

## **DETERMINA 18 Fascicolo n. GU14/331357/2020**

### **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - Wind Tre (Very Mobile)**

#### **IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

**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. 696/20/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. 390/21/CONS;

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

**VISTO** l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

**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** il vigente Accordo Quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall’Autorità per le garanzie

nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1 gennaio 2023 e nelle more della sottoscrizione della nuova Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni con effetto dal 1 gennaio 2023;

**VISTO** il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l'incarico di responsabile del Settore "Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione", con decorrenza 1° ottobre 2022;

**VISTA** l'istanza dell'utente XXX, del 25/09/2020 acquisita con protocollo n. 0393456 del 25/09/2020

**VISTI** gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

**CONSIDERATO** che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

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

La parte istante, titolare di un contratto residenziale sull'utenza mobile n. 328 833xxxx con l'operatore Wind Tre (Very Mobile) (di seguito, per brevità, Wind Tre), lamenta la modifica di cadenza della fatturazione da mensile a 28 giorni e la mancata risposta al reclamo.

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

- affermava di essere "*stato titolare di un'utenza [...] con abbonamento mensile poi passato a 28 giorni*";
- in data 12 marzo 2020, "*in seguito alle pronunzie dell'Antritrust e del Consiglio di Stato, [...] richiedeva il rimborso di quanto indebitamente addebitato in seguito alla fatturazione ogni 28 giorni e non mensile. A detta richiesta non seguiva alcuna risposta da parte del gestore*". Allegava copia del reclamo.

In data 25 settembre 2020 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 mancato accordo.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto quanto segue:

- i) "*€ 200 per errata fatturazione (da confermarsi all'esito dell'analisi dei documenti)*";
- ii) "*€ 300 per mancata risposta al reclamo*".

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

L'operatore **Wind Tre**, nell'ambito del contraddittorio, tramite deposito in data 13 novembre 2020 di memoria difensiva con documentazione allegata, ha sostenuto l'inammissibilità dell'istanza e l'infondatezza nel merito di tutte le domande proposte dall'istante per le ragioni di seguito esposte.

In premessa l'operatore ha precisato che le contestazioni hanno ad oggetto la numerazione 328833xxxx "*linea mobile consumer, disattivata in rete Wind Tre per volontaria migrazione verso altro Gestore in data 17/09/2018.*"

In rito

Preliminarmente, l'operatore ha eccepito *“l'improcedibilità o inammissibilità della [...] istanza relativamente alla richiesta di rimborso/indennizzo per gli addebiti contestati, relativi all'utenza mobile oggetto del presente contenzioso, in merito alla fatturazione ogni 28 giorni e non mensile [...] in quanto la Delibera AGCOM n. 121/17/CONS ha sancito per la sola telefonia fissa, la cadenza del rinnovo della fatturazione su base mensile o dei suoi multipli”* e ha sostenuto che *“[l]e istanze di rimborso per la fatturazione eseguita su cicli di ventotto giorni riferibili alle utenze mobili sono, pertanto, prive di fondamento giuridico.”*

#### Nel merito

L'operatore ha in primo luogo ricostruito la vicenda contrattuale come di seguito esposto: *“[i]n data 17/03/2020 perveniva un reclamo da parte del cliente, in cui richiedeva il rimborso del maggior costo sostenuto durante il periodo di esistenza ed assoggettamento al metodo di fatturazione ogni 28 giorni, relativamente alla linea mobile n. 328833xxxx. Il servizio clienti verificava che si trattava di utenza mobile, che risultava emessa con fatturazione ogni 28 giorni, la sola fattura n. 731859xxxx (... Fattura n. 731859xxxx), in data 01/11/2016, e, pertanto, trattandosi di un periodo antecedente all'aprile 2018, tale richiesta risultava priva di fondamento giuridico”*. L'operatore ha aggiunto che *“[l]'istante, inoltre, era stato debitamente avvisato di tale variazione contrattuale nella fattura n. 731168xxxx (e) successivamente a tale comunicazione non risultava pervenuta alcuna richiesta di recesso a seguito della modifica delle condizioni contrattuali, ai sensi dell'art. 70 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche.”* L'operatore ha allegato le due fatture menzionate. Infine, l'operatore ha sostenuto che *“[i]l reclamo, pertanto, non veniva accolto in quanto la fatturazione risultava corretta, e veniva inoltrata una PEC di risposta, debitamente consegnata all'indirizzo di posta elettronica certificata dell'istante”*. L'operatore ha allegato la risposta al reclamo e la ricevuta di avvenuta consegna dell'11 maggio 2020.

