare, accolta a partire dal giorno 26/08/2023 (data di inoltro del reclamo volto a contestare il primo dei due addebiti ricevuti) fino al giorno 25/07/2024 (data di svolgimento dell'udienza di discussione, ultima occasione di interlocuzione tra le parti).

Pertanto, in considerazione dell'arco di tempo indennizzabile (gg. 335), l'utente ha diritto ad un indennizzo pari alla somma di euro 837,50 (ottocentotrentasette/50), a norma dell'art. 9, comma 2, dell'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS.

Infine, anche la richiesta di cui al punto 4) può essere accolta.

Risulta agli atti reclamo dell'istante inoltrato a Wind (che ne conferma in memoria l'effettiva ricezione) a mezzo PEC in data 26/08/2023, in merito ad illegittima attivazione e addebito del servizio gettone anticipo del traffico pari ad euro 2,98 (euro 0,99 + euro 1,99), avvenuti in data 26/05/2023, e conseguente richiesta di rimborso su credito residuo della suddetta somma illegittimamente addebitata il 26/05/2023 e di immediata disattivazione del servizio non richiesto di gettone anticipo del traffico sulla sim in oggetto, cui Wind risulta avere fornito riscontro in data 02/09/2023, limitandosi, peraltro, a confermare la regolarità dell'addebito e, dunque, a rigettare le richieste avanzate.

Ebbene, deve a tal riguardo precisarsi che, come da orientamento consolidato, per valutare il diritto ad ottenere un indennizzo per mancata risposta, non può ritenersi sufficiente, al fine di un esonero da responsabilità, la semplice circostanza che l'operatore abbia provveduto a rispondere per iscritto alle doglianze dell'utente.

L'operatore deve infatti informare l'utente anche circa gli accertamenti compiuti e i motivi ostativi alla risoluzione della problematica lamentata.

Non è conforme a ciò 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.

Nel caso di specie, la condotta dell'operatore, limitandosi a ribadire la correttezza del proprio operato, non risulta essere stata conforme agli obblighi sopra esplicitati, il che fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo.

La richiesta è, in particolare, accolta a partire dal giorno 11/10/2023 (data di inoltro del reclamo, aggiunti i 45 giorni entro i quali il gestore deve fornire riscontro ai sensi dell'art. 2, comma 3, dell'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS) fino al giorno 15/02/2024 (data di svolgimento dell'udienza di conciliazione, prima occasione di interlocuzione tra le parti).

Pertanto, in considerazione dell'arco di tempo indennizzabile (gg. 128), l'utente ha diritto ad un indennizzo pari alla somma di euro 300,00 (trecento/00), a norma dell'art. 12 dell'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS.

Per questi motivi il Corecom all'unanimità

## **DELIBERA**

1. Accoglie l'istanza di XXX nei confronti di Wind XXX per le motivazioni di cui in premessa.

2. Wind XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante i seguenti importi, maggiorandoli degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

I. euro 5,96 (cinque/96), addebitati il 26/05/2023 e il 13/05/2024 e riconducibili al servizio non richiesto e contestato;

II. euro 837,50 (ottocentotrentasette/50), a norma dell'art. 9, comma 2, dell'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS;

III. euro 300,00 (trecento/00), a norma dell'art. 12 dell'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS.

3. Wind XXX è tenuta, inoltre, ove fattibile, a disattivare il contestato servizio di anticipo del traffico.

4. Wind XXX è tenuta, infine, ad ottemperare alla presente delibera, dandone, contestualmente, comunicazione a questo Ufficio, entro il termine di 30 giorni stabilito dall'art. 20, comma 4, dell'allegato B alla delibera n. 194/23/CONS.

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.

Bologna, 12/09/2024

Firmato digitalmente

IL PRESIDENTE

Giancarlo Mazzuca