

DETERMINAZIONE n. 2 del 29 aprile 2019

Oggetto: Definizione della controversia xxx/Wind Tre xxx.

IL DIRIGENTE

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*";

VISTA la legge 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 e comma 13;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante il "Codice del consumo" e successive modifiche e integrazioni;

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 l' "Accordo quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai comitati regionali per le comunicazioni e 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 28 novembre 2017;

VISTA la "Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 gennaio 2018", e in particolare l'art. 5, comma 1, lett. e);

VISTA la Delibera Agcom n. 179/03/CSP "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249" e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 173/07/CONS, All. A "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 73/11/CONS All. A "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori";

VISTA la Delibera Agcom n. 276/13/CONS “*Approvazione delle Linee Guida relative all’attribuzione delle deleghe ai CoReCom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*”;

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 5 del 26 aprile 2018 avente ad oggetto “*Assetto organizzativo del Consiglio regionale*” con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del “*Settore Biblioteca e documentazione. Archivio e protocollo. Assistenza generale al Corecom*”;

VISTA l’istanza GU14 n. 326 del giorno 12 giugno 2017 la Sig.ra xxx chiedeva l’intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società Wind Tre xxx (di seguito, per brevità, Wind Tre) ai sensi dell’art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A (di seguito il “Regolamento”);

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

L’istante, titolare di un contratto residenziale sull’utenza n. 3389070xxx con la società Wind Tre, lamenta l’addebito di importi ingiustificati per il servizio accessorio “*Ti ho cercato*”.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, l’istante ha dichiarato quanto segue:

-“*nei primi mesi del 2016 [notava] degli addebiti sulla sim ingiustificati, in particolare, [era] diventato a pagamento un servizio (“ti ho cercato”) che era sempre stato gratuito*”;

-“*in data 01/12/2016 alle ore 08:01 [inoltrava] un reclamo all’operatore, senza che ci sia stata nessuna risposta come invece obbliga la delibera AGCOM....(omissis)*”.

In data 13 marzo 2017 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 fallimento dello stesso. In tale sede l’operatore proponeva la somma di euro 120,00 a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo.

In base a tali premesse l’istante ha chiesto:

i) il “*rimborso di 90 centesimi mensili che sono stati ingiustamente trattenuti per 6 mesi dal 2015; i 12 centesimi del 2016 e 2 centesimi del 2017 per un totale di 18 euro*” ;

ii) la “*penale per la mancata risposta come prevede la delibera Agcom 73/11/Cons. allegato A, art. 9*”;

iii) “*euro 200,00 come rimborso delle spese procedurali ai sensi dell’art. 19 comma 6 della delibera Agcom 173/07/Cons. allegato A*”;

2. La posizione dell'operatore.

La società Wind Tre, in data 12 luglio 2017, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale ha eccepito l'infondatezza, in rito e nel merito, di quanto *ex adverso* dedotto, per i motivi che seguono.

In rito l'operatore ha eccepito *“l'improcedibilità dell'istanza di definizione ex art. 2, comma I, Allegato A Delibera 73/11/CONS. Infatti, Wind Tre, a prescindere dalla fondatezza di tale contestazione, si è impegnata, nell'ambito della procedura conciliativa, a corrispondere, conformemente all'art. 24 della propria Carta Servizi (doc. 4), ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2, Allegato A, delibera 73/11/CONS, l'importo massimo previsto dall'art. 24 della Carta Servizi di euro 120 per mancata risposta al reclamo. Tale indennizzo è stato in effetti erogato mediante assegno, intestato all'istante, inviato all'indirizzo: Via Roma, 175 – cfr. gli atti. Atteso che l'Operatore ha già riconosciuto la corresponsione di un congruo indennizzo, nel rispetto delle norme contrattuali applicabili al caso di specie anche ai fini di cui all'art. 2, allegato A della delibera 73/11/CONS, nessuna ulteriore somma potrà essere erogata in favore dell'istante. Si badi, al riguardo, che la sopra citata delibera, così come più volte chiarito dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, specifica che l'istanza di definizione afferente una causa petendi per la quale l'Operatore abbia già corrisposto l'indennizzo prima dell'instaurarsi della controversia, è improcedibile.....(omissis)..... Avendo Wind Tre già provveduto a comporre bonariamente la controversia, ritiene che la domanda avanzata è inammissibile e comunque il Corecom adito non potrà fare altro che dichiarare sul punto cessata la materia del contendere. Nessun altro importo potrà, quindi, essere riconosciuto nella presente sede”*.

