

Determinazione 8/2014

Definizione della controversia XXX/Wind Telecomunicazioni XXX.

IL DIRIGENTE

VISTA la L. 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;

VISTA la L. 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*;

VISTO il D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, in particolare l'art. 84;

VISTO il D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, *Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 173/07/CONS, *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti (d'ora in avanti Regolamento)*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 179/03/CSP, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 73/11/CONS, *Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481*;



VISTA la circolare A.G.Com. 11 febbraio 2011, n. 0006817 prot.;

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, la Regione Lombardia e il Comitato regionale per le comunicazioni della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione Co.Re.Com. Lombardia 13 gennaio 2011 n. 1, con la quale il Comitato ha confermato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la delega per la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la deliberazione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale 30 luglio 2013 n. 180, di conferimento al dott. Massimiliano Della Torre dell'incarico di dirigente dell'Ufficio per il Corecom;

VISTA la deliberazione Co.Re.Com. Lombardia 12 settembre 2013 n. 49, con la quale, ai sensi dell'art. 19, comma 7, deliberazione A.G.Com. 173/07/CONS, il Comitato ha delegato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA l'istanza presentata in data 15 giugno 2012, con cui la il sig. XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia per la definizione della controversia in essere con la società Wind Telecomunicazioni XXX., ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTE le note del 19 giugno 2012 e del 1° ottobre 2012, con le quali il funzionario delegato dal responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, e ha invitato le parti a presentarsi all'udienza per la discussione della stessa fissata per il 29 ottobre 2012;

VISTO il verbale della suindicata udienza;

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

VISTA la proposta del funzionario incaricato dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con l'istanza presentata in data 15 giugno 2012 il sig. XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. per la definizione della controversia con Wind Telecomunicazioni XXX avente ad oggetto la richiesta di

pagamento, avanzata dall'operatore, a titolo di costo per attività di migrazione del servizio verso altro operatore.

In data 12 giugno 2012, l'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione si concludeva con esito negativo.

In data 12 maggio 2009 il sig. XXX stipulava con Wind un contratto con codice cliente n. 1.16979549 avente ad oggetto l'attivazione, sull'utenza XXX, sia del servizio di telefonia fissa che del servizio internet/adsl con il profilo commerciale "TuttoIncluso", contratto poi cessato in data 10 novembre 2011 in seguito all'avvenuta migrazione della predetta utenza verso altro operatore.

L'utente contesta la richiesta di pagamento inoltrata da Wind per la somma di euro 35,00 a titolo di "costo per attività di migrazione servizio verso altro operatore", riportata dalla fattura n. 8800884491, emessa il 12.1.2012 e di complessivi euro 48,33, di cui l'utente provvedeva a pagare la restante somma pari ad euro 13,33 in data 14.2.2012.

In seguito all'avvio del procedimento, comunicato con nota 19.6.2012 n. 11894 prot., l'operatore provvedeva a depositare, in data 4.7.2012, una memoria difensiva dalla quale risulta: *"In data 10/11/11 è cessato per migrazione il contratto TMPRA0911631152 su cui era attivo il servizio Infostrada TuttoIncluso dal 12/5/2009. Il cliente contesta il contributo di migrazione pari ad €. 35,00 presente nel conto telefonico n. 8800884491 emesso in data 12/1/2012 di €. 48,33 saldato parzialmente...Wind rappresenta che i costi di migrazione fatturati all'istante sono dovuti conformemente all'art. 1 della Legge n. 4072007 (c.d. decreto Bersani) che statuisce quanto segue 'I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni'. Anche le Linee Guida della Direzione Tutela dei Consumatori esplicative per l'attività di vigilanza ai sensi dell'art. 1, comma IV, della Legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, comma I e III, della stessa Legge, prevedono che gli unici importi ammessi in caso di recesso sono quelli giustificati da costi degli operatori. In particolare, come previsto anche "I diritti dei consumatori nel mercato dei servizi di comunicazione elettronica" di AGCOM, i costi che l'operatore può richiedere in sede di recesso anticipato sono soltanto quelli strettamente connessi alle attività necessarie alla lavorazione del recesso'. Dunque, è la stessa fonte legislativa a riconoscere la facoltà degli operatori telefonici di addebitare, in fase di recesso del cliente costi giustificati. La fonte primaria aggiunge che 'l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni vigila sull'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo e stabilisce le modalità attuative delle disposizioni di cui al comma II'. E' in forza di tale previsione che AGCOM ha avviato nel febbraio 2009 un'istruttoria finalizzata ad acquisire il dettaglio dei costi sostenuti dagli operatori nell'effettuazione delle operazioni di migrazione e/o disattivazione. A valle di tale istruttoria, l'AGCOM ha certificato i costi di WIND eliminando alcuni e riconoscendo altri. WIND ha provveduto di conseguenza a rimodulare i costi applicati alla clientela in fase di recesso e a pubblicarli nel sito istituzionale. Ne consegue che i costi di*

migrazione applicati all'istante sono dovuti in base a quanto previsto dall'art. 1 della Legge Bersani oltre che conformi con quanto sancito a livello di norma primaria in quanto sottoposti ad attenta analisi di vigilanza da parte dell'AGCOM chiamata dalla stessa Legge a vigilare ossia l'AGCOM".

In data 29.10.2012, si svolgeva l'udienza di discussione a cui partecipavano entrambe le parti, previamente convocate con nota 1.10.2012 n. 17788 prot., durante la quale la parte istante precisava che la somma di euro 35,00 imputata a titolo di "costo per attività di migrazione servizio verso altro operatore" nella precitata fattura risultava non dovuta anche in relazione a quanto previsto dall'art. 6 Del. 41/09/CIR e a quanto disposto dalla sentenza del T.a.r. Lazio 1.6.2009 n.5360, mentre l'operatore precisava, altresì, che le variazioni contrattuali, in merito alla richiesta di pagamento della somma di euro 35,00 per la predetta causale, erano state comunicate all'utente con la fattura n. 9903981514 di euro 84,74 ed emessa in data 5.3.2011.

Motivi della decisione

Per una corretta valutazione della fattispecie in esame occorre tener presente la lettura congiunta delle diverse norme, di natura legislativa e regolamentare, coinvolte, e, dunque, della volontà del Legislatore, confermata dalla declinazione operata dall'Autorità, di non consentire agli operatori condotte che disincentivino il recesso mediante l'imposizione di costi non contrattualmente previsti, ovvero di costi che, in quanto non giustificati da spese effettivamente sostenute dall'operatore, si tradurrebbero in sostanza in "penali", non ammesse dalla normativa vigente.

Trattandosi di contratti per adesione, sul punto si evidenzia che l'art.1, comma3, L.40/2007 prevede che "i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni".

In relazione alle previsioni di cui all'art.1, commi 1 e 3, L. 40/2007, in ossequio a quanto disposto dall'art.1, comma 4, della stessa Legge, l'A.G.Com. ha emanato delle Linee Guida esplicative dei predetti precetti normativi.

Il punto 6 delle citate Linee Guida, intitolato "Previsione nei contratti della facoltà di recedere o di trasferire le utenze di telecomunicazioni senza spese non giustificate da costi degli operatori" prevede che "Dalla semplice lettura del contratto l'utente deve poter conoscere anche le eventuali spese richieste per l'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento, così da essere agevolato nell'esercizio di tali facoltà, potendone valutare le conseguenze sotto ogni profilo", che "in ogni caso, l'utente non deve versare alcuna penale, comunque denominata, a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento delle utenze, poiché gli unici importi ammessi in caso di recesso sono quelli giustificati da costi degli operatori. Nello svolgimento della propria attività, pertanto, la Direzione verificherà che gli operatori pongano a carico degli utenti (ove necessario) esclusivamente le spese per cui sia dimostrabile un pertinente e correlato costo dai primi sopportato per procedere alla disattivazione o al trasferimento".

Inoltre, "per essere in linea con l'intenzione della Legge n.40/2007, il concetto di pertinenza del costo dovrà essere interpretato in senso oggettivo ed imparziale, valido per tutti gli operatori e secondo criteri di causalità-strumentalità dei costi/ricavi".

Infine, l'A.G.Com. precisa che "nel settore delle telecomunicazioni merita una precisazione a parte il caso del passaggio degli utenti da un operatore ad un altro. In tale casistica di recesso – prevalente sul piano statistico – generalmente le attività di disattivazione della configurazione preesistente coincidono con le attività tecniche da effettuarsi in fase di attivazione dell'operatore che acquisisce il cliente. Esse sono dunque già remunerate da quest'ultimo. In tali casi, pertanto, eventuali costi di disattivazione posti a carico dell'utente non sono in linea di massima giustificati".

Nel merito, la Wind inviava all'utente una sola comunicazione inerente al tema in oggetto, unitamente alla fattura n.9903981514 del 5.3.2011, dalla quale risultava "variazione Condizioni Generali di Contratto Infostrada – con la presente, ai sensi e agli effetti dell'art.14 delle condizioni generali di contratto per i servizi offerti da Infostrada, si comunica la variazione delle seguenti clausole delle predette condizioni generali di contratto... Le ricordiamo che, come previsto dall'art.70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche e a seguito della presente proposta di modifica delle condizioni contrattuali, potrà esercitare, entro 30 giorni dalla data di ricezione della presente comunicazione, il diritto di recesso senza penali, dandocene comunicazione con lettera raccomandata a/r...".

Dall'esame dell'art.14 Condizioni di contratto di Wind, recante 1. Comunicazioni e modifiche in corso di erogazione, risulta che "Infostrada potrà modificare le specifiche tecniche dei servizi, aggiornare i corrispettivi per i servizi nonché variare le presenti condizioni generali, per esigenze tecniche ed economiche, comunicando all'utente secondo quanto previsto dall'art.70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche. 2. Se la modifica comporta un aumento del prezzo dei Servizi o di altri oneri economici a carico del Cliente, o comunque qualora vengano introdotte nel Contratto modifiche peggiorative della sua posizione contrattuale, esse avranno efficacia solo dopo il decorso del termine di 30 giorni dal ricevimento della comunicazione da parte del Cliente. Nello stesso termine il cliente potrà recedere dal contratto con le modalità e nei termini stabiliti al successivo art. 15 senza che venga richiesto alcun costo per il recesso. 3. In mancanza di comunicazione di recesso nei termini e nei modi di cui al precedente comma, le variazioni si intenderanno accettate. 4 le comunicazioni da Infostrada al Cliente saranno effettuate in via preferenziale per iscritto ed inviate unitamente alle fatture. Esse potranno essere effettuate mediante l'invio di un documento scritto separato, ovvero via telefax o mediante posta elettronica e si intenderanno conosciute se inviate all'ultimo indirizzo o numero di telefax reso noto dal Cliente..".

La Del. A.G.Com. 646/13/CONS, in merito alla controversia Zepperoni/Wind Telecomunicazioni XXX., ha evidenziato che "per quanto concerne la richiesta inerente al rimborso del contributo di disattivazione (per portabilità del numero), pagato dall'istante nel maggio 2012, si deve evidenziare che nella tabella riepilogativa pubblicata nel sito di Wind, peraltro consultabile mediante il sito www.agcom.it nella sezione 'tutela dell'utenza e condizioni economiche dell'offerta', la società Wind Telecomunicazioni XXX ha riportato i costi di disattivazione, che sono stati preventivamente sottoposti alla verifica di questa Autorità

nel corso dell'istruttoria finalizzata all'accertamento in ordine all'equivalenza degli importi fatturati a titolo di recesso ai costi effettivamente sostenuti per la gestione della procedura di disattivazione, in conformità a quanto previsto dall'art. 1, comma III, della Legge n. 40/2007".

Nel caso in esame, l'importo di €. 35,00, oggetto di contestazione, corrisponde effettivamente al costo di gestione previsto e riportato nella predetta tabella riepilogativa di Wind, applicato in caso di disattivazione del servizio per migrazione dell'utenza in oggetto.

Nel caso specifico, tuttavia, non essendo stato previsto tale costo in sede di adesione contrattuale, in quanto introdotto successivamente con la fattura oggetto di contestazione, pubblicizzato anche sul sito *web* dell'operatore, è necessario valutare se l'operatore abbia o meno informato l'istante dei costi di disattivazione con congruo preavviso, rispettando il termine dei trenta giorni previsti in conformità a quanto previsto dall'art. 70, comma 4, D.Lgs. 259 del 2003.

Nel merito si rileva che la fattura n. 9903981514 emessa da Wind in data 5 marzo 2011 reca con sé la comunicazione di variazioni delle condizioni generali di contratto con facoltà per l'utente di recedere entro i successivi 30 giorni dalla ricezione della stessa fattura senza costi di recesso, in conformità a quanto previsto dall'art. 14, comma 2, *Condizioni di contratto*.

Avendo l'istante effettuato il passaggio ad un altro operatore con decorrenza a partire dal 10 novembre 2011, oltre, quindi, i 30 giorni dalla ricezione della fattura n. 990381514 emessa il 5 marzo 2011, la migrazione del 10 novembre 2011 non potrà essere intesa come esercizio del diritto di recesso ai sensi della citata norma, atteso che non risulta che l'utente si sia avvalso del diritto di recesso successivamente alla comunicazione suddetta.

Se quindi l'inosservanza delle norme inerenti l'obbligo di preavviso al *dies a quo* di efficacia delle variazioni contrattuali e l'obbligo di comunicazione della facoltà di recesso ai sensi dell'art. 70, comma 4, *Cod. Comunicazioni Elettroniche*, come più volte rilevato dall'A.G.Com. (Dell. 83/12/CIR, 100/12/CIR, 101/12/CIR) rende illegittimo l'addebito dei costi di disattivazione, nella fattispecie consegua, al contrario, la legittimità dell'addebito, avendo Wind comunicato all'utente l'introduzione dei costi di disattivazione (anche per migrazione) e la relativa variazione contrattuale nel rispetto delle formalità e dei termini previsto dal combinato disposto degli artt. 14 *Condizioni di contratto* di Wind e 70 *Cod. Comunicazioni Elettroniche*.

Alla luce di quanto qui esposto non si ritiene di dover liquidare alcun rimborso delle spese procedurali.

CONSIDERATO tutto quanto sopra esposto;

D E T E R M I N A

a definizione della controversia XXX/Wind Telecomunicazioni XXX., il rigetto dell'istanza presentata dal sig. XXX, con compensazione delle spese.

Milano, 12 giugno 2014

Il dirigente

dott. Massimiliano Della Torre

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 11, comma 4 della Delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, Delibera A.G.Com. 173/07/CONS, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'art. 98, comma 11, D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, L. 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, e della circolare 11 febbraio 2011, prot. n. 0006817, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo D. Lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Il dirigente

dott. Massimiliano Della Torre