

**DETERMINA Fascicolo n. GU14/567634/2022****DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX 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;

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 l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni, in particolare l’art. 10;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate tra l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Co.Re.Com. Lombardia, sottoscritta in data 20 febbraio 2023;

VISTA la delibera del CORECOM Lombardia 22 luglio 2020, n. 103 (Regolamento interno);

VISTA l’istanza dell’utente XXXXXX XXXXXX, del 24/11/2022 acquisita con protocollo n. 0334062 del 24/11/2022

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell'istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

Nell’istanza presentata in data 24 novembre 2022, il sig. XXXX XXXX esponeva quanto segue: - nell’agosto 2022 subiva una modifica unilaterale delle condizioni del contratto in essere con Wind Tre – stipulato nel novembre 2018, con durata minima obbligatoria di 30 mesi – consistita nell’incremento dei GB disponibili (passati da 60 a 120) e nell’aumento del costo mensile (passato da € 8.99 a € 10.99), con (probabile) permanenza contrattuale obbligatoria di 24 mesi; - si avvedeva di tale modifica solo a seguito del primo addebito di € 10,99, non avendo mai ricevuto alcuna comunicazione chiara in merito, atteso che l’unica informativa da parte di Wind Tre avveniva tramite sms sulla SIM inserita in un router (non in uno smartphone), i cui messaggi “sono consultabili da web o da app, senza alcuna notifica pop-up di ricezione”; - sporgeva reclamo via PEC, al quale Wind Tre rispondeva unicamente con un rigetto non motivato (reclamo “non evadibile”); - la modifica

contrattuale subita è a tutti gli effetti un servizio aggiuntivo di 60 GB al costo di 2€ attivato con una tecnica vietata dall'art. 65 del Codice del consumo. In merito a questa pratica Wind Tre è stata condannata dall'AGCM con Delibera del 2 novembre 2022. Sulla base di quanto lamentato, l'istante formulava le seguenti richieste: a) rimborso di quanto pagato in eccesso rispetto alle condizioni contrattuali originariamente sottoscritte (2 euro per ogni mese di contratto dall'agosto 2022); b) ripristino delle condizioni contrattuali precedenti; 3) cancellazione di qualsiasi nuovo vincolo contrattuale; 4) indennizzo di 2,5 euro al giorno per attivazione profilo tariffario non richiesto come da art. 9 comma 2 allegato A alla delibera n. 347/18/CONS. Con memoria di replica, l'utente precisava ulteriormente le ragioni per cui un sms su SIM contenuta in un router non è un contatto valido per le comunicazioni ai clienti, evidenziando la violazione dell'art. 16 della Carta dei Servizi dell'Operatore, e ribadiva l'illegittimità della modifica contrattuale introdotta dall'Operatore, in quanto lesiva del diritto dell'utente "di disattivare l'utenza o mantenere la precedente offerta nei termini previsti". Aggiornava le proprie richieste economiche inserendo anche il rimborso delle spese di procedura.

Con memoria dell'8 gennaio 2023, l'Operatore rappresentava che: - in data 30 maggio 2022 veniva inviato al cliente un SMS informativo con il seguente testo: "Modifiche contratto: per esigenze di mercato legate al crescente bisogno di traffico dati, la tua Super Internet e le condizioni di contratto variano. Dal 14/6, i tuoi giga raddoppiano e diventano 120 GIGA e dai rinnovi dopo il 31/7 il costo passa a 10.99€/mese. Puoi mantenere l'offerta attuale chiamando il 159 o inviando il testo NVAR con SMS al numero GRATUITO 40400 entro il 2/7. Recesso senza penali né costi entro il 6/8 con racc. A/R, PEC, 159, da Area Clienti e negozi WINDTRE o cambio operatore. Info su windtre.it/plan"; - in data 24/06/2022 veniva inviato al cliente un nuovo SMS con il seguente testo: "Gentile cliente, con riferimento alla variazione contrattuale comunicata con notifica APP e via SMS tra il 30/5 e il 2/6, ti ricordiamo che hai tempo fino al 2 luglio 2022 per esprimere la volontà di restare sulla tua offerta attuale. Qualora sia questa la tua scelta, basterà chiamare il 159 o inviare un SMS GRATUITO con il testo NVAR al numero 40400"; - i predetti SMS risultano ricevuti dal sig. XXXXX; - come previsto dall'art. 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, in considerazione della proposta di modifica delle condizioni contrattuali, l'istante avrebbe potuto esercitare il diritto di recesso, senza penali né costi di disattivazione, comunicando tale volontà con Racc. A/R, PEC, 159, da Area Clienti, negozi Wind Tre, o cambiando operatore; - non avendo il cliente disattivato il contratto per recesso, né, avendo optato per il mantenimento del vecchio piano tariffario, a partire da Luglio 2022, all'utenza intestata al sig. XXXX veniva applicata l'offerta indicata negli SMS; - è pienamente legittimo che gli operatori introducano modifiche unilaterali al contratto, fatto salvo sempre il diritto di recesso del cliente. Sulla base di quanto rappresentato, Wind Tre Spa conferma l'infondatezza dell'istanza e chiede il rigetto delle richieste dallo stesso formulate.

