

DELIBERA N. 236/20/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
GRUPPO FONTANA IVO DI F. & C. / WIND TRE S.P.A./TIM S.P.A.
(GU14/179191/2019)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le Infrastrutture e le Reti del 12 giugno 2020;

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 “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 95/19/CONS;

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

VISTO l’articolo 7 del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, recante “*Misure urgenti per assicurare la continuità delle funzioni dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*” (convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 132), come modificato, da ultimo, dall’articolo 117 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), ai sensi del quale “*Il Presidente e i componenti del Consiglio dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui all’articolo 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249, in carica alla data del 19 settembre 2019, continuano a esercitare le proprie funzioni fino a non oltre i sessanta giorni*

successivi alla data di cessazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, dichiarato con la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 26 del 1° febbraio 2020”;

VISTO il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, recante “*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*” e, in particolare, l'articolo 103, comma 1;

VISTO il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante “*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*” e, in particolare, l'art. 37;

CONSIDERATO che nel procedimento sono stati acquisiti tutti gli elementi istruttori nella piena garanzia del contraddittorio;

RITENUTO, alla luce di quanto stabilito dall'articolo 103, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, che impone alle pubbliche amministrazioni di adottare “*ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti*”, opportuno procedere all'adozione del provvedimento finale;

VISTA l'istanza dell'utente Gruppo Fontana Ivo di F. & C. del 25/09/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante, titolare di numerose utenze telefoniche mobili, nel corso della procedura ha rappresentato quanto segue:

a. cliente WIND Tre per linee mobili e dispositivi con acquisto rateizzato, non più soddisfatti del servizio a causa di frequentissimi e diffusi problemi di copertura, in data 31/07/2018, ha sottoscritto un contratto per il passaggio a Telecom di tutte le utenze;

b. la portabilità di n. 17 numerazioni di rete mobile (3486727xxx, 3207233xxx, 3281142xxx, 3405523xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3351745xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3486727xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3284027xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3487314xxx) è avvenuta in data 19/10/2018, con un ritardo di 78 giorni rispetto alle tempistiche previste per tale procedura;

c. per le SIM nn. 3271466xxx, 3298548xxx, 3277955xxx, 3271461xxx, la procedura è stata completata il 24/10/2018, con ritardo di 83 giorni;

d. con la chiusura del contratto WIND Tre ha emesso la fattura n. 2018T001087163, all'interno della quale vengono addebitate penali per le n. 21 SIM per euro 80,00 + IVA cadauna, per un totale di euro 2.049,60;

e. nella stessa fattura, peraltro, oltre alle rate residue correttamente fatturate, vengono addebitati euro 1.433,72 relativi a costi per recesso per i dispositivi oggetto del contratto ed euro 175,68 relativi a rate residue *modem* di cui non si è potuto in alcun modo fruire;

f. la fattura, contendendo anche importi non oggetto di contestazione, è stata saldata integralmente e automaticamente mediante addebito diretto su conto ed è stato inviato, in data 6 febbraio 2019 reclamo via PEC a WIND Tre richiedendo il ricalcolo della stessa e il rimborso degli importi illegittimamente addebitati. Il gestore non ha fornito alcun riscontro di accoglimento.

In base a tali premesse, parte istante ha avanzato le seguenti richieste:

- i. la liquidazione dell'indennizzo per mancato riscontro al reclamo;
- ii. la liquidazione dell'indennizzo per la ritardata portabilità per n. 17 SIM;
- iii. la liquidazione dell'indennizzo per la ritardata portabilità per n. 4 SIM;
- iv. il rimborso delle penali per recesso per le n. 21 utenze mobili;
- v. il rimborso delle penali per recesso per i dispositivi mobili;
- vi. il rimborso delle rate residue del *modem* non richiesto e non fruito;
- vii. la chiusura integrale contratto e del ciclo di fatturazione;
- viii. il rimborso spese di istruttoria pratica.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore TIM, nel corso della procedura, ha raggiunto un accordo transattivo con la parte istante volto al ristoro del disagio relativo alla ritardata portabilità delle utenze mobili.

L'operatore WIND Tre, nell'ambito del contraddittorio, ha rappresentato quanto segue.

In primis, WIND Tre ha richiesto l'inammissibilità dell'istanza stante la completa genericità della stessa, laddove l'istante in merito ai fatti oggetto di contestazione non ha indicato un arco temporale di riferimento. Inoltre, l'istante non ha fornito alcuna prova circa la sussistenza di un malfunzionamento delle utenze mobili

Nel merito, WIND Tre ha rappresentato che in data 4 aprile 2017 il cliente aveva richiesto l'attivazione delle seguenti SIM ricaricabili: nn. 3487314xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3207233xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3486727xxx, 3351745xxx, 3487314xxx, 3486727xxx, 3405523xxx, 3284027xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3281142xxx, 3487314xxx, 3487314xxx in portabilità e alcune nuove linee mobili nn. 3271461xxx, 3271466xxx, 3277955xxx, 3298548xxx, oltre n. 2 "Apple Iphone 7", n. 2 "Samsung Galaxy S7", n. 4 "Wi-Fi Mobile Huawei E5330".

