

CO.RE.COM. CAL/Rep

DETERMINAZIONE DIRETTORIALE N. 29 DEL 1 marzo 2019

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

(Cagliostro Sxxxxxxx c/ Wind Tre xxxxxxx - n. utenza 3924xxxxx)

IL DIRETTORE

VISTI:

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";

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, lett. a), n. 14;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons, "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" ed, in particolare, l'art. 19, comma 6, che così recita: *"la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente 500,00 (cinquecento/00) euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Direttore, salvo nei casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, che possono essere rimessi alla decisione dell'Organo Collegiale"*;

il Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, adottato con delibera n. 73/11/CONS. del 16 febbraio 2011;

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com" e successive modifiche ed integrazioni;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria, in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

DATO ATTO della deliberazione Co.Re.Com. Calabria n. 234 del 17 luglio 2014, con cui il Comitato ha conferito al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all'adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (cinquecento/00) euro, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, sopra citata;

DATO ATTO, inoltre, della deliberazione n. 26 del 27 luglio 2016, con cui il Comitato, oltre a confermare la delega ora citata, ha conferito allo stesso Direttore, la delega ad adottare i provvedimenti di rigetto/inammissibilità/archiviazione delle istanze;

RICHIAMATO il punto III.5.5. dell'Allegato alla delibera AgCom 276/13/CONS "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", secondo cui: *"al fine di determinare il valore della controversia per l'applicazione della procedura semplificata di cui all'art. 19, comma 7, si avrà riguardo al valore del decisum, e non di quanto dichiarato all'atto dell'istanza. Pertanto, seppure l'utente chieda una somma superiore come indennizzo per il disservizio subito, se l'importo effettivamente liquidato è inferiore ad euro cinquecento, si provvederà con determina direttoriale"*;

VISTA l'istanza, acquisita al prot. n. 23041 del 18 maggio 2018, con cui il ricorrente in oggetto ha chiesto l'intervento di questo Co.Re.Com. per la definizione della controversia in essere con la Società in epigrafe, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, di seguito "Regolamento";

VISTA la nota del 22 maggio 2018, prot. n. 23556, con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

VISTA la nota pervenuta, a mezzo e-mail, il 21 giugno 2018, con cui la Società resistente ha prodotto la memoria difensiva e gli allegati, il cui contenuto deve intendersi qui trascritto;

VISTA la memoria di replica, il cui contenuto deve intendersi qui trascritto;

TENUTO CONTO degli elementi acquisiti nel corso dell'udienza di discussione, tenutasi il 26 novembre 2018;

RILEVATO, sulla base della documentazione acquisita agli atti del procedimento, che l'istante, intestatario dell'utenza 3924464XXX, ha rappresentato che:

- a) il 7 marzo 2017 è stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione, per "il malfunzionamento del WEB POCKET";
- b) in sede di conciliazione, l'operatore gli ha riconosciuto una somma di denaro a titolo di indennizzo, oltre la sostituzione del "WEB POCKET";
- c) il "Web Pocket" sostituito non era funzionante;
- d) ha fatto parecchi reclami, anche tramite portale;
- e) l'operatore ha sostenuto che il malfunzionamento era legato alla sim, perciò la sostituzione sarebbe stata a suo carico, non potendo rientrare in garanzia;
- f) il 31 gennaio 2018 è stata esperita una nuova procedura di conciliazione che si concludeva il 7 marzo 2018 con il mancato accordo delle parti;
- g) sono stati addebitati i costi del canone per l'ADSL e ulteriori servizi "extra già evidenziati nella procedura di primo grado alla quale si riporta", nonostante il terminale non fosse funzionante.

Il tentativo di conciliazione, promosso dall'utente in relazione alla controversia *de qua*, si è concluso con il mancato accordo delle parti, come da verbale di mancata conciliazione del 2 maggio 2018, in atti.

