

DETERMINA 17 Fascicolo n. GU14/159218/2019

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 03/08/2019 acquisita con protocollo n. 0346034 del 03/08/2019;

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 l’addebito della somma di euro 10,00 per l’attivazione non richiesta dell’opzione dati estero e la mancata risposta al reclamo.

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

- riscontrava che *“[i]n data 15 settembre 2018, in occasione di un soggiorno all’interno di un paese dell’Unione Europea, si attivava automaticamente l’opzione dati estero al costo di € 10 che non era né stata precedentemente richiesta, né sarebbe stata necessaria trattandosi di un soggiorno all’interno di un paese dove (...) avrebbe potuto utilizzare i dati dell’offerta nazionale”*. Allegava *screenshot* del messaggio ricevuto di avvenuta attivazione dell’opzione;
- in data 17 settembre 2018 inviava un reclamo a mezzo PEC *“chiedendo il rimborso dell’importo di € 10 e l’invio dell’elenco degli addebiti verificati sulla (propria) utenza per il mese di settembre [al fine di verificare eventuali illeciti] ma il gestore non riscontrava detto reclamo”*. Nel reclamo precisava che *“[i]n data 16.09.2018 veniva effettuata la portabilità dell’utenza [già iniziata nelle settimane precedenti al fatto] ad altro operatore che precludeva comunque l’utilizzo di quanto corrisposto per l’opzione dati”*. Allegava copia del reclamo;
- riteneva la condotta del gestore, che non aveva trasmesso la documentazione richiesta, preclusiva del *“corretto svolgimento dei diritti del cliente impedendogli di determinare l’esattezza e l’ammontare degli importi addebitati”* e ricordava che *“[a]i sensi dell’art. 20 comma 6 del Regolamento di procedura, “Nella determinazione di rimborsi e indennizzi l’Organo Collegiale tiene conto del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione e può riconoscere altresì il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l’espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità”*. Ciò premesso, concludeva affermando che *“[i]n considerazione della condotta tenuta dal gestore nella (...) controversia, (riteneva) equo applicare un indennizzo doppio rispetto a quanto previsto dall’Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS”*.

In data 24 luglio 2019 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) *“€ 600 per mancata risposta al reclamo, o da liquidarsi in via equitativa”*;
- ii) *“€ 10 per rimborso erronea attivazione opzione All Europe”*;

- iii) *“€ 500 per spese di procedura o da liquidarsi in via equitativa tenendo conto della condotta negligente del gestore”;*
- iv) *“eventuali importi erroneamente addebitati che dovessero risultare dall’esame della documentazione richiesta”.*

2. La posizione dell’operatore.

L’operatore **Wind Tre**, nell’ambito del contraddittorio, tramite deposito in data 14 ottobre 2019 di memoria difensiva con documentazione allegata, ha sostenuto l’infondatezza nel merito di tutte le domande proposte dall’istante per le ragioni di seguito esposte.

L’operatore ha affermato che *“per il cliente che si trovava all’estero è stato pagato un gettone giornaliero di 2€ che si è rinnovato in automatico ogni 24 ore e che le 24 ore sono state calcolate con il fuso orario dell’Italia, all’esaurimento di uno o più bundle, il cliente avrebbe pagato una tariffa agevolata per la tipologia di traffico nel caso avesse esaurito il bundle. Ciò premesso si evidenzia che dalle verifiche è stato confermato che gli addebiti effettuati sulla sim dell’istante non sono risultati essere fuori dal bundle e pertanto i costi sono stati applicati correttamente.”*

In merito al mancato invio della lista degli addebiti e alla mancata risposta al reclamo, l’operatore ha ribadito di aver *“prontamente risposto all’istante informando di non avere accolto il reclamo presentato con pec del 21/8/2017, inviando un sms al numero 328833xxxx in data 7/9/2017, con cui si informava del mancato accoglimento del reclamo, previo verifiche.”* Al riguardo l’operatore ha allegato uno *screenshot* dei propri sistemi interni attestante l’avvenuta gestione del reclamo.

L’operatore ha inoltre sostenuto che anche in merito alla *“richiesta di invio dettaglio delle chiamate richiesto con pec del 22/9/2017, cui non si è dato seguito per mancanza di autocertificazione e firma (...) anche in questo caso si è dato riscontro con invio di un sms allo stesso numero 328833xxxx con cui si informava di inviare documenti integrativi e di contattare il servizio clienti.”* Al riguardo l’operatore ha allegato uno *screenshot* dei propri sistemi interni attestante l’avvenuta gestione del reclamo.

