

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

D. VISCONTI / WIND TRE XXX

(LAZIO/D/920/2016)

Registro Corecom n. 25/2018

IL DIRIGENTE

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 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

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”;

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”;

VISTA l’istanza dell’utente D. Visconti presentata in data 22.11.2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante, in relazione all’utenza mobile XXXXXX7909, ha lamentato - nei confronti dell’allora H3G XXX (ora “Wind Tre XXX” e di seguito per brevità “Tre”) - l’arbitraria disattivazione dell’opzione ALL-IN One.

In particolare, nell’istanza introduttiva e nella memoria difensiva ricevuta il 13.1.2017, ha dichiarato di aver ricevuto in data 6.9.2016 un sms contenente la seguente dicitura: “Modifica delle condizioni contrattuali: dal 14/10 l’opzione ALL-IN verrà disattivata. Per info: <http://sdcf.tre.it/sv/2id-660>”. Al riguardo, precisava che l’sms non conteneva la proposta di un piano tariffario alternativo.

Rilevava inoltre che il piano tariffario oggetto di disattivazione era stato pubblicizzato come “per sempre” e, dunque, vincolava l’operatore a mantenerlo sino ad una manifestazione di una diversa volontà dell’utente. Osservava infine che il gestore aveva posto in essere un comportamento non conforme all’obbligo contenuto nel Codice delle comunicazioni elettroniche

di informare gli utenti della possibilità di recedere dal contratto, senza costi aggiuntivi, qualora non fossero convenienti le nuove condizioni, atteso che il messaggio ricevuto non contemplava né le nuove condizioni, né il diritto di recesso, ma rinviava ad un collegamento ipertestuale, tra l'altro non funzionante, ogni ulteriore informazione.

Per i fatti lamentati, l'istante chiedeva di ripristinare lo status quo con la riattivazione dell'opzione alle medesime condizioni contrattuali o, in subordine, la restituzione della somma pari alla differenza tra il costo della tariffa disdettata e il costo di una tariffa delle medesime condizioni con altro operatore per un triennio.

2. La posizione dell'operatore

Tre, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata nella quale ha richiesto in via preliminare l'inammissibilità/improcedibilità della richiesta formulata con istanza di definizione nella parte in cui chiede la riattivazione di una tariffa con le medesime condizioni contrattuali dell'opzione disattivata, essendo limitata la cognizione del Corecom adito al rimborso/storno di fatture o alla liquidazione di indennizzi.

Nel merito chiedeva altresì il rigetto delle domande, precisando quanto segue.

Sulla numerazione:

- la numerazione XXXXXX7909, associata al profilo tariffario ricaricabile "Power 15" ed associata all'opzione tariffaria denominata "ALL-IN One e "Super internet", era stata attivata il 19.9.2003 e disattivata il 18.10.2016, a seguito di portabilità verso altro operatore;

Sulla correttezza della disattivazione dell'opzione:

- procedeva, per indirizzare i clienti verso le offerte più recenti che prevedevano meccanismi premianti nel tempo, ad effettuare una campagna informativa per preavvisare gli stessi della disattivazione dell'opzione tariffaria in questione nel mese di ottobre 2016 ed, infatti, già in data 9.6.2016 aveva comunicato all'istante la futura variazione, nonché la possibilità di recedere dall'offerta attiva sull'utenza ovvero la sua disattivazione senza alcun costo;
- specificatamente, in tale data inviava all'utente un sms informativo sulla disattivazione dell'opzione ALL-IN in data 14/10, che conteneva altresì un rimando ad una *orphan page* del seguente tenore "*a partire dal 14/10/2016, 3 disattiverà l'opzione ALL-IN attiva sulla tua SIM. Questa modifica è finalizzata ad indirizzare i clienti verso le offerte più recenti che prevedono meccanismi premianti nel tempo e soglie internet più ampie, come richiede lo scenario attuale di mercato. Ti ricordiamo che potrai disattivare l'opzione ALL-IN anche prima della data comunicata da 3: sarà sufficiente disattivare il rinnovo automatico dell'opzione senza l'applicazione di alcun costo*";
- la facoltà di procedere alla rimodulazione dell'offerta è prevista dall'art. 22 delle c.g.c. sottoscritte dal cliente, le cui clausole di modifica unilaterale delle proprie tariffe sono state adottate conformemente all'art. 70, comma 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche, che consente di poter variare le proprie condizioni contrattuali, e quindi i piani tariffari, nel