In base a tale premessa, l'utente ha chiesto:

1. la sostituzione della sim in garanzia;
2. "la restituzione dei canoni ADSL pagati e non dovuti visto il malfunzionamento del terminale";
3. la restituzione delle somme indebitamente pagate per il traffico dati "extra soglia, il servizio LTE e costi oneri incassi";
4. la restituzione di euro 6,10 per morosità non sussistente;
5. l'indennizzo per il malfunzionamento del terminale;
6. l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami;
7. le spese di procedura.

In data 21 giugno 2018, nel rispetto dei termini procedurali, la resistente ha fatto pervenire una propria memoria difensiva, con documentazione in allegato, con cui respinge gli addebiti, eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità e/o l'improcedibilità della istanza, con riferimento alle seguenti richieste:

- a) sostituzione della sim in garanzia, dato che l'operatore non può essere condannato ad un *facere*, essendo la competenza dell'Organo adito limitata all'eventuale condanna al rimborso e/o storno di fatture o alla liquidazione di indennizzi, nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti – delibera 173/07/CONS –;
- b) rimborso delle spese di procedura, essendo la procedura *de qua* gratuita, per cui ogni utente può accedere senza l'assistenza di un legale;
- c) indennizzo per il malfunzionamento del terminale, per la cessata materia del contendere, visto che l'operatore si è impegnato, nel corso dell'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, tenutasi nel mese di marzo 2017, a riconoscere un indennizzo di euro 250,00, per i problemi di malfunzionamento del terminale, erogato tramite bonifico, richiamando, a tal fine, l'art. 2, comma 1, All. A) – delibera 73/11/CONS – , a sostegno della propria tesi difensiva.

Prima di passare all'esame nel merito, parte resistente ha precisato che la numerazione in contestazione è stata attivata il 24 marzo 2016 con piano tariffario dati " Web Night & Day", abbinato al terminale "Huawei 52", in vendita rateale, con vincolo di 30 mesi, e che l'utenza, attualmente, risulta attiva.

Nel merito, l'operatore ha sostenuto infondatezza della richiesta di indennizzi formulata dall'istante, dopo che nell'accordo conciliativo, conclusosi nel mese di marzo 2017, è stato già riconosciuto all'istante un indennizzo onnicomprensivo di euro 250,00, per i problemi di malfunzionamento del web pocket. In più, ha evidenziato che il reparto tecnico ha immediatamente avviato le opportune verifiche, da cui è emerso che nella zona indicata dall'utente il segnale della "rete 3 è disponibile e ottimale, oggi come lo era all'epoca dei fatti". La conferma di quanto appena affermato è data dall'analisi del traffico generato dalla sim oggetto di contestazione – estrapolato in conformità alla regolamentazione vigente in materia di tutela della privacy, D.Lgs. 1 giugno 2003, n. 196 –, a dimostrazione che nei giorni dell'asserito presunto disservizio è stato invece rilevato l'utilizzo della sim, come risulta dal relativo traffico telefonico, la cui schermata è stata prodotta ai fini probatori. La resistente ha rilevato ancora che l'istante ha aperto l'ultima richiesta di assistenza il 9 maggio 2017 per "caduta linea", a seguito della quale è stato sostituito il terminale. Ciò nonostante, l'istante ha continuato a sostenere di avere problemi di navigazione, per cui il servizio clienti gli ha suggerito di sostituire la sim, che non ha mai effettuato. Per ultimo, ha precisato che l'assistenza in garanzia si riferisce al terminale e non alla sim, citando il link del sito istituzionale.

Ancora nel merito, ha evidenziato la distinzione tra il servizio di somministrazione di telefonia mobile, rispetto al servizio di telefonia fissa. In particolare, ha sottolineato che: con la sottoscrizione del contratto di telefonia fissa, il gestore si obbliga all'esecuzione di una fornitura del servizio presso la residenza o la sede del cliente, per una determinata durata, per cui, in caso di disservizi, ne è responsabile. Nei contratti di telefonia mobile, il gestore non è nelle condizioni di sapere il luogo di esecuzione del contratto. Comunque, assicura e pubblicizza una copertura territoriale dei propri servizi, progressivamente estesa, anche mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie, ma mai certa e totale (*ex multis* Delibera Agcom n. 69/16/CIR).

In relazione agli obblighi di copertura previsti per gli operatori mobili di cellulari, la resistente ha prodotto la nota del 3 maggio 2017 del Ministero dello sviluppo Economico – Dipartimento Comunicazione – in cui si certifica che l'operatore in questione "... ha correttamente adempiuto agli obblighi di copertura all'interno del territorio nazionale ...".

In ordine alla contestazione degli addebiti per il traffico dati extra soglia, la resistente ha precisato che, nel caso di specie, l'istante ha optato per "una soglia di sicurezza del traffico dati di euro 50,00" che, peraltro, non è stata mai superata dallo stesso. Per di più, risulta che l'istante ha attivato, tramite area clienti, il servizio gratuito "SIM Infosoglie", che consente di ricevere, mediante un SMS, le notifiche in prossimità dell'esaurimento delle soglie previste dalle opzioni tariffarie. Pertanto, tale richiesta, oltre che pretestuosa, appare in contrasto con le altre richieste *ut supra* formulate, giacché non si può prima contestare il malfunzionamento del terminale e successivamente contestare il traffico extra soglia.

Analogamente, per quanto riguarda la generica contestazione "dell'opzione Lte", visto che l'opzione può essere gestita in piena autonomia dai clienti, sia per l'attivazione sia per la disattivazione, attraverso i canali messi a disposizione dall'operatore: "Area clienti, APP di 3, servizio clienti 133". Infine, anche "i costi oneri incassi" sono dovuti, come previsto dall'art. 15.13 delle Condizioni Generali di contratto, a meno che l'utente non aderisca al servizio "Conto 3 On Line", come specificato nelle note in calce ad ogni fattura.

Infine, per quanto concerne la mancata risposta ai reclami, la resistente asserisce di aver dato riscontro a tutti i reclami inviati dall'istante, fornendo la prova delle e-mail trasmesse, attraverso l'esibizione delle schermate.

Per questi motivi, ha insistito perché l'istanza sia rigettata, poiché del tutto infondata.

Il 3 luglio 2018, l'istante ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2, del Regolamento, la memoria di replica, con cui ha contestato *ex adverso* quanto dedotto e affermato dalla resistente. In particolare ha contestato l'eccezione di improcedibilità e/o inammissibilità, relativa alla richiesta di indennizzo per malfunzionamento del terminale, in quanto tardiva, visto che l'operatore non l'ha eccepita nel corso dell'udienza di conciliazione, puntualizzando che il *petitum* della presente controversia riguarda periodi successivi, per cui l'eccezione sollevata dal gestore sarebbe infondata, poiché non vi è nessun legame con il precedente accordo raggiunto nel mese di marzo 2017.

All'udienza del 26 novembre 2018, da una parte, il gestore ha ribadito la correttezza del proprio operato, dall'altra, l'istante, tramite il proprio delegato, ha insistito nelle richieste, per come formulate nell'atto introduttivo. Il Responsabile del procedimento, comunque, ha acquisito elementi utili ai fini della decisione.

In via preliminare, si dichiara l'inammissibilità della richiesta formulata dall'istante, concernente la richiesta di sostituzione della sim, per incompetenza di questo Organo ad esprimersi in ordine a qualsiasi richiesta che conduca ad un *facere*, stante l'obbligatorietà del contenuto vincolato del provvedimento di definizione della controversia, nei termini di cui all'art. 19, comma 4, del vigente Regolamento di procedura.

Gradatamente, in via preliminare, si accoglie l'eccezione sollevata dall'operatore, per cessata materia del contendere, riguardo il malfunzionamento del terminale, giacché è stato raggiunto un accordo tra le parti, nel corso della conciliazione espletata il 7 marzo del 2017, per cui, nel caso *de quo*, trova applicazione il principio del "*ne bis in idem*".

NEL MERITO, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le altre richieste formulate dall'istante non possono essere accolte, come di seguito precisato.

Dalla documentazione depositata dalla parte resistente, emerge che in seguito al deposito dell'istanza, avendo appreso di un presunto malfunzionamento della SIM, l'operatore ha effettuato le opportune verifiche, all'esito delle quali: " ... è emerso che nel comune di Roma all'indirizzo Via ... - indirizzo fornito dal cliente - la rete 3 è disponibile e ottimale ... ", senza riscontrare alcun genere di guasto o anomalia. Inoltre, lo stesso ha effettuato la verifica della regolarità del traffico telefonico, nel periodo in contestazione, che appare regolare, allegando ai fini probatori le schermate del traffico telefonico.

Tanto premesso, nel caso di specie, l'organo decidente, relativamente al malfunzionamento dell'utenza mobile, ritiene di dover accogliere la tesi difensiva sostenuta dalla parte resistente, considerata la peculiarità del servizio di somministrazione di telefonia mobile. Infatti, il contratto consente al titolare dell'utenza la possibilità di fruire del servizio telefonico nella quasi totalità del territorio nazionale e internazionale, tuttavia, in alcune zone del territorio è possibile che il servizio sia meno efficiente a causa della debolezza del segnale derivante da svariati motivi. Per la telefonia mobile, il gestore non è nelle condizione di sapere il luogo di esecuzione del contratto, potendo il luogo dell'acquisto, la residenza del cliente, nonché l'effettiva zona dell'uso del servizio corrispondere a luoghi diversi, contrariamente, a quello che, invece, avviene per i contratti di telefonia fissa, laddove è ben circoscritto il luogo di esecuzione dell'esecuzione. Gli operatori, in generale, assicurano e pubblicizzano una copertura territoriale dei loro servizi, progressivamente estesa, anche mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie, ma, senza ciò nonostante raggiungere la totale copertura territoriale.

Nel caso di specie, dall'esame del dettaglio di traffico prodotto dall'operatore risulta che comunque l'istante nel periodo dallo stesso indicato ha usufruito del servizio, di conseguenza risulta smentito per *tabulas* l'asserita impossibilità di utilizzare il servizio. Ne consegue che, alla luce di quanto precede, trattandosi di una cattiva

ricezione del segnale, e non di un malfunzionamento del servizio, nella fattispecie in esame, come già chiarito dall'Agcom - delibera 163/16/CIR e delibera 65/16/CIR - , nessun indennizzo potrà essere riconosciuto all'istante in questa sede, ma soltanto la possibilità di recedere senza alcun costo.

Parimenti, non trova accoglimento la richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo, perché dalla documentazione in atti, prodotta dalle parti, risulta che l'operatore ha dialogato con l'utente.

Si rigettano le altre richieste formulate dall'istante.

RITENUTO che, ai sensi dell'art. 19, comma 6 del Regolamento di procedura, nella quantificazione di rimborsi ed indennizzi, deve tenersi conto *"del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione"* ed, altresì, che *"quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi"* vadano comunque *"rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia..., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione"*;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, non sono rinvenibili le condizioni per il rimborso delle spese di procedura, attesa l'infondatezza della domanda.

Per tutto quanto sopra esposto

DETERMINA

1. Il rigetto integrale dell'istanza presentata dal sig. **Cagliostro S. A.** , nei confronti della società WindTre;
2. E' in facoltà del ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;
3. Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Regolamento "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità", come disposto dall'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259";
4. La presente determinazione è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale, e sul sito web, sia dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sia del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 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 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

Reggio Calabria, 8 marzo 2019

Il Responsabile del Procedimento

F.to **Avv. Antonia Repaci**

IL DIRETTORE DEL CO.RE.COM.

F.to **Avv. Rosario Carnevale**