



Determinazione dirigenziale n. 6 del 6 agosto 2018

**Oggetto: definizione della controversia XXX CATANZARO / WIND TRE S.p.A.
(già Wind Telecomunicazioni S.p.A.)**

IL DIRIGENTE

VISTI i principi di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e s.m.i., *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*;

VISTA la legge regionale 28 luglio 2008, n. 23 e s.m.i., *Disciplina dell'organizzazione degli uffici regionali e disposizioni concernenti la dirigenza ed il personale* e i successivi regolamenti di organizzazione attuativi della stessa;

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*;

VISTA la legge regionale 4 luglio 2005, n. 7, *Nuove disposizioni in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*;

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*;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., *Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS e s.m.i., recante il *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito, Regolamento);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 73/11/CONS, *Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995, n. 481*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 276/13/CONS, *Approvazione delle linee guida relative alla attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*;

VISTO 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 Assemblies legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 28 novembre 2017;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale del

Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte data in 28 dicembre 2017, e in particolare l'art. 5, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione del Corecom Piemonte n. 87-2016 del 28 novembre 2016, n. 4, con la quale, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del Regolamento e dell'Allegato alla deliberazione AGCOM 276/13/CONS, punto III.5.5., il Comitato ha delegato al Dirigente dell'Ufficio la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA l'istanza presentata in data 19.09.2017, con cui la Sig.ra XXX Catanzaro ha chiesto l'intervento del Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte (di seguito, Corecom) per la definizione della controversia in essere con WIND TRE S.p.A. (già Wind Telecomunicazioni S.p.A., di seguito Wind), ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTA la nota del 27.09.2017 con cui il Corecom, ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della predetta controversia, fissando i termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTE le memorie presentate dalle parti;

UDITE le stesse nell'udienza del 14.12.2017;

VISTA la proposta di decisione del funzionario incaricato dell'istruttoria;

CONSIDERATO

quanto segue :

1. Oggetto della controversia.

L'istante ha in sintesi rappresentato:

- di avere ricevuto sulla propria utenza, in data 13.08.2017, due messaggi provenienti dalla numerazione XXX recitanti rispettivamente: *"MobbyFun: per info chiama lo XXX. Vai su it.mobbyfun.com e scopri i migliori contenuti! Ti ricordiamo il servizio attivo."* e *"MobMigo: per info chiama lo XXX: Vai su it.mobmigo.com e scopri i migliori contenuti! Ti ricordiamo il servizio attivo."*;
- di avere pertanto prontamente controllato il credito residuo (ricaricato di € 50,00 in data 27.07.2017), accorgendosi che l'intero importo era stato completamente scalato;
- di avere, quindi, contattato il Servizio Clienti Wind al numero 155 per chiedere lumi circa l'attivazione, mai richiesta, dei suddetti servizi;
- che l'operatrice faceva presente che gli stessi erano attivi dal 13.07.2017 e che avevano comportato già un addebito totale di € 50,00, circa € 10,00 a settimana;
- di avere pertanto richiesto l'immediata disattivazione dei suddetti servizi, il riaccredito dell'intera somma oltre al barring dei servizi aggiuntivi;

- che l'operatrice, acconsentendo alla disattivazione nonché al barring dei servizi, comunicava che il gestore avrebbe restituito soltanto il costo sostenuto per un servizio nell'ultima settimana (€ 5,00);
- di avere fatto presente di non avere mai ricevuto altri messaggi in ordine all'attivazione prima del 13 agosto;
- che un ulteriore operatore confermava il riaccredito di € 5,00 quale unico che poteva essere effettuato;
- di avere esperito tentativo di conciliazione non conclusosi positivamente, stante l'offerta onnicomprensiva effettuata dal gestore pari ad € 100,00.

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

- a) il riaccredito della somma indebitamente percepita (€ 50,00 meno € 5,00 quale somma riconosciuta da Wind Tre) pari ad 45,00;
- b) l'importo che il Corecom vorrà riconoscere per l'assistenza prestata dal proprio legale nella fasi di conciliazione e di definizione;
- c) la somma di € 5.000,00 per attivazione di servizi non richiesti, pratiche commerciali aggressive, mancata assistenza.