- rispetto di determinati requisiti, ovvero il preavviso di comunicazione della modifica non inferiore a un mese e il diritto di recedere senza il pagamento di alcuna penale;
- conforme al quadro normativo e contrattuale, procedeva il 9.6.2016 ad inviare all'istante una comunicazione di preavviso di disattivazione dell'opzione, che è stata poi effettuata senza alcun costo il 14.10.2016, ovvero dopo oltre 30 giorni dal preavviso;
 - la variazione non aveva comunque determinato l'attivazione di nuovi servizi non richiesti ed, infatti, la numerazione era rimasta comunque associata al profilo tariffario prescelto dall'utente, il "Power 15", attivo sull'utenza de qua;
 - trattandosi di variazione di un'opzione e non del piano tariffario sottoscritto, il cliente poteva disattivare l'utenza qualora non fosse stato più interessato all'offerta così come modificata, circostanza verificatasi nel caso in esame poiché l'utente provvedeva subito dopo la disattivazione dell'opzione, ovvero il 18.10.2016, a disattivare l'utenza senza alcun costo.

Concludeva infine nel ribadire la legittimità del proprio operato, confermata anche da due recenti pronunce, rispettivamente la Delibera del Corecom Umbria n. 26/2015 e del Corecom Basilicata n. 38/2016, emesse all'esito di un giudizio di definizione analogo alla presente controversia.

3. Memoria di replica dell'utente

L'istante con memoria di replica tempestivamente depositata asseriva la competenza del Corecom adito poiché organo demandato a verificare la conformità dell'operato delle compagnie telefoniche alle disposizioni regolamentari che, nel caso di specie, sono state disattese e per cui va riconosciuto un indennizzo.

Precisava inoltre che la facoltà di poter recedere dall'offerta non è stata indicata in modo trasparente, tanto che il collegamento ipertestuale indicato nel messaggio non era risultato funzionante.

Da ultimo evidenziava che l'operatore, in violazione dell'art. 22 delle c.g.c. e dell'art. 33 del Codice del consumo, non aveva specificato nella comunicazione contenuta nell'sms le motivazioni in merito alla disattivazione dell'offerta.

4. Motivazione della decisione

In via preliminare si accoglie l'eccezione sollevata dal gestore Tre di inammissibilità/improcedibilità dell'istanza per la parte in cui l'istante richiedeva la riattivazione di una tariffa con le medesime condizioni contrattuali dell'opzione disattivata, in quanto connessa ad un obbligo di fare estraneo alla cognizione del Corecom, ai sensi dell'art. 19, comma della Delibera n. 173/07/CONS, poiché l'oggetto della pronuncia è limitato viceversa ad eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Osservato ciò, l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

4.1 Sulla disattivazione dell'opzione ALL-IN ONE

Il gestore per esonerarsi dalla propria responsabilità nell'aver posto in essere un comportamento non conforme alla normativa di settore né alle condizioni contrattuali sottoscritte, come rilevato nel proseguo della presente pronuncia, richiama due decisioni adottate dal Corecom Umbria e dal Corecom Basilicata sopra cit., che tuttavia non tengono conto di quanto statuito dall'AGCOM con una precedente Delibera n. 628/2015 di ingiunzione alla H3G XXX di una sanzione amministrativa pecuniaria per inosservanza degli artt. 70 e 71 del D.Lgs. n. 259/2003, in combinato disposto con gli artt. 4, commi 1 e 2, lett. a) e 5, comma 3, dell'Allegato A alla Delibera n. 179/03/CPS, nonché di diffida ad intraprendere ogni attività e/o comportamento in violazione di tali disposizioni.

