

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: GU14 n. 43/18 xxx /Wind Tre S.p.A.**

Presenti:

ENZO BROGI	<i>Presidente</i>
CHETI CAFISSI	<i>Vicepresidente</i>
ALBERTO LAPENNA	<i>Componente</i>
ELETTRA PINZANI	<i>Componente</i>
MASSIMO SANDRELLI	<i>Componente</i>

Assenti:

Presiede: **Enzo Brogi**

Segretario: **Cinzia Guerrini** *Dirigente della struttura di assistenza al Comitato incaricata della redazione del presente atto*

IL COMITATO REGIONALE per le COMUNICAZIONI

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "*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 "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14 e comma 13;

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

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante il "Codice del consumo" e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 "Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni", in particolare l'art. 30, e il "Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni" (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO l' "Accordo quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai comitati regionali per le comunicazioni e 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;

VISTA la "Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 gennaio 2018", e in particolare l'art. 5, comma 1, lett. e);

VISTA la Delibera Agcom n. 179/03/CSP "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249" e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 73/11/CONS All. A "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori";

VISTA la Delibera Agcom n. 276/13/CONS "Approvazione delle Linee Guida relative all'attribuzione delle deleghe ai CoReCom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";

VISTA la Delibera Agcom n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante "Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettroniche" e successive modifiche;

VISTA la Delibera Agcom 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",

VISTA l'istanza GU14 n. 43 del giorno 19 gennaio 2018 con cui la Sig.ra xxx chiedeva l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società Wind Tre S.p.A. (di seguito, per brevità, Wind Tre) ai sensi dell'art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A (di seguito il "Regolamento");

RILEVATO 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 Agcom n. 347/18/CONS;

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

Parte istante, titolare di un contratto residenziale con la società Wind Tre n. 320 1681xxx oltre a tutte le utenze associate al codice cliente n. 1.17738xxx, lamenta l'applicazione di costi a titolo di penali di recesso dopo il passaggio ad altro operatore, richiesto a seguito di comunicazione dell'operatore di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- riceveva un SMS dall'operatore *"avente questo oggetto: Sms da wind su variazioni contrattuali Modifica condizioni contrattuali: Gentile Cliente, a partire dal prossimo conto telefonico le verrà addebitato 0,73 euro per i costi di incasso sostenuti da Wind. Sempre dal prossimo conto telefonico se non ha attivo il servizio e-conto by mail le verrà addebitato 1,27 euro quale contributo invio fattura in formato cartaceo, comprensivo delle spese di spedizione. Può recedere dai servizi Wind o passare ad altro operatore senza penali entro il 29/06/2017. Info su 155 o www.wind.it/it/modifiche-contrattuali";*
- *"[c]ome da comunicazione sopra riportata, [provvedeva] a richiedere portabilità ad altro gestore e nonostante la regolare richiesta di passaggio, senza l'addebito di penali, la Wind Spa continua[va] ad emettere fatture addebitando i costi per recesso anticipato, malgrado l'esenzione di tali costi come si evince nella comunicazione inviata da Wind Spa, oltre a quanto disposto "dall'Art. 1, comma 4, della Legge n. 40/2007" il quale ha introdotto specifiche tutele in caso di recesso per coloro che stipulano contratti per adesione con operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni telefoniche: si tratta della facoltà dell'utente di recedere "senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore", nonché senza un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni". Tale articolo è stato integrato al punto 3 capoverso 1-bis in data 17 luglio 2008 dalle linee guida della Direzione Tutela dei Consumatori, pertanto "l'Autorità ha ritenuto che le specifiche tutele previste dall'articolo 1, comma 3, in caso di recesso, si applichino anche agli utenti non residenziali che non godono di un sostanziale potere negoziale e che, quindi, si limitano a sottoscrivere clausole predisposte dal contraente "forte". Anche questi utenti, infatti tra i quali figurano numerose piccole e medie imprese, sono limitati nell'esercizio di qualsiasi rilevante potere di trattativa in quanto, nell'aderire al contratto, possono solo procedere alla mera accettazione di tutte le clausole contrattuali, al pari del singolo consumatore. L'Autorità ha pertanto ritenuto opportuno rendere esplicito che anche per questa fascia di utenza cd. Business*

deve essere garantita la possibilità di un recesso ‘senza vincoli temporali o ritardi non giustificate da costi dell’operatore’ nonchè senza un obbligo di preavviso superiore ai trenta giorni”.

In data 15 dicembre 2017 la parte istante esperiva nei confronti dell’operatore Wind Tre tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

In base a tali premesse l’istante ha chiesto:

- i) *“il rimborso delle fatture W1715079152 - W1715079006 emesse il 13/09/2017 di € 54,01 e di €270,55”;*
- ii) *l’“indennizzo pari ad € 400,00 per tutte le mancate risposte ai reclami effettuati al 155”.*

2. La posizione dell’operatore.

La società Wind Tre ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all’art. 16, comma 2, del Regolamento, una memoria difensiva del 21 febbraio 2018, con documentazione in allegato, nella quale ha dedotto quanto segue:

- *“[c]on l’avvio della presente procedura l’istante contesta l’addebito dei costi per recesso anticipato. Afferma altresì di aver ricevuto dalla scrivente sms con cui veniva informato dell’imminente variazione delle condizioni generali di contratto e della possibilità di recedere o migrare senza l’addebito dei costi se la cessazione o la migrazione avveniva entro la data del 29/06/2017. (Allegato 1)*
- *“in data 13/05/2017 veniva emessa la fattura W1707529217 in cui venivano riportate le modifiche contrattuali con indicazione che la cliente aveva diritto, di recedere dal contratto o di passare ad altro operatore, senza penali né costi di disattivazione entro il 29 Giugno 2017, dandocene comunicazione con lettera raccomandata A.R. specificando come oggetto: “modifica delle condizioni contrattuali” al seguente indirizzo: Wind Tre SpA - Servizio Disdette - Casella Postale 14155 - Ufficio Postale Milano (Allegato 2). Successivamente in 26/05/2017 la sim 3452988xxx -3334058xxx cessavano per passaggio ad altro gestore (Allegato 2) e conseguenzialmente in data 13/09/2017 veniva emessa la fattura W1715079006 con i contributi di recesso anticipato. (Allegato 3). Non si riscontravano richieste di cessazione”.*

L’operatore ha evidenziato che la “domanda attorea non è fondata in fatto e in diritto in quanto i costi addebitati sono conformi non solo a quanto contrattualizzato ma anche allo stesso sms inviato al cliente e all’art. 1 comma 4 della Legge n. 40/2007. A tal proposito si richiamano le condizioni generali di contratto ma anche quanto specificato proprio dall’AGCOM alla sezione <http://www.agcom.it/pillole-informative> (alla voce > Costi di recesso) dove è riportato: “Gli utenti possono recedere dai contratti per adesione stipulati con operatori di comunicazioni elettroniche o possono trasferire l’utenza presso altro operatore, senza vincoli temporali e senza spese che non siano giustificate da costi sostenuti dell’operatore. I costi richiesti all’utente per la cessazione del rapporto contrattuale devono quindi essere pertinenti al recesso, come espresso anche nelle Linee guida della Direzione tutela dei consumatori dell’Autorità. I costi che gli operatori hanno presentato per la verifica della Direzione tutela dei consumatori dell’Autorità sono pubblicati; ai sensi della delibera n. 96/07/CONS, sui siti web degli operatori di comunicazioni elettroniche e nella pagina del sito web deTh4utorità dedicata a “Tutela dell’utenza e condizioni economiche di offerta” Consultando le pagine web indicate, gli utenti possono quindi individuare, in relazione ai diversi servizi offerti; i costi previsti per la disattivazione del servizio... La disciplina generale sopra descritta non si applica, tuttavia, ai casi in cui il contratto abbia ad oggetto un’offerta promozionale per la cui fruizione le parti accettano un periodo minimo di vigenza