L'attivazione delle SIM avveniva il 12 aprile 2017 (la portabilità si realizzava il 19 aprile 2017 per la SIM n. 3487314xxx e il 14 aprile 2017 per tutte le altre SIM).

In data 19 ottobre 2018 cessavano le SIM nn. 3207233xxx, 3281142xxx, 3284027xxx, 3351745xxx, 3405523xxx, 3486727xxx, 3486727xxx, 3487314xxx,

3487314xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3487314xxx, 3487314xxx per MNP verso altro gestore.

In data 20 ottobre 2018, conseguentemente alla migrazione delle SIM del 19 ottobre 2018, venivano cessati n. 2 “Apple Iphone 7”, n. 2 “Samsung Galaxy S7”, n. 2 “Wi-Fi Mobile Huawei E5330”.

In data 24 ottobre 2018 venivano cessate le SIM nn. 3271461xxx, 3271466xxx, 3277955xxx, 3298548xxx per MNP verso altro gestore.

In data 25 ottobre 2018, conseguentemente alla cessazione delle SIM del giorno precedente, venivano cessati n. 2 “Wi-Fi Mobile Huawei E5330”.

In data 7 febbraio 2019, è pervenuto un reclamo tramite PEC con il quale il cliente ha contestato gli importi addebitati sul conto telefonico n. 2018T001087163 in qualità di “costi di chiusura, costi di attivazione per disdetta anticipata e rate dei terminali” sostenendo di aver inviato PEC in agosto 2018 per segnalare disservizi tecnici.

In seguito alle opportune verifiche, il gruppo competente non solo ha constatato la correttezza degli importi fatturati, ma, in aggiunta, non ha riscontrato alcuna segnalazione di presunto disservizio effettuata dal cliente, né telefonica né tramite PEC, pertanto, in data 15 febbraio 2019, WIND Tre ha contattato il cliente telefonicamente per informarlo circa il mancato accoglimento della richiesta.

Relativamente ai costi di cessazione/migrazione, WIND Tre ha rappresentato che i costi di disattivazione/migrazione fatturati all’istante sono dovuti conformemente all’articolo 1 della legge 40/2007 (c.d. decreto “Bersani”). Anche le “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”, prevedono che gli unici importi ammessi in caso di recesso sono quelli “giustificati” da “costi” degli operatori.

Inoltre, WIND Tre ha rappresentato che tutti i contratti attivati da controparte sono stati disattivati su richiesta dell’utente prima della scadenza contrattuale, pertanto, i costi di recesso contestati, o meglio le rate a scadere degli apparati associati, con la presente procedura sono stati addebitati in virtù delle condizioni contrattuali sottoscritte dall’istante.

In merito alla ritardata portabilità nello scenario WIND Tre *donating*/TIM *recipient*, WIND Tre ha dichiarato di aver adempiuto a tutti gli obblighi posti a carico dell’OLO *donating* in caso di portabilità delle utenze mobili.

Nello specifico, la normativa regolamentare di riferimento per il caso di specie è l’Accordo Quadro attuativo della delibera n. 147/11/CIR che definisce gli obblighi, le procedure tecnico amministrative, le modalità e i tempi per la realizzazione della prestazione di MNP reciprocamente fornita dagli operatori.

In base alla predetta regolamentazione, WIND Tre, in qualità di OLO *donating*, ha ricevuto la richiesta di portabilità e ha provveduto all’espletamento di tutte le attività interne per la fornitura della portabilità del numero, ovvero a tutti gli obblighi di cui all’articoli 9 e 10 dell’accordo citato.

In merito alla richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo, WIND Tre ha precisato di aver inviato regolare riscontro mediante mail oltre ad aver provveduto a contattare il cliente telefonicamente.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste di parte istante possono trovare parziale accoglimento per i motivi che seguono.

In via preliminare, occorre precisare che l'istante ha raggiunto un accordo transattivo con la società TIM S.p.A. pertanto, il presente provvedimento avrà a oggetto esclusivamente le richieste rivolte a WIND Tre S.p.A.

La richiesta dell'istante di cui al punto i. deve trovare accoglimento, tenuto conto che il reclamo del 6 febbraio 2019, inviato tramite PEC, non risulta riscontrato formalmente dall'operatore, diversamente da quanto previsto dall'articolo 8, comma 4 della delibera n. 179/03/CSP. Si ritiene, quindi, che WIND Tre sia tenuta alla liquidazione dell'indennizzo di cui all'articolo 12 del *Regolamento sugli indennizzi* secondo il parametro massimo pari a euro 300,00, tenuto conto che del lungo lasso di tempo intercorso tra il reclamo del 6 febbraio 2019 e l'udienza di conciliazione del 24 settembre 2019, primo momento utile di incontro tra le parti.