Tale decisione è stata adottata a seguito di numerose segnalazioni pervenute all'Autorità in merito alla rimodulazione da parte di H3G XXX, avvenuta nei mesi di aprile e maggio 2015, delle condizioni giuridiche ed economiche dell'offerta denominata "ALL-IN Medium", che comprendeva determinati pacchetti di traffico voce, dati ed sms, garantiti "per sempre" e attivabile esclusivamente su contratto ricaricabile con piano tariffario "Power 10"; quest'ultime condizioni sono dunque analoghe a quelle dell'opzione de quo ALL-IN One (garantita anch'essa "per sempre" e attivabile esclusivamente sui piano tariffario "Power 15").

Ebbene, l'AGCOM ha osservato che il comportamento contestato di variazione unilaterale dell'offerta "ALL-IN Medium", le cui modalità - invio di un sms e rinvio ad un *orphan page* - sono anch'esse analoghe a quelle oggetto della presente controversia, rileva sotto tre profili: i) l'incompletezza e la mancanza di trasparenza delle informazioni legate alla rimodulazione dell'opzione denominata "All-IN Medium" ed alla contestuale revisione dei costi previsti al superamento delle soglie incluse nella predetta opzione (id est revisione delle condizioni del piano di base "Power 10" su cui viene applicata l'opzione); ii) la rimodulazione di condizioni economiche garantite "per sempre"; iii) la mancata indicazione dei termini e delle modalità per esercitare il diritto di recesso.

Quanto al primo profilo sulla mancanza di trasparenza e completezza delle informazioni, l'AGCOM ha osservato che: *"...il testo predisposto nell'SMS inviato ai clienti impattati dalla manovra si presenta incompleto e fuorviante, non solo dal punto di vista della chiarezza e trasparenza delle informazioni fornite, ma anche per quanto risultante dal confronto con il testo contenuto nell'orphan page pubblicata sulla piattaforma specifica del sito aziendale. È agevole rilevare che solo in tale pagina, peraltro non accessibile da terminali diversi da quello mobile e da parte dei clienti che hanno proceduto alla disabilitazione del servizio dati sul proprio terminale, viene precisata l'effettiva portata delle rimodulazioni economiche attuate, ossia del costo mensile dell'opzione e della revisione dei prezzi applicati nel caso di superamento delle soglie incluse nell'opzione medesima. In aggiunta, la precisazione che "in caso di non accettazione delle nuove condizioni, entro il 15 aprile 2015 sarà sufficiente disattivare il rinnovo dell'opzione" si palesa non conforme al dettato di cui all'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in quanto prevede un termine inferiore a 30 giorni per poter disattivare l'opzione rimodulata e, viceversa, non contiene alcuna indicazione utile rispetto al recesso dal contratto principale, anch'esso oggetto di rimodulazione, su cui è appoggiata l'opzione medesima..."*.

In ordine alla rimodulazione delle condizioni garantite "per sempre", l'Autorità ha rilevato che: *"...la Società non ha adempiuto agli obblighi informativi previsti dagli articoli 70 e 71, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in quanto le modalità di presentazione e commercializzazione dell'opzione in questione hanno attratto gli utenti, e fortemente condizionato le modalità di*