del contratto. In questi casi infatti fermo restando il diritto dell'utente di recedere in qualsiasi momento dal contratto, si ritiene legittimo l'eventuale vincolo economico (ad esempio la restituzione degli sconti promozionali) posto dall'operatore qualora il cliente receda prima che sia decorso il periodo minimo. Sulla questione si è espresso anche il giudice amministrativo [cfr. sentenza n. 01442/2010 del Consiglio di Stato] evidenziando che in tali casi un eventuale recesso anticipato senza costi altererebbe l'equilibrio contrattuale a sfavore dell'operatore il quale fa affidamento proprio sulla durata pattuita del rapporto contrattuale per coprire i costi sostenuti e realizzare il corrispettivo che gli è dovuto in ragione della prestazione offerta. 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. Si consiglia quindi di leggere con attenzione le condizioni contrattuali delle offerte promozionali in quanto il recesso anticipato potrebbe essere particolarmente oneroso." La richiamata sentenza n. 01442/2010 del Consiglio di Stato, difatti stabilisce espressamente che "l'operatore mette a disposizione dell'utente due diverse offerte tra le quali egli è libero di scegliere: una a 'prezzo pieno'; dalla quale può in ogni momento recedere salvo preavviso, senza essere sottoposto a rimborsi per spese diverse da quelle sostenute dall'operatore per la disattivazione dell'impianto, come previsto dall'art. 1, comma 3; un'altra "promozionale" a prezzo ridotto, per la quale le parti accettano una durata minima, che non preclude all'utente il recesso anticipato, ma che consente all'operatore, che ha fatto affidamento su un arco temporale di vigenza del rapporto contrattuale per coprire i costi sostenuti e realizzare il corrispettivo che gli è dovuto in ragione della controprestazione offerta, di recuperare, al momento del recesso anticipato, quanto il ripensamento legittimo dell'utente non gli ha consentito di ottenere... Il contratto, in questione, in altri termini ha una sua intrinseca e sostanziale natura sinallagmatica, nel senso 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. La soluzione prospettata dall'Autorità nel provvedimento impugnato travolge l'equilibrio sinallagmatico su cui si basa l'offerta promozionale, finendo, in definitiva, per mortificare l'autonomia negoziale delle parti in nome di una iper protezione dell'utente - da tutelare sempre e comunque, anche in assenza di profili di possibile abuso - che certamente trascende gli obiettivi perseguiti dal legislatore. Il risultato sarebbe quello di impedire ogni tipo di offerta promozionale subordinata all'accettazione da parte dell'utente di una durata minima (che l'operatore non avrebbe evidentemente alcun interesse a praticare senza avere la certezza di un arco temporale di vigenza)".

L'operatore, con riferimento al caso di specie, ha evidenziato che: "[p]remesso (...) che i costi per recesso anticipato sono legittimi per quanto sopra esposto, nel caso specifico preme evidenziare comunque che il cliente veniva informato tramite SMS che il diritto di recesso o di passare ad altro operatore senza penali né costi doveva essere comunicato mediante con lettera raccomandata A.R. specificando come oggetto: "modifica delle condizioni contrattuali". Il cliente non faceva pervenire alcuna raccomandata come esplicitamente richiesto."

Inoltre l'operatore ha evidenziato che "nell'istanza di conciliazione il cliente chiedeva il riconoscimento dell'indennizzo per mancato riscontro al reclamo ma alcun reclamo risultava pervenuto".

Al riguardo ha richiamato, quindi, "l'art 7 delle condizioni generali di contratto che dispone: "Eventuali reclami dovranno essere presentati dal Cliente per telefono al servizio assistenza WIND, per iscritto con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno o per posta semplice o per via telematica tramite l'area clienti del sito [www. wind.it](http://www.wind.it). entro 45 giorni dal verificarsi dell'evento (...) I termini concessi all'utente per contestare le fatture hanno la loro ragion d'essere nel permettere all'operatore di utilizzare tutti i mezzi a disposizione per effettuare i controlli necessari. Nel caso di specie, la convenuta non è mai stato posto nella condizione di effettuare i controlli entro il termine di scadenza e pertanto la fatturazione si deve considerare corretta e incontestabile".

Sul punto l'operatore ha precisato di avere assolto *“all'onere della prova depositando le fatture al tempo emesse e non contestate, rappresentando le stesse già prova della correttezza della fatturazione, senza che si renda necessaria un'ulteriore prova. In via generale, infatti, l'operatore che abbia emesso una fattura non contestata e non pagata potrebbe direttamente rivolgersi al giudice per ottenere un decreto ingiuntivo senza dover preventivamente effettuare la conciliazione obbligatoria essendo le fatture così emesse, già crediti certi, liquidi ed esigibili. In ogni caso, in riferimento al caso specifico in esame, si consideri che l'utente non ha permesso alla convenuta di predisporre una adeguata difesa, non potendo la stessa, in base ai vincoli in materia di privacy, estrarre il traffico e effettuare i necessari controlli per confermare la correttezza della fatturazione. Tale fatto, costituisce una grave violazione del principio di difesa che non può risolversi in una presunzione di colpevolezza a carico della stessa”*.