In linea generale l'istanza presenta i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dal Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche o fornitori di servizi di media audiovisivi di cui all'all. A alla Del. 203/18/CONS e ss. mm. e ii. Nel merito, si ritiene che le richieste dell'istante possano essere accolte solo parzialmente per le motivazioni che saranno qui di seguito esposte. Preliminarmente va chiarito che la modifica unilaterale introdotta da Wind Tre nel caso in esame rientra in una delle manovre attuate dall'operatore tra il 2021 e il 2022 nei confronti di quasi 11 milioni di clienti titolari di scheda SIM prepagata con traffico dati, e consistono in un aumento di almeno 2 euro del costo mensile dell'offerta mobile prepagata a fronte dell'aumento del quantitativo di Giga fruibili (in misura variabile a seconda del piano tariffario di partenza). A fronte di tali modifiche, l'utente avrebbe potuto mantenere invariata la sua offerta "inviando il testo NVAR con SMS al numero 40400" o, in alternativa, avrebbe potuto recedere/cambiare operatore senza penali e costi, rispettivamente entro 30 e 60 giorni dalla comunicazione di modifica della propria offerta. Sempre preliminarmente, ai fini della decisione del caso in esame, pare opportuno richiamare quanto rilevato dall'Autorità per la concorrenza e il mercato (Agcm) nella Delibera AGCM 2-11-2022, prodotta dalla parte istante. L'Agcm, dopo avere evidenziato i limiti del c.d. jus variandi (ossia della facoltà di introdurre modifiche unilaterali del contratto), valutando la condotta di Wind Tre alla luce dell'art. 65, comma 1, del Codice del Consumo (a mente del quale: "Prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista chiede il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha dedotto utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento") ha così precisato: "una manovra che, in assenza dell'acquisizione di un previo consenso esplicito, dia la possibilità al consumatore di evitarla unicamente in opt-out (evitando in tal modo il conseguente

pagamento supplementare), rientra chiaramente nel campo d'applicazione dell'articolo 65 Codice del Consumo piuttosto che nel quadro restrittivo dello jus variandi sopra individuato, a prescindere dal rispetto formale delle prescrizioni in materia di preavviso e di recesso previste dalla regolazione di settore. Wind Tre non ha, infatti, attuato una modifica contrattuale unilaterale resasi necessaria per determinate contingenti e cogenti condizioni di esercizio dell'impresa stessa come appunto previsto dalla citata disciplina, ma ha, invece, proposto all'utente una modifica dell'offerta vigente, introducendo una componente supplementare (Giga aggiuntivi rispetto all'offerta precedente che continua ad essere disponibile) con una modalità di acquisizione del consenso (opt-out) non esplicita e non tutelante per il consumatore". Oltre a quanto precisato dall'Agcm, ai fini della presente decisione risulta inoltre utile rilevare quanto emerge dalla stessa Delibera AGCM 2-11-2022 in ordine alle sim interessate dalla manovra: Wind Tre, pur affermando che la modifica contrattuale non ha impattato le sim inserite negli apparati c.d. "non human", ha poi ammesso la possibilità che la modifica abbia riguardato "SIM human inserite in apparati M2M come cancelli o allarmi, per scelta del cliente di cui l'operatore è all'oscuro". Ciò premesso e rilevato, con riguardo alla richiesta di rimborso degli importi pagati in eccesso rispetto al piano tariffario originariamente sottoscritto, si ritiene che la stessa sia meritevole di accoglimento. Dalla disamina della documentazione in atti e da quanto dedotto dalla parte istante, risulta infatti sufficientemente acclarato che la comunicazione via sms della modifica del contratto, consistita non solo nell'aumento del prezzo ma anche in un incremento dei giga disponibili (sulla base di un asserito "crescente bisogno di traffico dati"), non sia stata ricevuta tempestivamente dall'utente per i motivi dallo stesso esplicitati e riconducibili all'inserimento della sim, sulla quale l'sms è stato inviato dall'Operatore, in un router, sempre acquistato da Wind Tre, e non in uno smartphone: dunque in un dispositivo che non consente la tempestiva visualizzazione dei messaggi. Nel caso in esame, dunque, il semplice messaggio sulla SIM si è rivelato un mezzo non idoneo a garantire pienamente all'utente il diritto all'informazione tempestiva, chiara e puntuale richiamato dall'art 16 della Carta Servizi, là dove dispone che "I Clienti sono informati, attraverso una pluralità di mezzi ed in modo chiaro, esaustivo e tempestivo, delle notizie riguardanti: (...) 2. le modifiche delle condizioni economiche e tecniche per l'erogazione dei Servizi con almeno 30 giorni di anticipo rispetto alla data di applicazione in conformità a quanto previsto dall'art.70.4 del D.Lgs.259/03". Proprio a causa della mancata/ritardata lettura del messaggio, l'utente non ha potuto esercitare le facoltà indicate nella comunicazione di Wind Tre, sia in ordine al mantenimento dell'originario profilo tariffario, sia in ordine alla possibilità di recedere senza costi. Ne deriva che, nel caso in esame, le nuove condizioni contrattuali risultano essere state applicate senza che l'utente abbia potuto conoscerle compiutamente e consapevolmente accettarne il contenuto. Pertanto, in base a quanto dispone l'art. 9, comma 1, del c.d. Regolamento indennizzi (all. A alla delibera 73/11/Cons e ss. mm. e ii.), l'utente avrà diritto al rimborso dell'importo corrisposto in eccesso rispetto all'originario piano tariffario e risultante dalla moltiplicazione di € 2,00 (ossia la differenza tra € 8,99/mese e € 10,99/mese) per gli 8 mesi di applicazione della nuova tariffa (considerando il mese di febbraio – in cui si è svolta l'udienza di discussione – come l'ultimo in cui vi è la certezza dell'applicazione della tariffa maggiorata), per complessivi € 16,00. Alla luce di quanto evidenziato al punto precedente, va del pari accolta la richiesta di indennizzo per applicazione di un piano tariffario non richiesto, da determinare sulla base di quanto previsto dagli artt. 9, comma 2, e 13, comma 1, del citato Regolamento Indennizzi. In particolare, l'indennizzo giornaliero di € euro 2,50 andrà moltiplicato per i 170 giorni di attivazione compresi tra il 29 agosto 2022 (data della pec di reclamo con cui l'utente ha segnalato la propria volontà di mantenere le condizioni contrattuali in essere prima della modifica unilaterale) e il 15 febbraio 2023, data dell'udienza di discussione (ossia l'ultima data certa di applicazione del piano tariffario non richiesto), per complessivi € 425,00. Quanto alla richiesta di ripristino delle condizioni contrattuali precedenti alla modifica, la stessa può essere accolta, seppur nei limiti che verranno esplicitati. Invero, sebbene nell'ambito della citata Delibera AGCM 2-11-2022 Wind Tre ha riferito che le offerte interessate dalle due manovre "non sono più vendute nei negozi", ha poi precisato che le stesse "vengono mantenute esclusivamente per i clienti che già ne fruivano prima della rimodulazione"; pertanto si ritiene che l'utente abbia diritto al ripristino del piano tariffario applicato prima della modifica contrattuale ("Super Web New – Offerta ALL-IN Smart VR 30 mesi") al costo di € 8,99 mensili. Qualora tale offerta non dovesse risultare più disponibile, l'utente avrà diritto a vedersi applicata – previo contatto dell'Operatore – un'offerta analoga, facendo sempre salvo il diritto di recedere senza spese e/o costi nel caso in cui l'utente non dovesse ritenere accettabile l'offerta proposta. Considerato l'accoglimento integrale delle richieste dell'istante, si ritiene che lo stesso abbia diritto al rimborso delle spese di procedura nella misura di € 50,00.

DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in accoglimento dell'istanza del 24/11/2022, è tenuta a : a) corrispondere in favore dell'Istante l'importo di € 16,00 (sedici/00), oltre interessi legali maturati dalla data di presentazione dell'istanza sino al saldo effettivo; b) corrispondere in favore dell'Istante l'importo di € 425,00 (quattrocentoventicinque/00), oltre interessi legali maturati dalla data di presentazione dell'istanza sino al saldo effettivo; c) previa verifica dell'attualità dell'interesse dell'Istante, ripristinare sulla sim n. XXXXXX il piano tariffario "Super Web New – Offerta ALL-IN Smart VR 30 mesi") al costo di € 8,99 mensili; qualora tale offerta non dovesse risultare più disponibile, l'utente avrà diritto a vedersi applicata – previo contatto dell'Operatore – un'offerta analoga, facendo sempre salvo il diritto di recedere senza spese e/o costi nel caso in cui l'utente non dovesse ritenere accettabile l'offerta proposta; d) corrispondere in favore dell'Istante l'importo di € 50,00 (cinquanta/00), a titolo di rimborso delle spese di procedura. La società Wind Tre (Very Mobile) è tenuta ad ottemperare al presente provvedimento entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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 Responsabile della Struttura  
Roberto Saini