L'operatore ha inoltre rappresentato che *“ai sensi dell'art. 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, il gestore telefonico ha senz'altro la facoltà di modificare le condizioni contrattuali. Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni”* e ha aggiunto che *“[i]n base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ed al principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677), il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento”*. L'operatore ha quindi concluso con l'affermazione che *“[n]el caso specifico [...] incombeva all'operatore l'onere di provare di aver adeguatamente preavvisato l'utente della effettuazione della rimodulazione tariffaria, dei suoi reali contenuti e della possibilità di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 70 comma 4 Codice delle Comunicazioni”* e che *“pertanto, sotto questo profilo, [...] la condotta dell'operatore sia stata assolutamente conforme agli obblighi normativi previsti e, a fronte di tale adempimento, nulla può essere imputato alla convenuta che consentiva chiaramente, con la comunicazione inviata, all'utente di recedere dal contratto senza alcun costo non ledendo, di fatto, alcun suo diritto. Il Cliente, dunque, avrebbe potuto esercitare il*

*diritto di recesso non essendo più le nuove condizioni contrattuali rispondenti alle proprie aspettative ed esigenze; l'istante non ha esercitato alcun diritto di recesso". L'operatore ha ricordato che "nella Delibera 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", l'Autorità ha espressamente precisato che, per la liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento, tra le altre cose, al concorso del fatto colposo del creditore: se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto" e ha richiamato la massima elaborata dalla Corte di Cassazione a sezioni unite nella sentenza 21 novembre 2011, n. 24406: "In tema di risarcimento del danno, al fine di integrare la fattispecie di cui all'art. 1227, primo comma, c.c. - applicabile per l'espresso richiamo di cui all'art. 2056 c.c. anche alla responsabilità extracontrattuale - il comportamento omissivo del danneggiato rilevante non è solo quello tenuto in violazione di una norma di legge, ma anche più genericamente in violazione delle regole di diligenza e correttezza. Ciò comporta che, ai fini di un concorso del fatto colposo del danneggiato ex art. 1227, comma, c.c., sussiste il comportamento omissivo colposo del danneggiato ogni qual volta tale inerzia contraria a diligenza, a prescindere dalla violazione di un obbligo giuridico di attivarsi, abbia concorso a produrre l'evento lesivo in suo danno".*

Infine, l'operatore ha concluso con la richiesta di *"in rito dichiarare inammissibile l'istanza per le eccezioni di cui in premessa; nel merito, rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto."*

### **3. 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.

#### Sugli addebiti conseguenti la modifica della cadenza di fatturazione da mensile a 28 giorni

La parte istante ha contestato i maggiori addebiti conseguenti al passaggio della cadenza di fatturazione da mensile a 28 giorni. L'operatore ha sostenuto la correttezza degli importi fatturati a seguito di regolare modifica delle condizioni contrattuali.

La doglianza dell'istante non è meritevole di accoglimento per i motivi di seguito esposti.

