

DELIBERA N. 4/2019

Oggetto: Approvazione della proposta di definizione della controversia tra XXX e Wind XXX (ex H3G) - GU14 n. 106/2017.

Il 6 febbraio 2019, alle ore 15.00, presso la sede del Consiglio - Assemblea legislativa delle Marche, in Piazza Cavour n. 23 ad Ancona, si è riunito il Comitato Regionale per le Comunicazioni delle Marche (Corecom Marche).

Sono presenti il Presidente, Cesare Carnaroli; il Vicepresidente, Domenico Campogiani, e il componente, Manuele Maffei.

Assistono il dirigente del Servizio Supporto agli Organismi Regionali di Garanzia, Elisa Moroni, ed il Segretario del Corecom Marche, Angela Ruocco.

IL CORECOM MARCHE

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) e la legge 31 luglio 1997, n. 249 (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 (Codice delle comunicazioni elettroniche);

VISTO l'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto il 21 novembre 2017;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni, sottoscritta tra l'AGCOM, il Consiglio regionale delle Marche, la Giunta regionale delle Marche e il Corecom, il 28 dicembre 2017 e, in particolare, l'articolo 5, comma 1, lettera e);

VISTA la delibera AGCOM n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007 (Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti), di seguito denominato "Regolamento", e la delibera AGCOM n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 (Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori) di seguito denominato "Regolamento indennizzi";

VISTA la legge regionale 27 marzo 2001, n. 8 (Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni – Corecom);

VISTA l'istanza prot. n. 3044 del 10 aprile 2017, con cui l'istante chiedeva l'intervento del Corecom per la definizione della controversia in essere con la Wind XXX, ai sensi dell'articolo 14 del Regolamento;

VISTA la nota prot. n. 7077 del 18 settembre 2017, con cui questo Ufficio ha comunicato alle parti, ai sensi degli articolo 15 e 16 del Regolamento, l'avvio del procedimento e la convocazione per l'udienza di discussione del 16 novembre 2017;

VISTI gli atti del procedimento;

ESAMINATO il verbale di udienza del 16 novembre 2017, chiuso senza l'accordo delle parti;

UDITA la proposta di decisione del responsabile del procedimento;

CONSIDERATO, in particolare, quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante lamenta la mancata sostituzione in garanzia della SIM dati non più funzionante. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nella memoria integrativa e nel corso dell'udienza di discussione, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- a. il 15 dicembre 2016 sottoscriveva un contratto di telefonia mobile e dati (ALL-IN Plus – ALL-IN 400) al costo mensile di euro 5,00 e contestuale acquisto di una nuova SIM 3G al costo di euro 10,00, con portabilità del numero telefonico, presso un rivenditore della Società H3G;
- b. il 9 gennaio successivo riscontrava che la SIM non era più funzionante e, pertanto, il giorno successivo si recava dal rivenditore per attivare la garanzia sul prodotto;
- c. il rivenditore in questione, verificato che la SIM non funzionava su nessun dispositivo telefonico, avrebbe richiesto la sostituzione della stessa alla Società H3G;
- d. nonostante le rassicurazioni del rivenditore e nonostante i successivi solleciti e reclami scritti e telefonici avanzati dall'istante tale sostituzione non avveniva;
- e. dopo diverso tempo sia il rivenditore che la Società H3G hanno sostenuto che la sostituzione in garanzia senza addebito non era possibile e che l'utente avrebbe dovuto chiederne la sostituzione al costo di euro 10,00;
- f. per la mancata sostituzione in garanzia senza alcun addebito, nonché per il mancato funzionamento telefonico e dati e per l'omessa migrazione verso altro gestore l'istante adiva il Corecom Marche al fine di ottenere gli indennizzi previsti dalle condizioni generali di contratto ovvero quelli previsti dall'allegato A della delibera n. 73/11/CONS;
- g. il 31 marzo 2017, si svolgeva udienza di conciliazione che si concludeva con un mancato accordo;
- h. il 16 novembre 2017, si svolgeva udienza di definizione, anch'essa chiusa con un mancato accordo.