Infine, l'operatore ha dedotto che *“[a]llo stato il cliente presenta un insoluto di 114,34 euro come da documenti allegati pertanto, la Scrivente chiede a Codesta Spett.le Autorità di rigettare integralmente le richieste di controparte ed, in subordine, ex art. 1241 cc e ss, operare eventuale compensazione tra le relative poste debito/credito, poiché trattasi, per le somme insolute indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile”*. (Allegato 5 e 6)

3. La replica dell'istante.

In data 5 marzo 2018, nel rispetto dei termini procedurali, l'istante, per il tramite dell'Associazione di riferimento, ha prodotto una propria memoria di replica, con la quale ha respinto quanto dedotto dall'operatore in memoria, ribadendo quanto contestato in istanza in merito all'addebito dei costi di recesso per *“modifiche condizioni contrattuali”*.

A seguito dell'SMS ricevuto dall'operatore, *“il cliente ha provveduto a richiedere la portabilità ad altro gestore e nonostante la regolare richiesta di passaggio, senza l'addebito di penali, Wind (...) [ha continuato] ad emettere fatture addebitando i costi per recesso anticipato, malgrado l'esenzione di costi come si evince dalla comunicazione inviata da Wind”*.

Parte istante ha quindi ribadito le richieste espresse in istanza.

4. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dall'istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

In primis, deve osservarsi come la richiesta *sub i)* con cui l'utente chiede il rimborso della fatturazione (fatture W1715079152 - W1715079006 emesse il 13/09/2017 di € 54,01 e di €270,55”), in un'ottica di *favor utentis*, sarà inquadrata alla luce delle doglianze che emergono dall'istanza. Sul punto trova applicazione il criterio di ragionevolezza ed efficienza dell'azione previsto dalle Linee guida, approvate con la delibera Agcom n. 276/13/CONS, al paragrafo III.1.3., con conseguente erogazione di eventuali indennizzi e rimborsi da disporsi in seguito all'accertamento di uno o più inadempimenti contrattuali da parte del gestore, ove l'analisi delle deduzioni di parte istante, lo consenta.

Pertanto la presente disamina avrà ad oggetto le fatture contestate per gli addebiti in relazione alle utenze collegate al contratto n. 1.17738xxx dopo il passaggio ad altro operatore e sull'addebito delle penali a titolo di recesso anticipato nella fattura n. W1715079006 del 13 settembre 2017.

Nel merito.

Sul prosieguo della fatturazione dopo l'effettuata portabilità delle utenze collegate al contratto n. 1.17738xxx.

Parte istante contesta la fatturazione di importi fatturati in relazione al contratto n. 1.17738xxx dopo il passaggio ad altro operatore delle utenze di cui era titolare. Tuttavia l'utente non specifica le numerazioni oggetto della portabilità ad altro gestore.

La doglianza di parte istante non è fondata e, per la parte in cui è riferita al prosieguo della fatturazione dopo per portabilità delle utenze *de quibus*, non è meritevole di accoglimento la richiesta *sub i)* di “rimborso delle fatture W1715079152- W1715079006 emesse il 13/09/2017 di € 54,01 e di €270,55”.

Difatti, l'istante ha omesso di circostanziare le proprie affermazioni evidenziando quali numerazioni afferenti al codice contratto indicato in controversia fossero effettivamente non più nella gestione di Wind Tre. Inoltre parte istante non ha prodotto, sul punto, la documentazione indispensabile allo svolgimento e alla completezza della fase istruttoria da cui poter evincere che il servizio di telefonia mobile era reso da altro operatore o che avesse chiesto recesso dal contratto con Wind Tre, limitandosi ad osservare, ribadendo con propria nota di replica, di aver “*provveduto a richiedere la portabilità ad altro gestore e nonostante la regolare richiesta di passaggio, senza l'addebito di penali, Wind (...) [ha continuato] ad emettere fatture*”.

Tale insufficienza probatoria impedisce di effettuare l'esatto riscontro fra quanto contestato (l'emissione di fatture in relazione a SIM non più utilizzate perché passate ad altro gestore) e la fatturazione emessa. Né dal corredo istruttorio risulta documentazione ulteriore dalla quale sia possibile riscontrare una difformità fra quanto concordato nel contratto e quanto effettivamente applicato in fase di fatturazione. L'utente non ha allegato reclami in tal senso, né documentazione attestante l'avvenuto passaggio ad altro operatore (a titolo esemplificativo avrebbe potuto depositare copia della fattura con emessa dall'operatore subentrante). L'unica documentazione che viene in soccorso è la fattura di chiusura contrattuale relativa alle utenze n. 345 2988xxx e n. 333 4058xxx.

Al riguardo l'operatore Wind Tre conferma il passaggio a nuovo operatore (in data 26 maggio 2017) delle utenze mobili n. 345 2988xxx e n. 333 4058xxx, per le quali, tuttavia, non si riscontra l'emissione di fatturazione di traffico o di canoni oltre l'espletamento della portabilità. Infatti, la fatturazione dei canoni risulta cessata in data 25 maggio 2017, data antecedente all'espletamento della portabilità dei suddetti numeri.

Pertanto, non può essere accolta la domanda *sub i)*, attesa l'insufficienza probatoria a corredo della richiesta e atteso che, per le uniche due utenze per cui è provato il passaggio ad altro operatore, non risulta documentata l'emissione di fatturazione dopo detto passaggio.

Sull'addebito delle penali di recesso nella fattura n. W1715079006 del 13 settembre 2017

Parte istante lamenta l'addebito di costi fatturati dall'operatore a seguito di passaggio ad altro operatore, ritenendo ingiustificati tali addebiti. Al riguardo, infatti, evidenzia di aver chiesto la portabilità ad altro gestore entro la data del 29 giugno 2017 indicata nell'SMS dall'operatore contenente la comunicazione delle modifiche contrattuali.

L'operatore Wind Tre deduce, di contro, la correttezza dell'addebito, dichiarando di non aver ricevuto alcuna comunicazione di recesso contrattuale da parte istante e precisando che i predetti addebiti erano, comunque, legittimi in quanto dovuti al recesso anticipato dal vincolo contrattuale in essere.

La richiesta dell'utente *sub i)* è meritevole di parziale accoglimento nei termini di seguito esposti.

Nel merito occorre innanzitutto stabilire se la fattispecie in esame debba essere inquadrata come recesso anticipato secondo le previsioni legislative contenute nel c.d. decreto Bersani, convertito con legge n. 40/2007 - che ha introdotto una specifica disciplina dei vincoli temporali al contratto e del recesso nel settore delle comunicazioni elettroniche - o come risoluzione per inadempimento dell'operatore. La società istante, in riferimento alla fattura n. W1715079006 del 13 settembre 2017 ha contestato gli

importi imputati a titolo di recesso anticipato, addebitati a seguito alla chiusura del contratto. Nella istanza di definizione l'utente ha dichiarato di aver esercitato il diritto di recesso in conseguenza della variazione contrattuale.

In particolare la sopracitata fattura n. W1715079006 del 13 settembre 2017 (riferita al periodo 01/05/2017 - 25/06/2017) contiene i seguenti importi fatturati a seguito della cessazione delle utenze n. 3334058xxx e 3452988xxx per passaggio ad altro operatore:

- in relazione al n. 3334058xxx, oltre alla rate finale del telefono pari ad euro 99,90, la somma di euro 50,00 a titolo di "Contributo di attivazione per recesso da offerta in promo";

- in relazione al n. 3452988xxx la somma di euro 45,00 a titolo di "Contributo di attivazione per recesso da offerta in promo"

L'operatore ha evidenziato che *"i costi per recesso anticipato sono legittimi"*. Al riguardo ha specificato *"che il cliente veniva informato tramite SMS che il diritto di recesso o di passare ad altro operatore senza penali né costi doveva essere comunicato mediante con lettera raccomandata A.R. specificando come oggetto: "modifica delle condizioni contrattuali"*. L'operatore ha puntualizzato che il *"cliente non faceva pervenire alcuna raccomandata come [invece era] esplicitamente richiesto."*

L'operatore Wind Tre ha evidenziato che la cessazione delle utenze *de quibus* per portabilità ad altro operatore era avvenuta in maniera anticipata rispetto al vincolo di durata contrattuale. A tal riguardo ha richiamato la giurisprudenza in materia del Consiglio di Stato e ricordato che, nel caso in esame, si tratta di un contratto che ha ad *"oggetto un'offerta promozionale per la cui fruizione le parti accettano un periodo minimo di vigenza del contratto. In questi casi infatti fermo restando il diritto dell'utente di recedere in qualsiasi momento dal contratto, si ritiene legittimo l'eventuale vincolo economico (ad esempio la restituzione degli sconti promozionali) posto dall'operatore qualora il cliente receda prima che sia decorso il periodo minimo. Sulla questione si è espresso anche il giudice amministrativo [cfr. sentenza n. 01442/2010 del Consiglio di Stato] evidenziando che in tali casi un eventuale recesso anticipato senza costi altererebbe l'equilibrio contrattuale a sfavore dell'operatore il quale fa affidamento proprio sulla durata pattuita del rapporto contrattuale per coprire i costi sostenuti e realizzare il corrispettivo che gli è dovuto in ragione della prestazione offerta"*.

