

DELIBERA N. 315/2022/CRL/UD del 08/09/2022

**Sxxx Gxxx / WINDTRE S.P.A.
(ISTANZA LAZIO/D/226/2017)**

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella riunione del 08/09/2022;

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”;

VISTO l’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 28 novembre 2017, approvato con Deliberazione n. 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018;

VISTA la Legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Corecom);

VISTA la Deliberazione 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”;

VISTA la Deliberazione n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza del Sig. Sxxx Gxxx di cui al prot. D1595 del 27/02/2017;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

L’istante ha lamentato nei confronti di Wind modifiche contrattuali per utenza privata relative a servizi di telefonia mobile e personale.

Nell'istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell'audizione l'istante ha dedotto quanto segue:

- a) In data 14.09.2016 l'istante riceve un SMS "MODIFICA CONTRATTUALE" in cui gli si comunicava il cambio delle condizioni economiche del suo profilo base e che dal 17.10.2016 il suo profilo tariffario sarebbe mutato in "Wind 2 senza scatto", le chiamate nazionali costeranno 16 centesimi/min (tariffazione scatti anticipati 30 secondi), gli sms costeranno 12 centesimi. È previsto un costo di € 2 ogni 30 gg. Può recedere o passare ad altro operatore senza penali entro il 16.10.2016. infowind.it".
- b) In data 17.10.2016 l'istante riceveva un altro SMS che comunica il piano tariffario da SUPER SENZA SCATTO 2011 a WIND 2 SENZA SCATTO.
- c) L'istante contestava, inoltre, che la variazione sarebbe avvenuta UNILATERALMENTE, SENZA GIUSTIFICATO MOTIVO E IN TOTALE ASSENZA DI ESPLICITO CONSENSO DA PARTE DELLA CLIENTELA.
- d) L'istante inviava in data 14.09.2016 diffida alla wind dal procedere a qualsivoglia addebito non avendo intenzione "di recedere da qualcosa mai richiesto, né tantomeno di cambiare operatore".

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto, da formulario GU, all'operatore WIND TRE SPA quanto segue:

- 1) Indennizzo per comportamento dell'operatore in violazione dell'art.33 c.2 lett. M del codice del consumo per vessatorietà della modifica unilaterale in assenza di "giustificato motivo";
- 2) Mancato rispetto dell'art.65 del cod. consumatore per pretesa di pagamenti supplementari con la tecnica dell'opt-out;
- 3) Indennizzo per mancato riscontro scritto alla diffida del 14.09.2016;
- 4) Ripristino immediato del precedente piano tariffario SUPER SENZA SCATTO 2011.
- 5) Monetizzazione del credito e del BONUS per Pieno Wind che ammonta al 25.05.2017 ad € 8.903,55 a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso in conseguenza di tale illegittima modifica contrattuale con la tecnica dell'opt-out.

In data 21.02.17 veniva esperito tra le parti il tentativo di conciliazione con esito Negativo.

In data 27.02.17 il Sig. Giordano faceva istanza n. 226/2017 al Corecom, il quale procedeva all'avvio del procedimento in data 02.05.19, con termine di trenta giorni più dieci per il deposito di memorie difensive e di repliche.

In data 03.04.2019 le parti ricevevano la convocazione per l'udienza di definizione del 10.05.2019, differita poi al 24.05.2019 con esito negativo.

2. La posizione dell'operatore WIND TRE SPA

Con memoria difensiva depositata in data 31.05.2017, la Wind Tre SpA riportava quanto segue.

In data 31.03.1999 veniva attivato contratto n. 98334 relativamente alla sim prepagata 3282156980.

In data 24.12.2010, su richiesta del cliente, viene attivato il listino SUPER SENZA SCATTO modificato in data 27.10.2016 in WIND 2 SENZA SCATTO dopo opportuna comunicazione al cliente, sulla sim in oggetto risultava attiva anche l'opzione Pieno Wind che ha consentito al cliente di cumulare un bonus non monetizzabile ma spendibile in traffico come da normativa vigente.

In data 14.09.2016 l'operatore inviava un SMS informativo sulla sim 3282156980 per comunicare tempestivamente al sig. Giordano una modifica delle condizioni del contratto WIND Infostrada *"A causa delle mutate condizioni di mercato.....Può recedere o passare ad altro operatore senza penali entro il 16.10.2016"*.