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

- i. gli indennizzi previsti dall'allegato A della delibera n. 73/11/CONS, per sospensione/cessazione del servizio dalla data del 10 gennaio 2017 ad oggi;
- ii. gli indennizzi previsti, sempre dal Regolamento Agcom, per ritardata risposta ai reclami dal 21 gennaio al 30 gennaio 2017;
- iii. gli indennizzi per omessa portabilità del numero connessa alla sospensione/cessazione del servizio dal 10 gennaio ad oggi;
- iv. il rimborso delle spese per l'espletamento della procedura conciliativa e di definizione;
- v. la risoluzione del contratto.

2. La posizione dell'operatore

Wind XXX, con memoria, depositata nei termini previsti nell'avvio della procedura, ha chiesto il rigetto dell'istanza di definizione per infondatezza delle richieste avanzate sia in fatto che in diritto.

In particolare, la Wind ha dedotto quanto segue:

- a) circa la ricostruzione dei fatti, nulla di quanto addotto da parte istante risulta riscontrabile a sistema, che la portabilità del numero si è conclusa positivamente il 20 dicembre 2016, mentre la sospensione e successiva disattivazione è occorsa per il mancato pagamento delle ricariche pattuite dal contratto regolarmente precedute da avvisi e solleciti;
- b) circa l'improvviso non funzionamento della SIM dati non è stata aperta alcuna segnalazione dal rivenditore presso cui si sarebbe rivolto l'istante, né l'istante ha dato seguito alle indicazioni scritte del Servizio Clienti che lo invitavano – se pur a pagamento – a sostituire presso un qualunque centro “3” la SIM non più funzionante;
- c) qualora effettivamente l'utenza non avesse funzionato e la causa fosse stata proprio la SIM, l'istante avrebbe potuto comunque sostituire detto supporto per la modica cifra di euro 10,00 (dieci/00) e tutto il disagio patito si sarebbe risolto eventualmente con la “ripetizione” dell'importo da parte dell'operatore una volta accertato l'effettivo malf funzionamento;
- d) la condotta dell'istante che non ha voluto, nell'immediato, sostituire la SIM a pagamento ha comunque contribuito al concorso del fatto colposo;
- e) l'istante non ha mai rivendicato la riattivazione dell'utenza, ben sapendo che la stessa era stata disattivata perché non è mai stato pagato l'importo obbligatorio previsto dall'offerta stipulata.
- f) al solo fine di dirimere la controversia, la Wind ha contattato l'utente per proporre lo storno integrale dell'insoluto di euro 91,14 (novantuno/14), ma l'utente non ha inteso accettare.

3. Motivazione della decisione

A) Nel merito

Sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, le richieste formulate dalla parte devono essere accolte parzialmente, come di seguito precisato.

Oggetto della contestazione dell'istante è la mancata sostituzione in garanzia senza addebito di una SIM dati non più funzionante e i conseguenti indennizzi per cessazione del servizio e per omessa portabilità del numero cessato.

Sulla questione oggetto di controversia è doveroso effettuare un richiamo alla normativa che disciplina il rapporto di fornitura del servizio mobile tra operatore ed utente.

In generale, la disciplina che regola il rapporto tra l'operatore ed il cliente in ordine all'acquisto dei prodotti e alla fornitura dei servizi di comunicazione UMTS è contenuta nelle Condizioni generali di contratto che insieme alla Carta dei Servizi, sono parte integrante del contratto o dell'offerta sottoscritta dall'utente e che sono resi noti e disponibili al cliente all'atto della sottoscrizione medesima, oltre che mediante pubblicazione sul sito web dell'operatore e mediante distribuzione presso i punti vendita dello stesso. Tali Condizioni generali di contratto non sono uguali per tutti gli utenti ma variano in base alla data di attivazione della propria SIM e a seconda se regolamentano i servizi di comunicazione per persone fisiche o per clienti business.