esercizio del loro diritto di concludere contratti a determinate condizioni, sul presupposto di assicurare loro una spesa contenuta e bloccata “per sempre”, senza alcuna immaginabile prospettiva di alterazione di quanto promesso in sede pre-contrattuale. A tale proposito, infatti, non possono trovare accoglimento le giustificazioni addotte dalla Società e le considerazioni in base alle quali l’espressione “per sempre” non sia idonea a generare alcuna reale aspettativa, giuridicamente vincolante, da parte dei consumatori. Si reputa, infatti, che l’utente medio, abituato a scegliere tra più proposte commerciali, anche molto articolate e complesse in un mercato fortemente concorrenziale, orienta le proprie preferenze in base alla percezione chiara, esplicita ed immediata delle condizioni tariffarie prospettate dai gestori attraverso i propri canali commerciali. In tale prospettiva, il fine promozionale si realizza esclusivamente attraverso il messaggio, il quale esaurisce la sua specifica funzione nell’indurre il destinatario a rivolgersi ad un determinato operatore nella convinzione della veridicità di quanto annunciato e promesso. Non possono, pertanto, trovare accoglimento le difese svolte dalla Società, in quanto le promozioni sottoscrivibili in un breve intervallo temporale sono notoriamente finalizzate ad acquisire nuovi clienti e ben possono presentare elementi affatto “speciali” e verosimili, quali appunto una tariffa “per sempre”, che potenzialmente attraggono anche utenti già clienti dell’operatore e disposti a corrispondere un costo aggiuntivo, per il cambio del proprio profilo, proprio in ragione della particolare convenienza economica dell’offerta. Nel caso di specie, dunque, la Società ha operato una variazione del contenuto dell’opzione, ed una corrispondente variazione di costo, non giustificabile neanche alla luce dei generali principi di lealtà, correttezza e buona fede nei rapporti commerciali.”.

Quanto infine al terzo profilo sulla mancata indicazione dei termini e delle modalità per esercitare il diritto di recesso, nel provvedimento veniva precisato che: “...*In ordine, infine, all’omissione delle indicazioni necessarie per l’esercizio del diritto di recesso, si ritiene che la Società non abbia comunicato, in maniera chiara, completa e tempestiva, gli esatti termini delle imminenti variazioni contrattuali al fine di consentire una scelta consapevole da parte degli utenti. In altri termini, la Società non ha correttamente informato i clienti, con un preavviso non inferiore a 30 giorni, della loro facoltà di recesso, sia con riferimento alla rimodulazione delle condizioni economiche dell’opzione “All-In Medium” e sia in relazione alla manovra di repricing delle condizioni del contratto principale “Power 10” e dei relativi costi applicati nei casi di sfioramento delle soglie incluse nella predetta opzione.*”

Concludeva pertanto nel ritenere la violazione delle predette norme da parte di H3G di “...*entità consistente, sotto il profilo del danno cagionato agli utenti, e di media durata...*”.

Anche nel caso di specie l’operatore - pur avendo rispettato il termine di 30 giorni di preavviso di cui all’art. 70, comma 4 cit. - ha proceduto a disattivare e, dunque, a modificare le condizioni contrattuali relative all’opzione “ALL-IN One” che ha inizialmente pubblicizzato e garantito per “sempre”, in violazione sia delle clausole contrattuali sottoscritte sia dei fondamentali principi di correttezza, lealtà e buona fede che dovrebbero caratterizzare la gestione dei rapporti contrattuali.

La condotta posta in essere dal gestore viola, altresì, gli obblighi informativi di cui agli artt. 70 e 71 del Codice, nonché degli artt. 4 e 5 dell’Allegato A Delibera n. 179/03/CPS, di fornire agli utenti informazioni chiare, complete e trasparenti al fine di poter orientare i clienti in un mercato fortemente concorrenziale per operare scelte consapevoli. Ed infatti il messaggio ricevuto dall’istante in data 9.6.2016 (cfr. schermata di sistema acquisita in atti) è del tutto laconico ed

opera un rinvio ad un *orphan page* che riporta una generica dicitura indicante la possibilità di attivare nuove offerte più recenti che prevedono “*meccanismi premianti nel tempo e soglie internet più ampie, come richiede lo scenario attuale di mercato*”, senza viceversa indicare i costi e le condizioni contrattuali delle asserite offerte più vantaggiose rispetto all’opzione disattivata, ledendo quindi il diritto di scelta dell’utente e lasciandolo quindi in una situazione di “limbo”, tra l’altro, dopo aver sottoscritto ab origine un’offerta che gli avrebbe dovuto garantire una spesa mensile fissa ed immutabile “per sempre”. Va aggiunto che l’operatore, a fronte della contestazione sul mancato funzionamento del collegamento ipertestuale, non ha neanche raggiunto in questa sede la prova dell’avvenuto accesso alla *orphane page* a cui rinviava l’sms ricevuto dall’utente.