L'operatore nella memoria difensiva in sintesi rappresenta:

- di ritenere improcedibile, ex all'art. 2, Allegato A, Delibera 73/11/CONS, l'istanza di controparte laddove richiede il rimborso di servizi non riconosciuti, avendo già provveduto a rimborsare l'istante per quanto contestato;
- di ritenere altresì improcedibile e/o inammissibile, a fronte di un rimborso già avvenuto e predisposto, la richiesta di ulteriore indennizzo per compenso professionale, pratica commerciale aggressiva e mancata assistenza in quanto l'Autorità adita può solamente, in caso di eventuale fondatezza della domanda, limitare la pronuncia di condanna ai casi di "*rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità*";
- che, le richieste di risarcimento danni, non possono trovare cittadinanza in sede di definizione, ove l'Autorità riveste il ruolo di decisore in quanto le stesse esulano dalla competenze di quest'ultima;
- che in data 13.08.2017, a seguito di contatto Inbound al Servizio Clienti, finalizzato a lamentare l'addebito dei servizi EP sulla sim XXX, si provvedeva a disattivare tali servizi, ad attivare il servizio "Blocco numerazioni a tariffazione a sovrapprezzo" nonché ad effettuare, in ottica meramente conciliativa e di fidelizzazione, il rimborso di € 5,08;

- di avere verificato che i suddetti servizi a sovrapprezzo contestati dall'istante, venivano attivati con connessione Wap in data 14.07.2017 al costo di € 5,08 / settimana;
- che come risultante da schermate allegate, l'istante riceveva sul proprio numero sms di attivazione e di rinnovo mensile dei servizi, sui quali era indicato espressamente: "Per disattivazione manda STOP al XXX o vai sul sito ...";
- che i predetti servizi venivano disattivati come comprovato dagli sms ricevuti dal numero dell'utente;
- che, genericamente, l'abilitazione della sim alla fruizione dei servizi a sovrapprezzo forniti a mezzo di specifiche numerazioni è insita – in quanto propria – al servizio di telefonia mobile, quindi già prevista in seno alle condizioni generali di contratto e resa nota al consumatore sin dal momento in cui aderisce al servizio Wind;
- che dall'abilitazione deve distinguersi la fruizione e, quindi, la richiesta di servizi a sovrapprezzo la cui attivazione è subordinata alla conclusione di uno specifico contratto distinto dal contratto di telefonia mobile;
- che l'utente che decida di avvalersi di servizi per i quali la SIM è astrattamente abilitata, è chiamato a manifestare la propria volontà attraverso una specifica attività;
- che qualora, nell'ambito dell'utilizzo del traffico dati in mobilità, il consumatore voglia attivare dei servizi a sovrapprezzo, dovrà selezionare sul terminale mobile l'apposita icona / tasto di attivazione dello specifico servizio;
- che, pertanto, si tratta di comportamenti attivi del consumatore che implicano la manifestazione di un consenso per fatti concludenti al perfezionamento di un autonomo e specifico rapporto contrattuale per l'acquisizione dei predetti servizi;
- che, nel caso in esame, avendo l'istante ricevuto gli sms sopraindicati, è evidente che fosse consapevole dell'attivazione in corso del servizio;
- che l'utente contestava l'addebito delle somme relative ai servizi di che trattasi solo in data 13 agosto;
- di avere, per la propria parte, provveduto a gestire tempestivamente il reclamo, a disattivare i servizi, ad attivare il servizio "Blocco numerazioni e tariffazione a sovrapprezzo" nonché ad effettuare, in ottica meramente conciliativa e di fidelizzazione, il già citato rimborso di € 5,08;
- di ritenere non sia dovuto all'istante alcun ulteriore storno in ragione di un'attivazione consapevole ed informata e di un concorso colposo in ragione del quale non ha disattivato il servizio prima;
- di non ritenere inoltre accoglibile la richiesta volta all'ottenimento anche di un indennizzo per servizi non richiesti, in quanto, secondo l'attuale orientamento Agcom, la fattispecie in esame esula dall'ambito oggettivo di cui all'art. 8 della Delibera 73/11 non trattandosi di attivazione di servizio non richiesto bensì di fatturazione indebita che trova il suo soddisfacimento attraverso la restituzione degli importi addebitati in fattura o mediante lo storno degli stessi nel caso in cui non siano stati corrisposti dall'istante.

Il gestore chiede pertanto, nel merito, il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto.

L'istante, con memoria del 02.11.2017 ha replicato:

- che la memoria del gestore è palesemente contraddittoria in più punti;
- che il gestore, con un doppio addebito a cadenza settimanale, segnatamente il giorno 14, 21, 28 luglio, 4 e 11 agosto, ha prosciugato il suo credito pari ad € 50,00 rimborsando poi soltanto una settimana ed un solo servizio per un totale di € 5,00;
- di ritenere tale rimborso parziale;
- di ribadire che i servizi sono stati attivati senza il suo consenso;
- che i messaggi di attivazioni citati da Wind erano ingannevoli, che nessun tasto di attivazione chiaro era presente;
- che, tra l'altro, i due sms di testo le sono stati inviati contestualmente, riportando la medesima data ed il medesimo orario;
- che il testo dei suddetti messaggi, in palese violazione dell'art. 70 del codice delle telecomunicazioni digitali, è volutamente e palesemente ambiguo;
- che parte convenuta non ha fornito prova alcuna circa la modalità di attivazione di tali servizi, che "dovrebbero" avere un consenso esplicito dell'utente e che, invece, avvengono a mezzo sfioramento di un banner pubblicitario che appare sulla pagina web visitata e che si sposta opportunamente sotto il dito dell'ignaro navigatore, attivando il servizio;
- di ritenere, essendo stati attivati contemporaneamente due servizi, che la procedura di attivazione dettata dal garante non sia stata rispettata; se infatti l'utente deve "interagire attivamente con dei tasti di attivazione" e tale interazione dovrebbe avvenire inserendo dei dati quali il numero di telefono e la data di nascita, è evidente che nel caso di specie tale interazione non sia avvenuta;
- che il gestore non ha inoltre prodotto la prova dell'effettivo utilizzo dei servizi offerti da MobMigo e MobbyFun.

L'utente conferma, quindi, le richieste oggetto del tentativo di conciliazione e della successiva definizione.

2. Risultanze istruttorie e valutazioni in ordine al caso in esame.

A) Sul rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile, ad eccezione delle domande poste *sub c)* richiedenti l'erogazione di somma a titolo di "*pratiche commerciali aggressive*" e "*mancata assistenza*", in quanto non contemplate dal Regolamento quali fattispecie indennizzabili.

B) Nel merito.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, si ritiene accoglibile la domanda *sub a)* volta ad ottenere il rimborso della somma di € 45,00, non ritenendo che l'operatore abbia fornito la prova che il servizio sia stato attivato consapevolmente dalla cliente.

Non può invece accogliersi la residua richiesta dell'istante avanzata *sub punto c)* di liquidazione di un indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti, tenuto conto che, con riferimento ai servizi digitali, deve rammentarsi che trattasi: a) di servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del regolamento sugli indennizzi; b) di servizi forniti da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazioni elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l'utente ed il fornitore del servizio; c) di servizi in relazione ai quali il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo e del corrispondente meccanismo di liquidazione, attiene solo alla fase dell'addebito, e non a quello dell'attivazione in senso stretto (v., tra le altre, la delibera n. 16/18/DTC).

D) Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è prevista dall'art. 19, comma 6) del Regolamento, che sancisce che *"l'Autorità [...] può riconoscere anche il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura"* e che nel determinare rimborsi e indennizzi si tenga conto *"del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione"*.

Nel caso di specie, si ritiene di compensare le spese di procedura tra le parti, considerato il comportamento dell'operatore che, in sede di udienza, aveva effettuato una proposta transattiva rifiutata dall'istante.

Tutto ciò premesso, per i motivi sopraesposti,

DETERMINA

l'accoglimento parziale dell'istanza presentata dalla Sig.ra XXX Catanzaro, avente domicilio eletto presso lo studio XXX, nei confronti di WIND TRE S.p.A. (già Wind Telecomunicazioni S.p.A.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, il quale operatore è tenuto a:

- **corrispondere** all'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, la somma di € 45,00.

Respinge il residuo della domanda posta *sub c)*, come più sopra specificato.

E' fatta salva la facoltà per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5 del Regolamento.

L'operatore è tenuto a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento della presente deliberazione entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

In forza dell'art. 19, comma 3 del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del d. lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. B), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento 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.

A cura dell'Ufficio, la comunicazione alle parti e la pubblicazione del presente atto.

Il Dirigente
Dott. Nicola Princi