Tuttavia deve osservarsi che, nel caso di specie, l'operatore non ha indicato, in modo chiaro e trasparente, né in memoria, né si evince dalla documentazione, quali costi l'utente avrebbe dovuto sostenere in caso di recesso anticipato da un contratto che prevedeva offerte promozionali e vincoli di durata. In particolare, deve evidenziarsi che, sulla base quanto prodotto in atti, non è dato sapere se tali costi siano stati accettati dall'utente al momento dell'adesione contrattuale in relazione alle utenze n. 3334058xxx e 3452988xxx.

Al riguardo deve richiamarsi l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale e dell'Autorità che hanno fatto applicazione dell'art. 1218 c.c., norma secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Secondo l'Agcom *"l'operatore dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati"* (Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, paragrafo III.4.2).

Il gestore Wind Tre avrebbe dovuto pertanto dimostrare quali fossero le condizioni di favore praticate al cliente e quale fosse l'entità dello squilibrio contrattuale che il recesso anticipato dell'utente avrebbe causato alla società, nonché la previsione contrattuale dei costi di recesso o, in alternativa, l'accettazione delle modifiche contrattuali legate alla variazione del profilo tariffario.

Alla luce di quanto sopra esposto, in assenza di prova contraria, risultano ingiustificate le spese addebitate dall'operatore nella fattura n. W1715079006 del 13 settembre 2017 "Contributo di attivazione per recesso da offerta in promo".

Ne consegue che l'istante ha diritto alla regolarizzazione della propria posizione contabile amministrativa mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) nonché il ritiro a propria cura e spese dell'eventuale connessa pratica di recupero del credito dell'importo di euro 50,00 a titolo di "Contributo di attivazione per recesso da offerta in promo" in relazione all'utenza n. 3334058xxx e alla somma euro 45,00 a titolo di "Contributo di attivazione per recesso da offerta in promo" in relazione al n. 3452988xxx.

Sulla mancata risposta ai reclami

Non può essere accolta la domanda *sub ii)* in quanto, dalla documentazione acquisita agli atti, non risulta alcun tracciamento, scritto o verbale, di segnalazione e/o reclamo da parte dell'istante antecedente al deposito dell'istanza di conciliazione.

Infine si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell'istante, ai sensi dell'art.19, comma 6, del Regolamento, la somma forfettaria di euro 50,00 a titolo di spese di procedura.

VISTI la relazione istruttoria redatta dalla Dott.ssa Elisabetta Castelli, responsabile del procedimento e lo schema di decisione predisposto dal Dirigente Dott.ssa Cinzia Guerrini, ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

UDITA l'illustrazione del Dirigente, Dott.ssa Cinzia Guerrini svolta su proposta del Presidente nella seduta del 24 marzo 2021;

D E L I B E R A

in accoglimento parziale dell'istanza, presentata il 19 gennaio 2018 dalla Sig.raxxxx nei confronti dell'operatore Wind Tre S.p.A., che detto operatore provveda:

- 1) al pagamento a mezzo assegno o bonifico bancario di:
 - a) euro 50,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e della Delibera Agcom n. 276/13/CONS;
- 2) alla regolarizzazione della posizione contabile amministrativa mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) nonché il ritiro a propria cura e spese dell'eventuale connessa pratica di recupero del credito dell'importo di euro di euro 50,00 a titolo di "Contributo di attivazione per recesso da offerta in promo" in relazione all'utenza n. 3334058xxx e alla somma euro 45,00 a titolo di "Contributo di attivazione per recesso da offerta in promo" in relazione al n. 3452988xxx.

Le somme così determinate a titolo di rimborso di cui al precedente punto 2 dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A.

DELIBERAZIONE
n. 32 del 24 marzo 2021

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS Allegato A, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11, D.lgs. n. 259/2003.

L'operatore è tenuto, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del CoReCom, nonché trasmessa all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per gli adempimenti conseguenti.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Il Segretario
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)