Nel merito il gestore ha sottolineato che relativamente agli addebiti per il servizio *“Ti ho cercato”* che sino a quel momento era stato gratuito...(…).. la somma addebitata [a tale] titolo di costo (...), è legittima. Il servizio *“Ti Ho Cercato”* è un servizio accessorio - non compreso nell'offerta *“base”/piano tariffario sottoscritta dal cliente....(omissis)...*tramite tale servizio l'utente, che sia impegnato in altra conversazione o che abbia il proprio cellulare spento, non sia raggiungibile o non sia nella possibilità di rispondere, può ricevere un SMS che lo informa delle Chiamate/Videochiamate ricevute ma perse. Si precisa che sino al luglio 2015 il servizio è stato reso dalla scrivente compagnia a titolo gratuito e solo successivamente, per rispondere alle nuove esigenze di utilizzo, è stato previsto dalla compagnia l'addebito di un corrispettivo per poter usufruire dello stesso ma naturalmente solo per i clienti interessati a mantenerlo attivo.

L'operatore ha precisato che *“in caso di mancata accettazione della variazione è stata, infatti, prevista la possibilità per tutti gli utenti di disattivare autonomamente il servizio, mediante la digitazione sul telefono della stringa: *112# invio, oppure riattivarlo digitando *111#INVIO, oltre a poter sempre controllare lo stato dello stesso digitando *113#INVIO”*.

L'operatore ha osservato, inoltre, che *“il pagamento del servizio accessorio è stato previsto esclusivamente alla ricezione di un eventuale SMS di notifica. Il suo costo è stato determinato nell'importo di 90 cent/mese, da addebitarsi solo momento della ricezione del primo SMS di notifica fino alla fine del mese solare e quindi tale addebito viene effettuato esclusivamente se viene effettivamente utilizzato il servizio. Della variazione e della possibilità di disattivazione del servizio supplementare la compagnia Wind Tre ha inteso informare con adeguato preavviso tutti i clienti interessati, attraverso: i) un SMS, distinto tra clientela consumer e clientela business, che ha precisato la denominazione del servizio oggetto di rettifica delle condizioni e la data di variazione ; ii) una orphan page, ovvero una pagina testuale su web, accessibile immediatamente mediante hyperlink dall'SMS ricevuto dal cliente, contenente la descrizione del servizio, la data di decorrenza della modifica, il nuovo prezzo, le modalità di disattivazione ed ulteriori dettagli accessibili tramite link*

ipertestuale alle c.d. FAQ (doc. 6). Nei mesi di aprile e maggio 2015, al fine di informare i clienti della variazione delle condizioni di utilizzo del servizio accessorio la compagnia telefonica convenuta provvedeva per il tramite del servizio di SMS ad avvisare la propria clientela della variazione”.

L’operatore ha evidenziato “che in seguito a contestazione da parte dell’istante in data 01/02/2016, il servizio “Ti ho Cercato” è stato disattivato dal servizio clienti. Successivamente, però, in data 17/04/2016 è stato nuovamente attivato dalla cliente (doc. 5) e la compagnia ha legittimamente addebitato il costo del servizio che di fatto è stato fino ad oggi utilizzato dall’utente. Come detto, infatti, l’addebito dell’importo di 0,90 cent/euro avviene esclusivamente nei mesi di effettiva fruizione del servizio e precisamente alla ricezione da parte del cliente del primo SMS di notifica “Ti ho cercato” e del relativo addebito (fino alla fine del mese solare) il cliente viene quindi immediatamente informato. Vien da sé, pertanto, che l’istante è stato posto in condizione di sapere dell’avvenuta attivazione del servizio, oggi contestato, grazie agli SMS mensili che lo informavano dell’avvenuta attivazione. Si rileva, inoltre, che la Sig.ra oltre ad aver usufruito del predetto servizio sino ad oggi avrebbe potuto (e dovuto) disattivarlo per tempo, avendo ricevuto ogni mese di attivazione un SMS che ricordava lo stato dello stesso. Invece ha provveduto alla sua riattivazione dopo che il Servizio Clienti lo aveva disattivato dietro sua contestazione”.

L’operatore, infine, ha dedotto che, “alla luce di quanto esposto appare pertanto evidente la legittimità del comportamento adottato dalla compagnia telefonica convenuta idonea a determinare il rigetto dell’istanza”.

3. La replica dell’istante

L’istante, in data 16 luglio 2017, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all’art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva di replica, nella quale, nell’insistere per l’accoglimento di tutte le richieste già indicate nell’istanza di definizione, ha preliminarmente contestato “l’eccezione di improcedibilità dell’istanza di definizione(...) in quanto durante l’udienza di Conciliazione, avvenuta in data 13/03/2017 l’operatore si era impegnato a riconoscere, ai sensi dell’art.2 dell’allegato A alla delibera 73/11/CONS, la somma di euro 120,00, a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo (fax 01/02/2016), liquidata ai sensi della Carta dei servizi, da versarsi entro 90 giorni a mezzo di assegno di traenza intestato alla parte istante. Ciò non è avvenuto nonostante la decorrenza del termine dei 90 gg (perenti in data 13/06/2017). Difatti, come si può leggere dalla lettera di accompagnamento dell’assegno (in allegato), lo stesso è stato emesso il 05/07/2017 quindi successivamente a tale data”. Inoltre l’istante ha evidenziato che, “l’impegno assunto da parte avversa non era completo delle richieste, in quanto le stesse prevedevano il rimborso del servizio diventato a pagamento. Nella delibera AGCOM 627/15/cons (allegata nel GU14) viene affermato all’articolo 1 comma 3 a pagina 4, che il numero di SMS inviato è pari a 7,5 Mln di cui 5,5 Mln sono stati ricevuti dai clienti. L’utenza per cui si discute non è mai stata avvertita della variazione di tali condizioni (si rammenta che tale difetto di informazione ha investito anche altri 2 Mln di utenze). Come più volte affermato dalla AGCOM, le variazioni diventano valide dopo un preavviso non inferiore a 30 giorni. Non essendo mai state comunicate alla mia utenza le variazioni menzionate, le stesse non potranno esser ritenute valide ne’ applicabili e, pertanto, il pagamento del servizio imposto, ingiusto e non valido, con restituzione degli importi trattenuti indebitamente....(omissis)”.

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 deve evidenziarsi che:

- con riferimento alla domanda di cui al punto *sub ii)*, in cui l'istante chiede la *“penale per la mancata risposta come prevede la delibera Agcom 73/11/Cons. allegato A, art. 9”*, si precisa che, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione, così come previsto dalle Linee guida, approvate con la delibera Agcom n. 276/13/CONS, al paragrafo III.1.3, anche le istanze inesatte o imprecise, in un'ottica di *favor utentis*, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare.

Pertanto la presente domanda sarà interpretata come richiesta di indennizzo per la mancata risposta al reclamo.

Nel merito

All'esito dell'attività istruttoria, si deve evidenziare, tuttavia, che tale domanda non rientra nell'ambito applicativo del Regolamento sugli indennizzi, riservato alle sole ipotesi in cui l'operatore non abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali, prima dell'instaurazione della controversia, o non si sia impegnato a farlo in sede conciliativa.

Orbene, in considerazione del comportamento assunto dalla società Wind Tre, che si è attivata alla liquidazione dell'indennizzo nella misura massima prevista dalla propria Carta dei Servizi entro 90 giorni dalla data del verbale di conciliazione e quindi in fase post - conciliativa, trova applicazione, nella fattispecie in esame, la preclusione di cui all'articolo 2, comma 1, del Regolamento sugli indennizzi, per cui *“le disposizioni del presente Regolamento non si applicano nei casi in cui l'operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia, o quando, all'esito della fase conciliativa, dal relativo verbale risultino l'impegno dell'operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi”*.

Nella presente istruttoria, parte istante ha documentato, come si legge in memoria di replica, di aver ricevuto tramite assegno circolare datato 30 giugno 2016 la somma di euro 120,00 a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo, in esecuzione del verbale di conciliazione del 13 marzo 2017, ovvero in lieve ritardo rispetto all'impegno ivi assunto di eseguirlo nei 90 giorni successivi all'udienza stessa.