Va infine rilevato che la comunicazione di preavviso se pur conforme, come già detto, all’obbligo temporale di cui all’art. 70, comma 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche e sebbene l’istante procedeva a disattivare l’utenza senza alcun costo in data 18.10.2016, viola la norma sotto il profilo della mancata indicazione del diritto di recesso dal contratto principale, ovvero dal profilo tariffario “Power 15” sottoscritto all’epoca unitamente all’opzione in questione, nonché delle mancate indicazioni per esercitarlo. Al riguardo, l’informativa, tra l’altro contenuta unicamente nell’*orphane page*, fa solo riferimento alle modalità di disattivazione anticipata dell’opzione “ALL-IN” rispetto alla data disposta dall’operatore (14.10.2016) e nulla dice sul predetto profilo “Power 15”.

Tuttavia, pur avendo accertato in questa sede l’inadempimento del gestore per aver posto in essere una condotta in violazione degli artt. 70 e 71 del D.Lgs. n. 259/2003, in combinato disposto con gli artt. 4, commi 1 e 2, lett. a) e 5, comma 3, dell’Allegato A alla Delibera n. 179/03/CPS, la domanda di restituzione della somma pari alla differenza tra il costo della tariffa disdettata e il costo di una tariffa delle medesime condizioni con altro operatore per un triennio non è accoglibile. La domanda infatti si fonda su dei parametri che o restano indimostrati da parte dell’utente, quale il costo e le ulteriori condizioni contrattuali dell’opzione disattivata, non essendo stati tali elementi neanche dedotti negli scritti difensivi, oppure non determinabili, atteso che - come è noto - il mercato di riferimento è del tutto fluido e i profili tariffari offerti dagli operatori sono soggetti a continue rimodulazioni/variazioni nel tempo.

L’istante può essere comunque indennizzato, ai sensi dell’art. 12, comma 3 della Delibera n. 73/11/CONS, atteso che l’inadempimento contestato, se pur non sussumibile in alcuna situazione tipica indennizzabile, è per analogia assimilabile alla fattispecie di cui all’art. 8, comma 2 della medesima Delibera. Ed infatti la fattispecie in esame è da considerarsi equivalente all’attivazione di un profilo tariffario non richiesto, atteso che a seguito della disattivazione dell’opzione ALL-IN One, la numerazione era rimasta associata al profilo tariffario “Power 15” e dunque “aggangiata” a delle condizioni contrattuali comunque diverse da quelle scelte inizialmente (“Power 15” + ALL-IN One).

Quanto al periodo indennizzabile, esso è compreso dal giorno 14.10.2016 (data di disattivazione dell’opzione in questione) al 18.10.2016 (data di avvenuta migrazione dell’utenza verso altro operatore, per cui il gestore ha fornito apposita schermata di sistema), con conseguente diritto dell’utente, alla liquidazione di una somma pari a € 5,00.

La Wind Tre XXX è tenuta altresì al rimborso delle somme corrisposte dall’utente al gestore per il periodo dal 14/10 al 18/10 - 2016.

5. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n.173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di € 100,00 (cento/00) da porsi a carico di Tre, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art. 19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di € 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza proposta dal Sig.r D. Visconti nei confronti della Wind Tre XXX.
2. La Wind Tre XXX è tenuta al rimborso delle somme corrisposte dall'utente al gestore per il periodo dal 14/10 al 18/10 - 2016.
3. La Wind Tre XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, l'importo di Euro 5,00, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
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.
6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 22/10/2018

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto