

DETERMINA Fascicolo n. GU14/463846/2021**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - Wind XXX****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;

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 l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re. Com.)”;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l’Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 07/10/2021 acquisita con protocollo n. 0398299 del 07/10/2021

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

A seguito dell’udienza di conciliazione, tenutasi in data 29/07/2021, l’istante ha presentato istanza di definizione in data 07/10/2021 nei confronti di Wind XXX, d’ora in poi Wind, lamentando come, nonostante fosse attivo il pacchetto con chiamate e sms illimitati, l’operatore abbia bloccato l’invio di sms senza alcuna comunicazione preventiva. In base a tali premesse, l’istante chiede: a) Indennizzi per sospensione del servizio, mancato preavviso e mancata risposta a reclamo; b) Sblocco del servizio sms; c) Rimborso spese di procedura. Quantifica i rimborsi o indennizzi richiesti in euro 3.000,00.

Costituitosi con memoria del 25/11/2021, l'operatore ha chiesto il rigetto delle domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto. In primis, ha eccepito l'inammissibilità della richiesta di parte istante volta a ottenere un indennizzo che, quantificato in euro 3.000, si prefigura come risarcimento di un danno economico che, come tale, esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie, è chiamata a verificare solo la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento. Ha richiesto inoltre il rigetto della richiesta di rimborso per le spese di procedura, rammentando che l'art. 20, comma 6, della delibera 203/18/CONS stabilisce che possa essere riconosciuto "...il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità. Il regolamento prevede dunque che alcuna spesa è da liquidarsi se non necessaria e giustificata per l'espletamento della procedura", procedura di cui sottolinea l'assoluta gratuità e l'agevole accessibilità attraverso la piattaforma Conciliaweb. Diversamente da quanto disposto dal regolamento, l'operatore sottolinea come l'istante si limiti a chiedere genericamente il pagamento delle spese di procedura, senza fornire né il dettaglio delle spese occorse né la motivazione sulla necessità delle stesse. Rispetto alla vicenda contrattuale, Wind riporta che, all'esito delle proprie verifiche, è emerso quanto segue. In data 19 marzo 2020 veniva attivata la sim 320XXXX075, offerta Very 4,99 con traffico fonia e sms illimitati, oltre a 30 GB di traffico dati. Dall'analisi del traffico effettuato emergeva un utilizzo improprio del servizio di messaggistica, per cui in data 25 giugno 2020 il servizio sms veniva sospeso in via cautelativa. Nello specifico, veniva riscontrato che i messaggi, abitualmente inviati in notevole quantità dall'istante, erano stati ancor più massivi e concentrati verso singole direttrici nelle giornate del 24 giugno (150 sms) e del 25 giugno 2020 (153 sms). In data 30 giugno 2020 l'utente segnalava di non riuscire ad inviare sms - nonostante il pacchetto prevedesse messaggi illimitati - e chiedeva la riattivazione del servizio. Le verifiche effettuate confermavano che il servizio era stato sospeso per l'utilizzo anomalo del servizio sms. In data 30 luglio 2020 il Servizio Clienti provvedeva a contattare l'istante e, in ottica di caring, in data 31 luglio 2020 procedeva alla riattivazione del servizio. Per Wind, il blocco non è stato predisposto in maniera arbitraria, ma è stato determinato dall'utilizzo improprio del servizio di sms, effettuato dall'istante in maniera massiva e concentrata su singole direttrici. L'operatore, rilevato tale traffico anomalo, ha quindi disposto la sospensione conformemente alle Condizioni generali del contratto, in forza delle quali l'operatore è legittimato a sospendere il servizio in via cautelativa. Le Condizioni generali di contratto, accettate dall'istante con la sottoscrizione della relativa proposta di contratto, specificano infatti chiaramente quelle che sono le caratteristiche del servizio di telefonia mobile e le modalità con cui il servizio deve essere utilizzato dagli utenti. Wind contesta dunque l'asserzione del ricorrente secondo cui, poiché il contratto sottoscritto dall'utente prevedeva l'invio di sms illimitati, la sospensione attuata non sarebbe legittima. Le delibere Agcom num. 732/13/CONS, num. 48/15/CIR, num. 58/15/CIR, num. 193/16/CIR e num.118/18 Corecom Lazio confermano infatti che "corre l'obbligo per il cliente di non utilizzare o far utilizzare, direttamente o indirettamente, i servizi per scopo di lucro, anche indiretto (articolo 4.1 Condizioni Generali di Contratto), pena la facoltà del gestore di sospendere o risolvere il contratto "per l'uso improprio illegittimo del servizio". La possibilità di inviare sms a titolo gratuito non legittima quindi l'utilizzo improprio del servizio, in violazione delle generali regole di buona fede nell'esecuzione del contratto (articoli 1337, 1175 e 1375 del Codice civile) e di solidarietà tra le parti, tenute a preservare reciprocamente i propri interessi, per la naturale funzione economico-sociale del contratto, che sottende al rapporto sinallagmatico tra le parti. Il Servizio Clienti ha comunicato all'utente le motivazioni che avevano determinato il blocco del servizio sms e in ottica di caring ha provveduto alla riattivazione del servizio. In ragione della suddetta ricostruzione degli eventi, Wind ritiene che alcuna responsabilità possa essergli addebitata in merito alla sospensione del servizio sms, avendo debitamente rilevato l'uso anomalo del servizio rispetto alle Condizioni di contratto e, avutane conoscenza, azionato i rimedi contrattualmente previsti. Quanto alla richiesta di indennizzo per la mancata risposta al reclamo, Wind evidenzia come le Condizioni generali di contratto prevedono che l'operatore fornisca riscontro entro 45 giorni dal ricevimento della segnalazione. Nei predetti termini l'utente è stato contattato dal Servizio Clienti, con conseguente informativa sullo stato della segnalazione, ed ha ricevuto anche la riattivazione del servizio sms, con conseguente riscontro anche per facta concludentia.

In primis, viene respinta l'eccezione di inammissibilità della richiesta di indennizzo che, quantificata in euro 3.000, si prefigurerebbe come risarcimento di danno economico, come tale escluso dalle competenze dell'Autorità. Atteso che l'istante non avanza alcuna richiesta risarcitoria in termini di danno, l'operatore omette qualsivoglia allegazione probatoria a sostegno di quanto asserito. Diversamente, dette eccezioni risultano meramente dilatorie dei tempi di conclusione del procedimento e non meritano accertamento d'ufficio

(conforme è l'orientamento costante di Agcom: ex multis, delibere nn. 4/19/CIR e 5/19/CIR). Si aggiunge che la mera quantificazione dell'indennizzo effettuata dall'istante risulta del tutto ininfluenza ai fini del provvedimento di definizione che, solo una volta accertato un comportamento illegittimo in capo all'operatore, potrà applicare gli indennizzi del caso solo ed esclusivamente secondo i criteri stabiliti dal Regolamento Indennizzi (allegato A alla delibera n. 347/18/CONS). Passando al merito della controversia, all'esito delle risultanze istruttorie, si ritiene che le richieste dell'istante possano essere accolte parzialmente, come di seguito esposto. Le richieste di cui al punto a) vengono trattate congiuntamente e accolte nei termini che seguono. In base alla direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazione, adottata con la delibera Agcom n. 179/03/CSP, gli operatori sono tenuti a fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, anche sotto il profilo temporale (articolo 3, comma 4). Per l'art. 5, comma 1, della delibera 347/18/CONS, "Nel caso di sospensione o cessazione amministrativa di uno o più servizi avvenuta senza che ve ne siano i presupposti, ovvero in assenza del previsto preavviso, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 7,50 per ogni giorno di sospensione". Alla luce della documentazione a fascicolo non risulta che l'operatore abbia inviato al cliente alcun preavviso di sospensione di quel servizio che è stato poi ripristinato il mese successivo (come riportato dall'operatore e non smentito in alcuna sede dall'istante). A fronte di tale inadempimento, non può che riconoscersi il diritto dell'istante a ricevere un indennizzo proporzionato al disservizio subito, tenendo altresì conto della condotta del medesimo. È opportuno ricordare a tal fine come nella delibera 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", l'Autorità ha espressamente precisato che, per la liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento, tra le altre cose, al concorso del fatto colposo del creditore: se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto. Nella fattispecie in esame, l'utente avrebbe potuto evitare la sospensione usando l'ordinaria diligenza, astenendosi da quell'utilizzo improprio del servizio che ha portato l'operatore a sospendere la sim. Ne consegue che l'indennizzo dovuto dall'operatore ai sensi dell'art. 5, comma 1, dell'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS, nella misura di euro 7,50/pro die per 31 giorni di sospensione, pari a complessivi euro 232,50, viene ridotto nella misura del 50%. Pertanto, ai sensi del predetto art. 5, comma 1, l'operatore dovrà corrispondere all'istante l'importo di euro 116,25 per sospensione del servizio. Viene invece respinta la richiesta di indennizzo per mancato preavviso in quanto riguardante la fattispecie dell'illegittima sospensione, sulla quale si è appena disposto. Viene altresì respinta la richiesta di indennizzo per mancata risposta a reclamo a fronte del riscontro, per fatti concludenti, che l'operatore ha dato procedendo al ripristino del servizio il mese successivo alla segnalazione. Conseguentemente a quanto appena esposto, la richiesta di sblocco cui al punto b) viene respinta per cessata materia del contendere. La richiesta di cui al punto c) viene respinta considerato che la procedura di risoluzione delle controversie tramite la piattaforma Conciliaweb è completamente gratuita e che non risulta a fascicolo documentazione attestante spese di procedura giustificate. Per questi motivi, accertata la regolarità amministrativa del presente atto

DETERMINA

- Wind XXX, in parziale accoglimento dell'istanza del 07/10/2021, è tenuta a 1. Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti di Wind XXX per le motivazioni di cui in premessa. 2. Wind XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante il seguente importo, maggiorandolo degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza: I. euro 116,25 (centosedici/25) a norma dell'art. 5, comma 1, dell'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS. 3. Wind XXX è tenuta inoltre ad ottemperare alla presente determina, dandone, contestualmente, comunicazione a questo Ufficio, entro il termine di 30 giorni stabilito dall'art. 20, comma 4, dell'allegato A alla delibera n. 390/21/CONS.

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 Responsabile della Struttura
RITA FILIPPINI