



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA N. 38/19/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
IDROMACCHINE/WIND TRE S.P.A.
(GU14/426/2018)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 22 febbraio 2019;

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. 405/17/CONS;

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*” (di seguito “*Regolamento*”) come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 597/11/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 “*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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 296/18/CONS;

VISTA la delibera n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “*Modifica del Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all’Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS*”, e in particolare l’articolo 2, comma 2;



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

VISTA l'istanza della società Idromacchine del 14 marzo 2018;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, trova applicazione *ratione temporis* il *Regolamento sugli indennizzi* vigente al momento della presentazione dell'istanza, e dunque nella versione precedente alle modifiche introdotte con la delibera n. 347/18/CONS;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

La società istante, intestataria di numerose utenze telefoniche mobili *business* associate al codice cliente n. 000243329 abbinate all'acquisto a rate di n. 4 terminali, ha contestato nei confronti di WIND Tre S.p.A., (di seguito anche solo "WIND Tre" o "Società") l'addebito dei costi per recesso anticipato in seguito alla migrazione verso altro gestore nonché delle rate finali dei terminali. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, negli scritti difensivi e nel corso dell'audizione, l'istante ha dichiarato quanto segue:

a. la società istante, in data 16 gennaio 2015, ha sottoscritto un contratto con la società WIND Tre per la portabilità di n. 23 SIM di telefonia mobile dal precedente gestore TIM, con contestuale fornitura da parte del gestore di n. 4 terminali, modello "Samsung Galaxy Core Plus", come da allegato contratto e allegata conferma di attivazione;

b. successivamente, ha provveduto ad attivare nuove SIM per un totale pari a 45 abbinate ad altri terminali e, nel mese di maggio 2017, aveva richiesto la portabilità delle suddette utenze verso la società Vodafone, portabilità che si completava il 5 giugno 2017;

c. la società WIND Tre, incurante delle date di attivazione delle SIM, ha addebitato alla società istante per tutte le 45 SIM, oneri di attivazione, pari a euro 80,00 per ciascuna SIM, per effetto di una presunta cessazione anticipata rispetto alla scadenza del vincolo contrattuale di 24 mesi;

d. la società istante ha precisato che l'applicazione del contributo di attivazione è illegittima perché viola le disposizioni contenute nell'articolo 1, commi 1 e 3, della Legge n. 40/2007 e nelle linee guida dettate dalla stessa AGCOM;

e. in via subordinata, volendo ritenere legittima l'applicazione del contributo di euro 80,00 per il presunto recesso anticipato dal contratto, la società istante chiede di tener conto del vincolo temporale massimo di 24 mesi dalla data di attivazione, termine che certamente è decorso per tutte quelle SIM attivate entro il 5 giugno 2015 (considerando che il 5 giugno 2017 è avvenuto il passaggio ad altro operatore);



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

f. inoltre, la società WIND Tre ha addebitato anche le rate finali relative a n. 13 terminali, di cui alle fatture n. 2017T000377154 del 20 maggio 2017 per un importo di euro 21,12, n. 2017T000634123 del 19 agosto 2017 per un importo euro 907,68 e n. 2018T000041783 del 20 gennaio 2018 per un importo di euro 146,40; i terminali sono stati consegnati in date diverse e il costo della *maxi* rata finale è nettamente inferiore a quanto addebitato nelle varie fatture da WIND Tre.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto il rimborso della somma complessiva di euro 4.371,20 o di altra somma conforme alle norme da accreditare in favore della società istante mediante emissione di corrispondente nota di accredito.

2. La posizione dell'operatore

La società WIND Tre S.p.A., nella propria memoria, ha dichiarato che in data 16 gennaio 2015, la società istante ha sottoscritto una proposta di contratto per l'attivazione di n. 18 SIM con piano tariffario "All Inclusive Aziende Ricaricabile Big", n. 2 SIM con piano tariffario "All Inclusive Aziende Ricaricabile Unlimited", n. 2 SIM con piano tariffario "All Inclusive Business Unlimited Premium New", n. 4 terminali: "Samsung Galaxy Core Plus".

In data 18 giugno 2015 è pervenuta un'ulteriore proposta di contratto per l'attivazione di n. 2 SIM con nuova numerazione e n. 2 terminali "Microsoft Lumia 435". Le SIM venivano attivate in data 29 giugno 2015 mentre i terminali venivano consegnati e attivati in data 1° luglio 2015.

In data 16 ottobre 2015, la società istante ha sottoscritto una nuova proposta di contratto per l'attivazione di n. 6 SIM in portabilità da altro operatore, n. 2 "Samsung Galaxy Core Prime VE blk".

In data 5 novembre 2015, la società istante ha sottoscritto un'altra proposta di contratto per l'attivazione di una SIM con nuova numerazione e un terminale "Samsung Galaxy Core Prime VE blk".

In data 11 novembre 2015 ha sottoscritto ancora un'altra proposta di contratto per l'attivazione di una SIM in portabilità da altro operatore e un terminale "Samsung Galaxy Core Prime VE blk".

In data 5 aprile 2017 il numero 3482545xxx, attivato con contratto sottoscritto in data 16 ottobre 2015, migrava verso altro operatore.

Tra il 5 e il 21 giugno 2017 tutte le SIM legate al contratto n. 1132358253497 migravano verso altro operatore.

Per quanto riguarda i cellulari, due contratti aventi a oggetto i terminali risultavano attivati in data 4 novembre 2015 e cessati il 6 giugno 2017, altri due risultavano attivati il 19 novembre 2015 e cessati il 20 giugno 2017, un altro risultava attivato il 26 novembre 2015 e cessato il 6 giugno 2017 e, infine, altri due risultavano attivati il 26 settembre 2016 e cessati il 20 giugno 2017.

Con riferimento all'addebito del contributo di attivazione di euro 80,00 delle SIM e all'addebito delle rate finali dei telefoni, le condizioni di contratto prevedono che i piani



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

tariffari mobili “*All Inclusive Business Abbonamento*” un contributo di attivazione pari a 80,00 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.

Delle 44 SIM cessate per MNP nel mese di giugno 2017, WIND Tre rileva che n. 33 presentavano una scadenza naturale contrattuale fissata alla data del successivo 17 luglio 2018 poiché nel luglio 2016 erano state oggetto di cambio offerta.

Con riferimento all’addebito della rata finale dei telefoni inclusi, l’allegato “Condizioni Generali di Contratto per l’Acquisto di Prodotti/Apparati”, all’articolo 7 “Durata del Contratto di Abbonamento e Recesso del Cliente” prevede che in caso di recesso dall’abbonamento per i servizi di fonia mobile prima della scadenza del termine di pagamento del corrispettivo del prodotto acquistato sarà comunque tenuto al pagamento, in un’unica soluzione, di tutte le restanti rate dovute per ciascun prodotto acquistato.

I terminali “Microsoft Lumia 435” erano stati attivati in data 1° luglio 2015 e disattivati il 6 giugno 2017. Nella fattura n. 2017T000377154, contestata dal cliente, viene indicata la rata finale comprensiva di iva scontata del 100% per la parte imponibile. I due terminali “Huawei Y5” erano stati attivati in data 26 settembre 2016 e disattivati in data 20 giugno 2017 in seguito a disattivazione delle SIM a essi associate. I “Samsung Galaxy Core Prime VE blk” erano stati disattivati tra il 6 giugno 2017 e 20 giugno 2017, in seguito alla disattivazione delle SIM a essi associate prima della scadenza contrattuale. Per tali terminali venivano addebitati nella fattura n. 2017T000634123 le maxi rate finali che sarebbero state scontate del 100% se il contratto fosse rimasto attivo per i 24 mesi previsti.

Nel caso in esame, quindi, all’istante era stata applicata una promozione particolarmente vantaggiosa grazie alla quale alcuna rata dei terminali veniva addebitata per tutta la durata del contratto purché quest’ultimo rimanesse valido almeno 24 mesi.

I piani tariffari delle SIM post pagate prevedono scontistiche particolari, strutturate per agevolare i clienti, per la cui fruizione le parti accettano un periodo minimo di vigenza del contratto (nel caso di specie 24). In questi casi, fermo restando il diritto dell’utente di recedere in qualsiasi momento dal contratto, deve considerarsi legittimo l’eventuale vincolo economico posto dall’operatore e, quindi, l’addebito di cui sopra qualora il cliente receda prima che sia decorso il periodo minimo.

La sinallagmaticità dell’operazione negoziale è, dunque, da rinvenirsi, per il cliente, nel vantaggio economico del piano tariffario sottoscritto, per l’operatore telefonico, nel garantirsi una durata del rapporto contrattuale pari ad almeno 24 mesi. L’operatore, dal canto suo, deve indicare nelle condizioni contrattuali, in modo chiaro e trasparente, tutti i costi che gli utenti devono sostenere in caso di recesso anticipato da un’offerta promozionale con vincolo di durata.

Risulta evidente che l’istante ha sottoscritto un contratto che, a fronte di un vincolo di durata di 24 mesi, prevedeva condizioni di particolare favore sia con riferimento al costo dell’abbonamento che con riferimento al costo dell’acquisto a rate dei terminali. Il



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

contratto peraltro, prevedeva chiaramente quali sarebbero stati gli addebiti fatturati in caso di recesso anticipato rispetto ai 24 mesi contrattualmente previsti.

WIND Tre, in linea con l'attuale orientamento dell'Autorità, ribadisce che il cliente, che non abbia mai corrisposto le rate mensili dei terminali, in caso di recesso anticipato deve, sicuramente "le rate a scadere" da scorporare dalle rate finali.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, la richiesta formulata dalla parte istante può essere parzialmente accolta, come di seguito precisato.

L'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.

L'operatore ha predisposto un'offerta commerciale secondo cui si è impegnato a supportare l'onere economico costituito dal prezzo di mercato del terminale alla condizione che la durata del rapporto contrattuale sia pari ad almeno ventiquattro mesi. Nel caso in cui la durata sia inferiore per volontà dell'utente, quest'ultimo dovrà corrispondere le rate residue del terminale, ma non potrà supportare l'onere di corrispondere un importo superiore al valore commerciale del terminale riferito al momento della sottoscrizione del contratto. Occorre considerare, infatti, che l'operazione economica prospettata dall'operatore è sostanzialmente costituita dall'ammortamento mensile del costo del terminale trasferito in proprietà all'utente e che tale ammortamento viene ritenuto operabile dalla compagnia telefonica in ventiquattro mesi, tale ultimo periodo costituisce parametro anche per valutare il corrispettivo che l'utente è tenuto a pagare all'operatore per il terminale per il caso in cui decida di operare anticipatamente il recesso dal contratto.

Tanto premesso, 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 oltre al pagamento delle rate residue dei terminali il pagamento delle rate finali.

Con riferimento alle somme addebitate relative ai contributi di attivazione pari a euro 80,00 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 è il "prezzo" che, di fatto, l'utente paga al fine di godere del vantaggio rappresentato dallo sconto sui servizi acquistati. Tale interpretazione giurisprudenziale deve tenere conto di



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

quanto previsto dall'articolo 1, comma 3-ter del “decreto Bersani”, secondo cui occorre tenere in considerazione la durata effettiva 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, deve ritenersi incongruo l'addebito integrale del contributo di attivazione, poiché nessun rilievo viene di fatto attribuito al comportamento dell'utente che nel corso del rapporto contrattuale aveva rimodulato le offerte sottoscritte nel 2015 rinnovando in tal modo il vincolo contrattuale. Inoltre, tale voce di costo risulta ingiustificata non essendo stata motivata da parte dell'operatore quale spesa connessa al recesso, in contrasto con quanto previsto dalla legge n. 40/2007.

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.

Sulla scorta delle predette considerazioni, si ritiene di operare una quantificazione dell'importo da restituire in favore della società istante, considerando il tempo che residuava alla scadenza del contratto. Tanto premesso, la società WIND Tre sarà tenuta a restituire gli importi addebitati illegittimamente sulla fattura oggetto di contestazione in relazione alla durata effettiva di ciascuna SIM. Tenuto conto che alcune SIM nel corso del 2016 sono state oggetto di rimodulazione e che, pertanto, la scadenza delle stesse sarebbe dovuta avvenire nel corso del 2018, la società WIND Tre sarà tenuta a restituire gli importi già corrisposti dalla società istante in ragione della effettiva durata del contratto, secondo le seguenti modalità. Il contributo di attivazione pari a euro 80,00 per ciascuna SIM dovrà essere ridotto tenuto conto dei mesi che residuavano alla scadenza del vincolo contrattuale (prevista per il 17 luglio 2018, 31 dicembre 2018 oppure settembre 2018). In ragione dell'anticipato recesso esercitato dalla società istante, il costo effettivamente a carico dell'operatore è rappresentato per ognuna delle SIM dal seguente calcolo (80,00 euro /24 mesi moltiplicato per i mesi residui), quale prezzo 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 addebitato nelle fatture oggetto di contestazione, WIND Tre sarà tenuta alla restituzione/storno degli importi calcolati in ragione dei mesi di effettiva durata delle SIM mentre i costi risultanti dai mesi residui rappresentano i costi dovuti da parte dell'istante.

Con riferimento agli importi addebitati sotto la voce “rate finali”, il rilievo sollevato dall'istante in ordine alla iniquità di un addebito delle rate finali dei terminali deve trovare parziale accoglimento. Il contratto sottoscritto dalla società istante non prevedeva l'addebito di rate mensili bensì unicamente l'addebito in unica soluzione delle restanti rate relative al costo dei terminali nel caso di mancato rispetto del vincolo contrattuale di



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

24 mesi. Ne consegue, quindi, che dovranno essere addebitate, soltanto, le rate mensili residue in ragione della chiusura anticipata del contratto, pertanto, la società WIND Tre sarà tenuta al ricalcolo degli importi da addebitare sotto la voce “rata finale” tenendo conto dei mesi che residuavano alla scadenza del vincolo di 24 mesi.

UDITA la relazione del Commissario Antonio Nicita, relatore ai sensi dell’articolo 31 del *Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*;

DELIBERA

Articolo 1

1. L’Autorità accoglie parzialmente l’istanza della società Idromacchine nei confronti della società WIND Tre S.p.A. per le motivazioni di cui in premessa.

2. La società WIND Tre S.p.A., con riferimento alle fatture contestate dalla società istante, è tenuta alla restituzione/storno del contributo di attivazione relativo alle SIM oggetto di recesso anticipato al netto degli importi calcolati in ragione dei mesi residui di durata di ciascuna SIM nonché al ricalcolo delle rate residue dovute in relazione alla chiusura anticipata del contratto.

3. La società WIND Tre S.p.A. 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, 22 febbraio 2019

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Nicita

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE
Riccardo Capecchi