In merito alla richiesta delle spese di procedura, l’operatore ha rammentato che *“l’art. 20 comma 6 delibera 203/18/CONS oltre a prevedere che l’Autorità possa riconoscere il “rimborso delle spese”, dispone espressamente che le spese chieste siano “necessarie e giustificate per l’espletamento della procedura” e ha sostenuto che “l’istante non ha dimostrato tali requisiti”.* In mancanza di prova che legittima la restituzione delle spese, l’operatore ha chiesto il rigetto della relativa domanda.

Infine, l’operatore ha concluso con la richiesta di *“rigettare tutte le domande proposte dall’istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto”.*

3. La replica dell’istante.

In data 9 novembre 2019 la parte istante ha depositato una nota di replica che risulta irricevibile poiché inviata dopo la scadenza del termine assegnato nella comunicazione di avvio del procedimento del 7 agosto 2019 nella quale si disponeva che *“la parte convenuta può presentare memorie entro il termine di giorni 45 dal ricevimento della presente comunicazione e, entro i successivi 20 giorni, tutte le parti possono presentare eventuali controdeduzioni. I predetti termini sono sospesi dal 1 al 31 agosto”.* Pertanto, il termine entro il quale la parte istante poteva presentare le proprie controdeduzioni scadeva il 4 novembre 2019.

4. 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.

In primis, con riferimento alla richiesta dell'istante *sub iv)* volta ad ottenere “*eventuali importi erroneamente addebitati che dovessero risultare dall'esame della documentazione richiesta*”, si osserva che trattasi di formulazione preventiva attinente somme che, al momento della presentazione dell'istanza di conciliazione, non risultavano né addebitate, né conosciute.

Ne consegue che la domanda, in quanto connessa una circostanza ipotetica e futura, non può trovare accoglimento in questa sede.

Sempre in via preliminare, con riferimento alla richiesta *sub iii)* volta ad ottenere “*€ 500 per spese di procedura o da liquidarsi in via equitativa tenendo conto della condotta negligente del gestore*”, si osserva che le richieste impropriamente definite risarcitorie possono essere ricondotte, laddove sussistano i presupposti previsti dal Regolamento sugli Indennizzi, a quelle di natura indennitaria, aventi funzione compensativa del disagio subito dall'utente.

Ciò premesso, l'odierna disamina si incentra sull'addebito della somma di euro 10,00 per l'attivazione non richiesta dell'opzione dati estero e sulla mancata risposta al reclamo.

Sull'addebito della somma di euro 10,00 per l'attivazione non richiesta dell'opzione dati estero

La parte istante ha contestato l'addebito dell'importo di 10 euro per l'attivazione non richiesta dell'opzione dati estero laddove l'operatore ha sostenuto la corretta applicazione dei costi.

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

In via generale, con riferimento alla contestazione dell'istante, giova richiamare l'orientamento consolidato secondo cui, in base ai principi sull'onere della prova in materia di adempimento delle obbligazioni di cui alla 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, 3 luglio 2009, n.15677 e da ultimo Cass., sez. II, 20 gennaio 2010 n. 936), “*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, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'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 o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi*”.

Nel caso di specie, a fronte della contestazione di parte istante relativa all'addebito di euro 10,00 per l'attivazione non richiesta dell'opzione dati estero, l'operatore ha sostenuto il corretto addebito di gettoni giornalieri di euro 2,00 rinnovati in automatico ogni 24 ore secondo il fuso orario italiano e all'interno del *bundle*.

Sul punto, deve evidenziarsi che dal corredo istruttorio emerge che la parte istante ha contestato l'addebito di euro 10,00 per l'erronea attivazione, avvenuta in data 15 settembre 2018, del servizio *AllTravel weekly EU&USA* che comprendeva 300 minuti, 300 sms e 500 Mb a disposizione per 7 giorni, e ha inviato reclamo all'operatore il 17 settembre 2018 via pec. L'operatore, nelle proprie memorie difensive, ha fatto invece riferimento all'applicazione di gettoni giornalieri di euro 2,00 rinnovati ogni 24 ore all'interno del *bundle* contrattuale e alla gestione di due segnalazioni di parte istante ricevute il 21 agosto 2017 e il 25 settembre 2017.