Innanzitutto, dal corredo istruttorio emerge che l'unica fattura emessa sulla base dei 28 giorni, la n. 731859xxxx del 1 novembre 2016, è stata preceduta dalla fattura n. 731168xxxx del 10 luglio 2016 nella quale l'operatore effettuava la seguente *"comunicazione importante"* di *"modifica delle condizioni del contratto wind infostrada"*: *"Gentile Cliente, La informiamo che a seguito dell'evoluzione di mercato e per esigenze di armonizzazione con altri servizi Wind, ai sensi e per gli effetti delle Condizioni Generali di Contratto, dal mese di settembre 2016 i canoni e i contenuti delle offerte in abbonamento Wind Infostrada si rinnoveranno ogni 4 settimane invece che mensilmente. Pertanto il conto telefonico sarà emesso ogni 8 settimane invece che bimestralmente. Per esigenze tecniche il primo conto telefonico potrà avere una durata inferiore. Le ricordiamo che, come previsto dall'art. 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, qualora non accetti la variazione sopra indicata, potrà esercitare il diritto di recesso dai servizi WIND Infostrada o passare ad altro operatore senza penali né costi di disattivazione entro il 31 agosto 2016, dandocene comunicazione con lettera raccomandata A.R. al seguente indirizzo: xxx. Qualora decida di recedere e alla linea interessata dalla presente proposta di modifica sia associato un contratto per l'acquisto rateizzato di un prodotto (telefono, Tablet, etc.) in corso di vigenza, le rate*

*residue contrattualmente previste saranno addebitate in un'unica soluzione. Per ulteriori informazioni può contattare il servizio clienti al 155 oppure visitare l'area clienti [www.wind.it](http://www.wind.it)".*

Sul punto, giova richiamare la vigente normativa in materia di contratti di comunicazione elettronica che, nelle ipotesi di variazione unilaterale delle condizioni contrattuali, pone precisi obblighi informativi a carico degli operatori. Tali obblighi, prescritti dall'art. 70, comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (D.lgs. 259/2003), sono richiamati anche dall'art. 5 della Delibera Agcom n. 179/03/CSP, in cui si riconosce agli abbonati il diritto di ricevere, con adeguato preavviso non inferiore a 30 giorni, la notifica delle condizioni contrattuali disposte dall'operatore, unitamente all'informativa circa il diritto degli utenti stessi di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni.

Pertanto, una volta che l'operatore abbia adempiuto al disposto sopracitato, 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 una scelta consapevole.

Inoltre, ai fini di un corretto inquadramento della fattispecie oggetto del procedimento di cui si discute, occorre richiamare l'art. 1 della delibera Agcom n. 121/17/CONS in tema di fatturazione su 28 giorni che ha modificato l'art. 3 della delibera Agcom n. 252/16/CONS recante "*Misure a tutela degli utenti per favorire la trasparenza e la comparazione delle condizioni economiche dell'offerta dei servizi di comunicazione elettronica*" con l'aggiunta del comma 10 in cui è precisato che "*Per la telefonia fissa la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione deve essere su base mensile o suoi multipli. Per la telefonia mobile la cadenza non può essere inferiore a quattro settimane. In caso di offerte convergenti con la telefonia fissa, prevale la cadenza relativa a quest'ultima*". Su quest'ultimo aspetto, si precisa che si intende ed è convergente, un'offerta che unisce all'offerta voce e ADSL anche l'offerta mobile.

Sul punto, per completezza, è opportuno ricordare che il Consiglio di Stato (dispositivo sentenza n. 4913/2019) ha definitivamente confermato quanto già stabilito dalla delibera Agcom n. 115/18/CONS in cui veniva rilevato nei confronti della Società Wind Tre il mancato rispetto delle disposizioni introdotte dalla sopra citata delibera Agcom n. 121/17/CONS in materia di rinnovo delle offerte e cadenza della fatturazione. In particolare, si constatava che le offerte di telefonia fissa, incluse quelle convergenti, presentavano una cadenza di rinnovo e una periodicità della fatturazione diversa dalla base mensile e pertanto si stabiliva la restituzione delle differenze derivanti dalla modifica del ciclo di fatturazione, da calcolarsi secondo il criterio dei cosiddetti "*giorni erosi*".

Pertanto, alla luce di quanto sopra richiamato, la restituzione delle differenze derivanti dalla modifica del ciclo di fatturazione da mensile a 28 giorni, da calcolarsi sulla base dei cosiddetti "*giorni erosi*", è prevista soltanto per la telefonia fissa o per le offerte convergenti fisso-mobile.

Nel caso di specie, dal corredo istruttorio non emerge alcuna documentazione attestante la sussistenza di una offerta unica di tipo convergente, sottoscritta dall'utente, che integri entrambe le tipologie di servizi (fisso e mobile). Infatti, secondo la ricostruzione effettuata dall'operatore, peraltro non contestata dalla parte istante, l'unica fattura emessa sulla base di 28 giorni è la n. 731859xxxx del 1 novembre 2016 nella quale non si rilevano offerte convergenti fisso-mobile.

Giova inoltre precisare che per le utenze mobili l'obbligo di cadenza della fatturazione su base mensile è stato introdotto dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, soltanto a decorrere dal 5 aprile

2018. Di conseguenza, le richieste di rimborso degli addebiti precedenti a tale data non possono essere accolte (cfr. in proposito, delibera Agcom 56/20/CIR).

Ciò premesso, non sono quindi applicabili al caso di specie le disposizioni sopra menzionate che regolano la restituzione delle differenze derivanti dalla modifica del ciclo di fatturazione da mensile a 28 giorni.

Ne consegue, quindi, che non è meritevole di accoglimento la domanda *sub i)* volta ad ottenere “€ 200 per errata fatturazione” in quanto la variazione del rinnovo dei canoni e delle offerte ogni quattro settimane invece che mensilmente non è avvenuta unilateralmente all’insaputa del cliente bensì risulta comunicata all’istante con la fattura n. 731168xxxx, riconoscendo la facoltà di recesso cui all’articolo 70, comma 4, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (cfr., in tal senso, delibera Agcom 191/18/CIR).

#### Sulla mancata risposta al reclamo

La parte istante ha lamentato la mancata risposta al reclamo inviato via pec all’operatore in data 12 marzo 2020, laddove l’operatore ha sostenuto di aver dato riscontro, negativo, con pec consegnata all’istante in data 11 maggio 2020.

La doglianza dell’istante è meritevole di accoglimento per i motivi di seguito esposti.

Nel caso di specie, non risulta agli atti una risposta esauriente dell’operatore in merito al citato reclamo. Infatti, nella pec consegnata all’istante in data 11 maggio 2020 l’operatore si è limitato a comunicare l’impossibilità di accogliere la richiesta dell’istante per assenza di anomalie inerenti al servizio oggetto di contestazione.

Dunque, atteso che il disposto dell’art. 8, comma 4, della Delibera n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), prevede che la risposta al reclamo debba essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto (e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta), in forma scritta nei casi di rigetto, la mancata risposta al reclamo giustifica il riconoscimento all’utente di un indennizzo “*da mancata risposta al reclamo*”.

Pertanto, trova applicazione l’art. 12, comma 1, del Regolamento Indennizzi, secondo il quale, in caso di mancata/ritardata risposta al reclamo “*entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell’Autorità*” è previsto “*un indennizzo pari a euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 300*”.

Ai fini del calcolo dell’indennizzo si determina il *dies a quo* nella data del 26 aprile 2020, detratto il tempo utile di 45 giorni previsto dalla Carta dei Servizi dell’operatore per la risposta al reclamo del 12 marzo 2020 e il *dies ad quem* nella data dell’udienza di conciliazione del 25 settembre 2020.

Quindi, l’istante ha diritto, in accoglimento della domanda *sub ii)* volta ad ottenere “€ 300 per mancata risposta al reclamo”, per i 152 giorni di mancata/ritardata risposta al reclamo, al riconoscimento di un indennizzo computato nella misura massima di euro 300,00 (trecento/00) ai sensi del sopracitato art. 12, comma 1 del Regolamento Indennizzi.

**DETERMINA**

- La società Wind Tre (Very Mobile) è tenuta a corrispondere in favore dell'istante, con le modalità di pagamento indicate in istanza, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, la somma di euro 300,00 (trecento/00) maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il dirigente

Cinzia Guerrini

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