Per il caso specifico che ci occupa, nelle Condizioni generali di contratto, tutti gli operatori prevedono la possibilità di sostituire la SIM card per furto, smarrimento, cambio formato, blocco e/o smarrimento del codice PIN/PUK, oppure, per malfunzionamenti, mediante il pagamento di un corrispettivo per il servizio che varia da euro 5,00 (cinque/00) a euro 15,00 (quindici/00), solitamente scalato dal credito residuo (per le ricaricabili) o addebitato in fattura (in caso di abbonamento). In particolare, se sei un cliente ricaricabile, la sostituzione per malfunzionamento è attivabile entro 24 mesi dall'attivazione della SIM mediante apposita richiesta effettuata presso un negozio o rivenditore, ovvero, in alternativa mediante la richiesta di spedizione

di nuova SIM presso il proprio domicilio compilando appositi moduli disponibili nei siti degli operatori. Trattasi della c.d. garanzia “convenzionale” o “commerciale” che ciascun produttore o venditore può decidere di offrire agli utenti in aggiunta a quella “legale”. Ne consegue che, tra le garanzie commerciali, possiamo trovare tante condizioni diverse: quelle che durano solo sei mesi, quelle che durano uno o due anni, quelle che prevedono la sostituzione del prodotto, quelle che, invece, non danno questa possibilità. Quasi tutte prevedono che il cliente debba pagare una parte dei costi di riparazione. In sostanza non esistono condizioni standard per le garanzie commerciali che, per questo, possono essere molto diverse tra loro indipendentemente dal nome che hanno. Diversa, e non sempre richiamata nelle Condizioni generali di contratto o nella Carta dei Servizi, è l'attivazione della garanzia “legale di conformità” del prodotto acquistato nei negozi dell'operatore ai sensi dell'art. 128 del Codice del Consumo. Infatti, ai sensi degli artt. 128 e seguenti del Codice del Consumo, l'operatore, in qualità di venditore, garantisce al consumatore (ossia alla persona fisica) che il bene acquistato sia esente, al momento della consegna, dei difetti di conformità. Il difetto di conformità, soggetto a garanzia legale, sussiste nel caso in cui il prodotto acquistato sia difettoso da subito oppure non consente l'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo, ovvero, sia un prodotto non conforme alla descrizione fatta dal venditore. La garanzia legale di conformità non copre i difetti derivanti da normale usura, uso anomalo o improprio, da eventi accidentali (ad es. cadute) o comunque dolosamente provocati al prodotto medesimo, né copre i difetti derivanti da riparazioni effettuate secondo modalità o centri non autorizzati. La garanzia legale ha una durata di 2 anni dalla data di consegna del bene e il difetto di conformità che si manifesti entro tale termine deve comunque essere denunciato dal cliente entro 2 mesi dalla data di scoperta del difetto. In caso di difetto di conformità debitamente denunciato entro i termini, l'utente ha diritto al ripristino da parte del venditore, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, ovvero, alla riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto così come previsto dall'art. 130 del Codice del Consumo. Il Cliente può far valere i propri diritti in materia di garanzia legale recandosi presso appositi centri di assistenza munito di scontrino che provi l'acquisto effettuato e compilando apposita denuncia, ovvero, in caso di acquisti *online* il consumatore dovrà rivolgersi, munito del modulo inserito all'interno della confezione che elenca dettagliatamente quanto acquistato, presso uno dei punti di raccolta che l'operatore d'intesa con il produttore, mette a disposizione. Il punto vendita ove è stato effettuato l'acquisto o i punti di raccolta sopra indicati sono tenuti a prendere in consegna il prodotto non conforme per la riparazione o la sostituzione. Qualora il venditore si rifiuti di garantire assistenza al cliente, il consumatore deve denunciare al venditore il difetto di conformità comunque entro 2 mesi dalla scoperta formalizzandola direttamente per iscritto mediante lettera raccomandata A/R o per PEC o via Fax. Pertanto, nel caso si manifesti un malfunzionamento del bene, come nel caso che ci occupa, il consumatore deve fare una scelta tra le due possibili garanzie, valutando le condizioni contrattuali e quelle di legge, valide per tutti i beni di consumo. Tra le due garanzie possono, infatti, esserci differenze, in termini economici e temporali, e la convenienza dell'una o dell'altra può cambiare a seconda del caso (tipologia di difetto, momento in cui si manifesta, efficienza dei centri di assistenza, ecc.) (sul punto, per tutte, Corecom Lazio, delibera n.8/13/CRL).

Fatte queste doverose premesse, dall'esame della documentazione prodotta dalle parti emerge quanto segue. E' provato che il 15 dicembre 2016 l'istante sottoscriveva un contratto di telefonia mobile e dati con contestuale acquisto di una nuova SIM 3G al costo di euro 10,00, presso un rivenditore della Società H3G della provincia di Macerata.

Risulta, altresì, che la portabilità della numerazione mobile verso l'operatore Wind è andata a buon fine il 20 dicembre successivo e che, per stessa ammissione dell'istante nonché dal dettaglio del traffico versato in atti, il servizio è risultato attivo dal 21 dicembre 2017 al 9 gennaio 2018, cioè per 19 giorni.

Appare anche evidente, dalle mail e dai reclami prodotti, nonché per ammissione dell'operatore che la sospensione e successiva disattivazione della numerazione è occorsa per il mancato pagamento delle

ricariche pattuite dal contratto precedute da solleciti di pagamento e preavvisi di risoluzione del contratto inviati all'utente.

Sempre dalla disamina della documentazione agli atti risulta che il supposto malfunzionamento della SIM non è mai stato acclarato in alcuna sede, né l'utente si è adoperato presso il rivenditore "3" per attivare concretamente (mediante la compilazione di una denuncia) la garanzia legale di conformità del prodotto. In altri termini, dalla documentazione prodotta agli atti non emergono elementi probanti e circostanziati, tali da rendere condivisibili le asserzioni mosse dalla parte istante circa la rottura della SIM dati. Ne deriva che, in assenza di un accertamento tecnico del centro assistenza o del produttore circa la natura del malfunzionamento, è impossibile verificare in questa sede la tipologia del malfunzionamento reclamato dall'istante. Giustamente l'operatore declina ogni responsabilità, sostenendo che il gestore non può essere chiamato a rispondere di malfunzionamenti mai accertati o per i quali non è stata aperta alcuna segnalazione dal centro al quale il cliente si sarebbe rivolto. Il Sig.XXX, dato che chiedeva la sostituzione di una SIM in garanzia senza addebito, avrebbe dovuto insistere con il rivenditore "3" per aprire una denuncia per il difetto di conformità della SIM acquistata il 15 dicembre 2016. Sempre dalla disamina degli atti prodotti risulta che il Sig.XXX si è, altresì, attivato autonomamente inviando anche la diffida del 21 gennaio 2017. Ammesso e non concesso che tale diffida equivalga a denuncia di vizio di conformità, l'istante avrebbe potuto sostituire detto supporto a pagamento, come più volte fatto presente dall'operatore, e poi avrebbe potuto richiedere la restituzione della somma di euro 10,00 (dieci/00), una volta accertato l'effettivo malfunzionamento ed acclarato il difetto di conformità. L'operatore ha, infatti, riscontrato detta diffida informando l'utente che *"in caso di non corretto funzionamento della SIM è sufficiente recarsi presso una qualsiasi negozio 3 e chiederne la sostituzione, al costo di 10 euro"*, cioè ha invitato l'utente a risolvere la problematica tecnica con la sostituzione della SIM a pagamento (si veda email del Servizio Clienti del 28 gennaio 2017 e del 30 gennaio 2017).

Pertanto, sotto questo ultimo profilo, l'utente non si è fatto parte diligente nel sostituire la SIM dati non più funzionante, quindi, non può sicuramente imputarsi all'operatore tutti i successivi malfunzionamenti reclamati di cui si richiede l'indennizzo. Se l'utente avesse sostituito la SIM a pagamento, richiedendo la restituzione dell'indebita una volta denunciato il malfunzionamento, avrebbe sicuramente evitato la cessazione del servizio e l'omessa portabilità del numero connessa alla sospensione/cessazione del servizio stesso dal 10 gennaio in avanti. Quindi, si deve evidenziare che la condotta dell'istante ha comunque contribuito al concorso del fatto colposo a norma dell'art. 1227 del Codice civile. In punto di diritto, infatti, tale articolo dispone che *"se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e le conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"*. A tal riguardo la giurisprudenza maggioritaria e la dottrina sono concordi nel ritenere che il comportamento omissivo del danneggiato, rilevante ai fini dell'art. 1227 del Codice civile, non è solo quello tenuto alla violazione di una norma di legge, ma più genericamente in violazione delle regole di diligenza e correttezza.

Non si può imputare all'operatore tutto quanto dedotto dall'istante – senza peraltro alcun elemento probante che acclari il difetto di conformità – vista la mancanza di volontà dell'istante di risolvere velocemente e praticamente la problematica. Laddove l'operatore non avesse posto in essere alcuna azione informativa nei confronti dell'utente, quest'ultimo avrebbe avuto pieno diritto a vedersi riconosciuto lo storno totale degli addebiti contestati e gli indennizzi richiesti. Nel caso di specie, invece, l'operatore ha comunque dimostrato di essersi attivato comunicando più volte all'utente la sostituzione a pagamento della SIM dati (vedasi Servizio Clienti del 28 gennaio 2017 e del 30 gennaio 2017).

Da sottolineare, inoltre, che l'istante non ha mai richiesto la riattivazione dell'utenza ma ha solo richiesto gli indennizzi per la cessazione della stessa. A ciò si aggiunge anche il fatto che l'operatore, considerato il disagio occorso all'utente, ha formalizzato un'offerta conciliativa prima dell'udienza di definizione. E' evidente, quindi, che nella determinazione degli indennizzi richiesti non si possa prescindere dalla valutazione complessiva della fattispecie in esame in applicazione dei principi diligenza, correttezza e buona fede a carico dell'utente, fatti propri dall'Agcom in molte decisioni (cfr., fra tante, Det. n. 71/2016, 70/2016, 28/2016 etc.).

A nulla, invece, rilevano i successivi reclami del 10 aprile 2017 e del 2 agosto 2017 poiché inerenti al preavviso di risoluzione del contratto relativo all'utenza mobile, senza alcun riferimento alla garanzia richiesta per la sostituzione della SIM.

Alla luce delle suddette argomentazioni ne consegue che le domande di indennizzo per i disservizi subiti devono essere rigettate.

Né si ritiene di poter indennizzare la mancata risposta ai reclami di cui all'articolo 11 della delibera n. 73/11/CONS (ALL. A), poiché l'operatore ha fornito risposta al reclamo inoltrato via fax il 21 gennaio 2017 mediante le email del Servizio Clienti del 28 gennaio 2017 e del 30 gennaio 2017.

Si ritiene, invece, di dover stornare l'insoluto ad oggi maturato ammontante complessivamente ad euro 91,14 (novantuno/14), perché inerente fatture regolarmente contestate dall'istante ed emesse per un servizio mai usufruito e successivamente cessato.

B) Sulle spese del procedimento

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese del procedimento tra le parti a norma dell'art. 19 del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti.

CONSIDERATO, per quanto precede, che la domanda formulata dal Sig.XXX nell'istanza di definizione della presente controversia vada accolta parzialmente;

UDITA la relazione del Consigliere Emanuele Maffei ;

Con votazione all'unanimità, resa in forma palese;

DELIBERA

a definizione della controversia tra l'utente XXXe l'operatore Wind XXX (ex H3G):

1. di accogliere parzialmente l'istanza prot. n. 3044 del 10 aprile 2017 avanzata da XXX contro la Wind XXX, con compensazione delle spese di procedura e, conseguentemente, dispone la regolarizzare della posizione amministrativa contabile dell'istante, mediante lo storno delle fatture emesse e rimaste insolte;
2. di dare atto che il presente 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;
3. di dare atto che la presente delibera può essere impugnata davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso;
4. di dare atto che l'utente può chiedere, in sede giurisdizionale, il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito;

5. di dare mandato all'ufficio competente di notificare alle parti la presente delibera e di pubblicarla sul sito web del Corecom Marche (www.corecom.marche.it); nonché di trasmetterla all'Autorità (www.agcom.it).
La Società Wind XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento della presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Il Presidente
(Cesare Carnaroli)

Il Consigliere relatore
(Emanuele Maffei)

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
Il Dirigente del Servizio Organismi regionali di garanzia
(Elisa Moroni)

La presente deliberazione si compone di 5 pagine.

Il segretario
(Angela Ruocco)