In via generale si rileva che, a fronte della contestazione dell'utente circa l'adesione alla predetta opzione tariffaria, è onere probatorio dell'operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione del contratto stesso.

L'operatore, nel caso di specie, non ha fornito evidenza in merito alla corretta attivazione in data 15 settembre 2018 del servizio *AllTravel weekly EU&USA* e al conseguente legittimo addebito della somma di euro 10,00 in quanto ha fornito le proprie deduzioni riferendosi a fatti non corrispondenti all'oggetto di contestazione di parte istante e a segnalazioni effettuate dall'istante antecedentemente al disservizio lamentato.

Posta quindi, nel caso in esame, l'assenza di prova in ordine alla regolare attivazione del servizio da parte dell'operatore, ne discende il diritto al rimborso dei costi applicati per il servizio indebitamente attivato.

Ne consegue, in accoglimento della domanda *sub ii)* volta ad ottenere “€ 10 per rimborso erronea attivazione opzione *All Europe*”, che l'operatore è tenuto a rimborsare la somma di euro 10,00 addebitata sull'utenza n. 328 833xxxx per il servizio *AllTravel weekly EU&USA*.

Inoltre, con riferimento all'opzione “*AllTravel weekly EU&USA*”, di cui l'istante contesta l'attivazione non richiesta, deve osservarsi che non può essere riconosciuto alcun indennizzo in relazione al disservizio subito.

La doglianza *sub iii)* dell'istante, così come reinterpretata, infatti, può ritenersi compensata dal rimborso degli addebiti, non rilevandosi i presupposti per il riconoscimento di un indennizzo per l'applicazione dell'opzione tariffaria “*AllTravel weekly EU&USA*” dal 15 settembre 2018 al 16 settembre 2018, data in cui l'utenza è passata ad altro operatore. Infatti l'istante ha inviato un reclamo a Wind Tre il 17 settembre 2018 per chiedere esclusivamente il rimborso della somma prelevata dall'operatore per un servizio previsto per 7 giorni, ma non reso, non avendo interesse a chiedere la disattivazione dell'opzione stessa.

Sulla mancata risposta al reclamo

La parte istante ha lamentato la mancata risposta al reclamo inviato via pec all'operatore in data 17 settembre 2018, laddove l'operatore ha sostenuto la correttezza del proprio operato riferendosi alla tempestiva ed esauriente gestione di due reclami presentati dall'istante il 21 agosto 2017 e il 25 settembre 2017.

La doglianza dell'istante è meritevole di accoglimento nei termini di seguito esposti.

Nel caso di specie, non risulta agli atti una risposta dell'operatore in merito al reclamo inviato dall'istante il 17 settembre 2018. Infatti, come emerge dal corredo istruttorio, l'operatore nelle proprie memorie ha fatto riferimento a due reclami presentati dall'istante nel mese di agosto e di settembre dell'anno precedente a quello in cui si sono verificati i fatti oggetto del procedimento di cui si discute.

Si richiama in proposito il disposto dell'art. 8, comma 4, della Delibera n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), il quale 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, per cui 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 1 novembre 2018,

detrato il tempo utile di 45 giorni previsto dalla Carta dei Servizi dell'operatore per la risposta al reclamo del 17 settembre 2018 e il *dies ad quem* nella data del verbale di conciliazione del 24 luglio 2019 di conclusione con esito negativo della procedura conciliativa.

Quindi, l'istante ha diritto, in parziale accoglimento della domanda *sub ii)* volta ad ottenere “€ 600 per mancata risposta al reclamo, o da liquidarsi in via equitativa”, per i 265 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.

Infine, con riferimento alla domanda formulata dalla parte istante *sub iii)* volta ad ottenere le spese di procedura, la stessa non può essere accolta, atteso che non è data evidenza dei costi sostenuti dall'utente per l'espletamento della procedura telematica gratuita e di agevole accessibilità attraverso la piattaforma Conciliaweb (articolo 20, comma 6 del vigente Regolamento).

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 10,00 (dieci/00) maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, a titolo di rimborso di quanto addebitato sull'utenza n. 328 833xxxx per il servizio *AllTravel weekly EU&USA*.

- La società Wind Tre (Very Mobile) è tenuta, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, a corrispondere in favore dell'istante, con le modalità di pagamento indicate in istanza, 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.)