Ai sensi dell'art.70 c. 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, il gestore telefonico ha la facoltà di modificare le condizioni contrattuali dando agli abbonati adeguato preavviso che non deve essere inferiore ad un mese e dando la possibilità di accettare le nuove condizioni o cambiare gestore: nel caso specifico la comunicazione è stata inviata il 14.09.2016 con termine di decisione entro il 16.10.2016. Quindi nulla può essere imputato alla WIND TRE SPA avendo dato il giusto preavviso e la possibilità di recesso.

Sulla sim oggetto del contendere è anche attiva l'opzione PIENO WIND che ha consentito al cliente di cumulare un bonus non monetizzabile ma spendibile in traffico, come da normativa vigente. Tale bonus non può essere monetizzato né trasferito tra operatori poiché non ha natura monetaria ma bensì promozionale o di bonus e pertanto non può essere considerato "acquistato" dall'utente nel senso di legge.

Rispetto alla mancata risposta al reclamo del 14.09.2016, l'operatore rappresentava che nessun reclamo risultava pervenuto non potendo definire reclamo la dissertazione relativa alla fusione wind-H3G effettuata dall'istante nella documentazione del 14.09.2016.

Relativamente agli ulteriori reclami cui il sig. Giordano fa riferimento, per gli stessi non risulta esperito alcun tentativo di conciliazione obbligatorio per legge, pertanto nessuna contestazione risulta opportuna.

In conclusione, per la Società convenuta, le istanze formulate dalla Sig. Giordano nei confronti di WIND TRE SPA risultano infondate in fatto e in diritto.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile, ad eccezione delle domande poste sub 4) Ripristino immediato del precedente piano tariffario SUPER SENZA SCATTO 2011 poiché la stessa, infatti, non rientra nell'ambito delle competenze decisorie del Corecom adito, come definite dall'art. 19 della Delibera Agcom n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (ai sensi del quale: *"L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può 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”; tale disposizione, unitamente alle indicazioni fornite dalla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, delimita e circoscrive, infatti, il contenuto della pronuncia di definizione, da intendere come vincolato alla esclusiva possibilità per il Corecom di condannare l’operatore al rimborso e/o storno di somme non dovute ed alla liquidazione di indennizzi.

Non risulta, altresì, ammissibile la domanda avanzata solo nella memoria ex art. 16, c. 2 Del. 173/07/CONS del 26.05.2017 per la “restituzione di tutti i costi aggiuntivi sostenuti in conseguenza del cambio del piano tariffario, non quantificabile per omesso rilascio di documentazione da parte dell’operatore, in quanto tale richiesta risulta nuova e ulteriore rispetto a quanto dedotto nella istanza introduttiva UG e GU14. Il principio espresso nelle Linee Guida di cui alla delibera n. 276/13/CONS, il quale dispone che l’oggetto della richiesta di definizione debba corrispondere a quello già sottoposto al tentativo di conciliazione, non va inteso nel senso che le istanze presentate in sede conciliativa e in sede di definizione debbano essere identiche, ma che la questione in discussione sia la medesima, poiché altrimenti, se si ammettesse l’ampliamento dell’esame a questioni ulteriori, si consentirebbe, in pratica, di aggirare il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per le nuove questioni.

In ordine alle ulteriori richieste si deve osservare quanto segue.

L’art. 70, comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche prevede che il gestore possa modificare le condizioni contrattuali nel rispetto di determinate condizioni, sancite dalla norma stessa; gli abbonati devono infatti essere informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati, nel contempo, del loro diritto di recedere dal contratto senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni. Pertanto, una volta che l’operatore abbia adempiuto al disposto sopraccitato, la rimodulazione è da ritenersi legittima (nonché espressione di uno *ius variandi* attribuito per legge) e lo strumento di tutela a disposizione dell’utente è quello del recesso, garantito senza l’applicazione di alcun costo aggiuntivo, per permettergli un’agevole migrazione verso offerte di altri operatori ormai ritenute più convenienti.

Nel caso di specie, l’informativa raggiungeva l’istante, come dallo stesso pacificamente ammesso, in data 14.09.2016, tanto che lo stesso con reclamo avanzato in pari data provvedeva a diffidare l’operatore dal proseguire la sua azione.

L’utente veniva inoltre informato di avere diritto di recedere dal contratto senza penali o passare ad altro operatore entro il 16.10.2016, per maggiori informazioni si invitava a visitare il sito wind.it, (Schermata depositata dal gestore agli atti, che ha permesso di verificare che nello stesso sms venivano ribaditi i medesimi contenuti di cui sopra).

La presenza dei suddetti contenuti induce, pertanto, a ritenere che non possa trovare accoglimento la domanda posta dall’istante sub 1) Indennizzo per comportamento dell’operatore in violazione dell’art.33 c.2 lett. M del codice del consumo per vessatorietà della modifica unilaterale in assenza di “giustificato motivo” e sub 2) Mancato rispetto dell’art.65 del cod. consumatore per pretesa di pagamenti

supplementari con la tecnica dell'opt-out; e in quanto, in ordine alle modifiche delle condizioni economiche, l'operatore ha provveduto agli adempimenti informativi spettantigli in forza dell'art. 70, comma 4, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche. Il Sig. Giordano ben avrebbe potuto, infatti, esercitare entro il 16.10.2016 il diritto a recedere dal contratto modificato in esenzione spese.

Nel caso in esame si può affermare che l'operatore abbia adeguatamente informato l'utente in ordine alla rimodulazione economica ed alla conseguente possibilità di recedere.

3.b Sulla monetizzazione del credito

In linea generale, come disposto dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/2007 si prevede che: "I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difformi sono nulle, fatta salva la facoltà degli operatori di adeguare alle disposizioni del presente comma i rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del presente decreto entro i successivi sessanta giorni". Questa disposizione è stata interpretata dalla Delibera n. 416/07/CONS, dell'Autorità Garante per le Comunicazioni nel senso di riconoscere implicitamente in capo all'utente che recede *"il diritto alla restituzione del credito residuo o alla sua trasferibilità in caso di portabilità, escludendo pertanto che contro la sua volontà l'operatore possa ulteriormente trattenere le relative somme"*- La stessa Delibera, infatti, diffida gli operatori di telefonia mobile presenti all'epoca sul mercato ad *"ottemperare, entro il termine massimo di 45 giorni dalla notifica della presente, all'obbligo di restituzione del credito residuo in caso di recesso ed a quello di portabilità dello stesso credito in caso di trasferimento dell'utenza presso un altro operatore, ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, predisponendo tutte le attività tecniche e gestionali necessarie all'adempimento dell'obbligo di legge. e, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 40 del 2007"*. Ciò significa che l'istante ha, in linea generale, diritto alla restituzione del proprio credito ove (per qualunque motivo) cessi il rapporto con il proprio operatore mobile. Tuttavia, ciò non vale per il credito derivante da promozioni/bonus/autoricarica. Il credito di tale natura, infatti, deve essere conservato e, qualora venga azzerato, restituito tramite la messa a disposizione sui sistemi del gestore (dunque, generalmente, tramite accredito sull'utenza interessata o su una diversa utenza della stessa rete), ma non può essere né monetizzato né trasferito tra diversi operatori poiché non ha natura monetaria, bensì promozionale o di bonus, e pertanto non può essere considerato "acquistato" dall'utente nel senso previsto dalla Legge. Ne consegue che la domanda relativa alla possibilità di monetizzare o trasferire tra operatori tale credito deve essere rigettata: ove il credito vantato presenti una componente maturata grazie a promozioni/bonus/autoricarica, così come ammesso

dall'istante, questo non può rivendicarne la monetizzazione o l'accredito sull'utenza appartenente ad altro operatore. Al contrario è del tutto legittima la richiesta di monetizzazione o riaccredito ove esso sia stato legittimamente acquistato.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

Articolo 1

- Il rigetto dell'istanza dell'utente Sxxx Gxxx nei confronti di Windtre spa.

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 Deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it), raggiungibile anche da link del sito di questo Corecom.

Roma, 08/09/2022

Il Dirigente

Dott. Roberto Rizzi

Il Presidente

Avv. Maria Cristina Cafini
Maria Cristina Cafini

f.to