Pertanto, in accoglimento dell'eccezione mossa dall'operatore, atteso che risulta documentalmente provata la misura soddisfattiva idonea al ristoro della doglianza in contestazione, non risulta possibile riconoscere l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo, in quanto il comportamento collaborativo dell'operatore ha determinato il soddisfacimento della richiesta dell'istante.

Riguardo, poi, all'addebito del costo del servizio *“Ti ho cercato”*, Wind Tre ne ha sostenuto la legittimità.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria le richieste di parte istante possono essere accolte come di seguito precisato.

Il servizio *“Ti ho cercato”* è un servizio accessorio non compreso nell'offerta *“base”* del piano tariffario sottoscritto dal cliente. Sino al mese di luglio 2015, il servizio era a titolo gratuito e solo, successivamente, è stato previsto l'addebito di un corrispettivo per poter usufruire dello stesso a seguito di comunicazioni.

Il suo costo è stato determinato nell'importo di 0,90 cent/euro/mese, da addebitarsi solo al momento della ricezione del primo SMS di notifica a copertura dell'utilizzo del servizio fino alla fine del mese solare. Tale addebito viene effettuato esclusivamente qualora ci sia stato nel mese solare almeno un utilizzo del servizio stesso e pertanto *“il cliente viene immediatamente informato. (...) ed è posto in condizione di sapere dell'avvenuta attivazione del servizio, oggi contestato, grazie agli SMS mensili che lo informavano dell'avvenuta attivazione”*.

Nel caso di specie, a fronte della contestazione dell'utente di essere stato informato della variazione del servizio di cui trattasi, da gratuito a pagamento, l'operatore non ha fornito alcuna prova attestante la predetta informativa.

Pertanto, la richiesta formulata dall'istante di cui al punto *sub ii)* di *“rimborso di 90 centesimi mensili che sono stati ingiustamente trattenuti per 6 mesi dal 2015; i 12 centesimi del 2016 e 2 centesimi del 2017 per un totale di 18 euro”* può essere accolta e gli importi addebitati per il servizio *“Ti ho cercato”*, devono essere restituiti, atteso che Wind Tre ha dichiarato di aver informato tramite SMS l'istante in merito alla variazione del costo del servizio, ma non ha fornito alcuna prova attestante l'invio e la ricezione da parte dell'utente di tale comunicazione. Inoltre, vale la pena precisare che la schermata esibita in atti riguardo l'attivazione del servizio *de quo*, non prova alcunché in tal senso, atteso che non è dimostrabile in alcun modo che la comunicazione stessa sia giunta al destinatario. Tanto premesso, l'operatore è tenuto a rimborsare all'utente la somma di euro 18,00 a titolo di addebito per il servizio accessorio *“ti ho cercato”*.

Infine si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell'istante, ai sensi dell'art.19, comma 6, del Regolamento, la somma forfettaria di euro 50,00 a titolo di spese di procedura.

CONSIDERATO tutto quanto sopra esposto;

RITENUTO che gli indennizzi riconosciuti dall'Autorità (CoReCom) devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità, e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTO l'art. 19, comma 7, del Regolamento 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 euro 500,00;

VISTA la relazione istruttoria redatta dal funzionario responsabile del procedimento, Dott.ssa Elisabetta Castelli, ex art. 19 del Regolamento;

DISPONE

In accoglimento parziale dell'istanza presentata in data 12 giugno 2017 dalla Sig.ra xxx nei confronti dell'operatore Wind Tre xxx, che detto operatore provveda a:

- 1) corrispondere all'istante, mediante assegno o bonifico bancario:
 - a) la somma di euro 50,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e della Delibera Agcom n. 276/13/CONS;
 - b) a rimborsare la somma di euro 18,00 trattenuta a titolo di addebito per il servizio accessorio *“ti ho cercato”*.



Le somme così determinate a titolo di rimborso di cui al precedente punto 1) lettera b) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'istante di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11, D.lgs. n. 259/2003.

L'operatore è tenuto, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento al presente provvedimento entro il termine di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Il presente provvedimento è notificato alle parti e pubblicato sul sito internet istituzionale del CoReCom, nonché trasmesso all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per gli adempimenti conseguenti.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Firenze, 29 aprile 2019

Il Dirigente
Dott.ssa Cinzia Guerrini