Le richieste dell'istante di cui ai punti ii. e iii. relative al ritardo nella procedura di portabilità sono rivolte a TIM, in qualità di operatore *recipient*, e come già precisato, la parte istante ha raggiunto un accordo transattivo con il gestore, pertanto, non saranno oggetto di trattazione nel presente provvedimento.

All'esito dell'istruttoria, infatti, è stato possibile rilevare che la società istante ha sottoscritto nel mese di aprile del 2017 un contratto volto ad attivare diverse utenze mobili cui erano abbinati dei terminali in acquisto a rate. Nel corso del mese di ottobre 2018, l'istante ha richiesto la portabilità delle utenze verso altro gestore, determinando in tal modo la chiusura anticipata del contratto. L'istante ha dichiarato di aver cessato il rapporto anticipatamente a causa di disservizi contestati tramite reclamo del mese di agosto 2018 che non risulta agli atti.

La richiesta di cui al punto iv. può trovare parziale accoglimento per le motivazioni che seguono. Nel caso di specie, sebbene si tratti di un recesso esercitato prima dell'entrata in vigore della delibera n. 487/18/CONS, trovano applicazione, comunque, le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 3-ter della legge n. 40/2007, così introdotto dalla legge n. 124/2017, a mente del quale “[i]l contratto stipulato con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, ove comprenda offerte promozionali aventi ad oggetto la fornitura sia di servizi che di beni, non può avere durata superiore a ventiquattro mesi. Nel caso di risoluzione anticipata si applicano i medesimi obblighi informativi e i medesimi limiti agli oneri per il consumatore di cui al comma 3, terzo periodo, e comunque gli eventuali relativi costi devono essere equi e proporzionati al valore del contratto e alla durata residua della promozione offerta”.

Con riferimento alle somme addebitate relative ai contributi di attivazione per ciascuna SIM, occorre effettuare una breve precisazione. 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 sia il “prezzo” che, di fatto, l'utente paga al fine di godere del vantaggio rappresentato dallo sconto sui servizi acquistati. Allo stesso tempo, però, in linea con quanto previsto dall'articolo 1, comma 3-ter, del c.d. decreto Bersani, occorre valutare il momento in cui l'utente abbia esercitato il diritto di

recesso, al fine di non porsi in contrasto con le previsioni della legge n. 40/2007, non tenendo conto – in maniera ingiustificata e illegittima – del tempo decorso tra la sottoscrizione del contratto e il momento in cui il recesso anticipato è stato operato, così prescindendo dal numero di mesi per i quali l'istante è rimasto cliente.

Ove si consideri, infatti, 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.

Deve ritenersi incongruo l'addebito integrale del contributo di attivazione, poiché nessun rilievo viene di fatto attribuita alla durata del contratto, e, inoltre tale importo risulta ingiustificato non costituendo voce di costo motivata da parte dell'operatore quale spesa connessa al recesso, in contrasto con quanto previsto dalla legge n. 40/2007. Tanto premesso, si ritiene che in applicazione di quanto previsto dall'articolo 1, comma 3-ter del decreto Bersani, il contributo di attivazione pari a euro 80,00 debba essere stornato parzialmente in considerazione della durata effettiva del contratto. Tenuto conto che il contratto è stato sottoscritto nel mese di aprile 2017 e le utenze sono state disattivate nel mese di ottobre 2018, il contributo di attivazione dovrà essere calcolato tenuto conto dei mesi che residuavano alla scadenza del vincolo contrattuale (prevista nel mese di aprile 2019), pertanto, appare congruo riconoscere un costo effettivamente rimasto a carico dell'operatore in ragione dell'anticipato recesso dell'istante, quale prezzo residuo che sarebbe stato, invece, ammortizzato da WIND Tre nel caso di prosieguo del rapporto contrattuale sino al ventiquattresimo mese. Si ritiene, quindi, che con riferimento alla fattura contenente l'addebito del contributo di attivazione per le utenze mobili debba essere rimborsato l'importo relativo all'effettiva durata del contratto (80,00 euro oltre IVA /24 mesi x i mesi di effettiva durata in relazione alle singole utenze), rimanendo a carico della parte istante gli importi relativi ai mesi che residuavano alla naturale scadenza del contratto, quale prezzo residuo che sarebbe stato, invece, ammortizzato da WIND Tre nel caso di prosieguo del rapporto contrattuale sino al ventiquattresimo mese. Nel caso di specie, il calcolo sarà il seguente: euro 96,00/24 mesi per 6 mesi di durata residua del contratto; in pratica l'istante sarà tenuto al pagamento a titolo di contributo di attivazione dell'importo pari a euro 24,00 per ciascuna SIM, e dunque all'importo già corrisposto (96,00 euro) dovrà essere sottratto l'importo residuo dovuto (euro 24,00) e la differenza pari a euro 72,00 per ciascuna SIM dovrà essere rimborsata da WIND Tre.

La richiesta dell'istante di cui al punto v. non può trovare accoglimento per i seguenti motivi. La società istante ha attivato numerose utenze telefoniche alle quali risultavano abbinati dei terminali in acquisto a rate per mezzo di un collegamento negoziale tra le offerte in abbonamento in relazione ai piani tariffari, attivati sulle utenze mobili intestate all'istante, e le offerte relative all'acquisto a rate dei terminali da parte dell'utente. In caso di recesso anticipato da parte dell'utente, se, da un lato, il vantaggio economico per quest'ultimo è perduto al verificarsi dell'evento, rimesso alla sua volontà, di non mantenere in vita il rapporto negoziale per la durata minima convenuta (così dovendo corrispondere l'intero prezzo per l'acquisto del terminale), dall'altro, non può ritenersi che l'operatore possa esigere un importo superiore al valore commerciale del terminale riferito al momento della sottoscrizione del contratto, avendone, comunque, nei mesi intercorsi tra la sottoscrizione del contratto ed il momento del recesso parzialmente ammortizzato il costo. Nel caso in cui, per volontà dell'utente, la durata del contratto sia inferiore a quella prevista contrattualmente, si ritiene che l'utente dovrà corrispondere le

rate residue del terminale, comprensive anche della rata finale sempre che la stessa non ecceda il valore commerciale del terminale riferito al momento della sottoscrizione del contratto, come appunto nel caso di specie.

Dalla lettura della fattura oggetto di contestazione è possibile rilevare che la stessa preveda l'addebito delle ultime tre rate residue dei terminali variabili in base ai diversi terminali (rata mensile di euro 12,20 per ciascun terminale "Samsung Galaxy S7" con una rata finale di euro 439,20; una rata mensile di 29,28 euro per il terminale "Apple Iphone 7 Rose Gold" con una rata finale di euro 292,80; una rata mensile di euro 39,04 per il terminale "Apple Iphone 7 Silver" con una rata finale di euro 263,52 e infine una rata finale per i n. 4 "Wi-Fi Mobile Huawei E5330" di euro 43,92 per ciascun *modem*). Si ritiene che le n. 12 rate complessive unitamente alla rata finale non superino il valore di mercato dei terminali al momento della sottoscrizione del contratto, pertanto, le rate finali non possono essere considerate alla stregua di penali, come tali ingiustificate.

La *ratio* del ragionamento risiede nel presupposto che l'operatore non possa applicare dei costi particolarmente onerosi per il cliente tali da costituire un deterrente nella libertà di scelta di cambiare operatore. Allo stesso tempo, deve tenersi conto di quanto previsto nelle condizioni generali di contratto debitamente sottoscritte dalla parte istante ove è previsto espressamente che in caso di chiusura anticipata del contratto, il cliente è tenuto al pagamento delle restanti rate.

La richiesta dell'istante di cui al punto v. non può trovare accoglimento considerato che agli atti non risultano acquisiti elementi tali da poter ritenere che il *modem* non sia stato utilizzato dalla cliente; non vi sono reclami né segnalazioni relative a problematiche inerenti a un cattivo funzionamento degli stessi, motivo per cui le rate corrisposte non possono essere oggetto di rimborso.

La richiesta dell'istante di cui al punto vi. deve ritenersi già accolta dall'operatore, che ha emesso la fattura contenente i costi di chiusura del contratto.

Infine, 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.

UDITA la relazione del Commissario Mario Morcellini, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo 1

1. L'Autorità accoglie parzialmente l'istanza del Gruppo Fontana Ivo di F. & C. nei confronti di WIND Tre S.p.A. per le motivazioni di cui in premessa.

2. La società WIND Tre S.p.A. è tenuta a corrispondere in favore dell'istante, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento e secondo le modalità in istanza, i seguenti importi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- a. euro 300,00 (trecento/00) a titolo di indennizzo per mancata risposta ai reclami;

ii. euro 1.512,00 (millecinquecentododici/00) a titolo di rimborso del contributo di attivazione pari a euro 72,00 per ognuna delle n. 21 SIM per il periodo di effettiva durata del contratto addebitato nella fattura n. 2018T001087163.

3. La società WIND Tre è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

4. 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.

5. 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.

Roma, 12 giugno 2020

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Mario Morcellini

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE f.f.
Nicola Sansalone