

DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/107063/2019

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - Wind Tre IL DIRETTORE

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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito Regolamento;

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 Regolamento Indennizzi;

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 04/04/2019 acquisita con protocollo N. 0150198 del 04/04/2019

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:

L’istante lamenta il seguente problema nei confronti di Wind Tre X (di seguito Wind), dichiarando, nell’istanza introduttiva del procedimento (depositata in data 04/04/2019; l’udienza di conciliazione si è svolta anch'essa in data 04/04/2019), quanto segue. In data 02/07/2018 veniva attivato sulla sua utenza mobile un servizio a pagamento denominato "Cilindro Mobilepay" non richiesto. Contattava prontamente l'operatore, il quale assicurava che nessun abbonamento era stato in realtà attivato. In data 02/08/2018 riceveva un altro sms relativo all'abbonamento in essere. In data 16/08/2018 contattava nuovamente l'operatore, il quale confermava che il suddetto servizio era attivo dal 02/07/2018 e che erano già stati prelevati 30 euro, riaccreditando peraltro euro 5 (costo del servizio settimanale), riconoscendo quindi esservi una propria responsabilità, e provvedendo alla sua disattivazione. Subiva poi l’interruzione di servizio attivato con Vodafone (sua precedente compagnia telefonica), denominato "black list", cessato a sua insaputa in occasione del passaggio a Wind in data 23/11/2017 e riattivato, dopo diversi tentativi, solo in data 18/09/2018. Infine, inoltrava reclamo a mezzo pec in data 04/09/2018 e in data 24/09/2018, cui non veniva fornito riscontro. Tutto ciò premesso, l’istante è a richiedere: 1) rimborso della somma di euro 25 per servizio accessorio a pagamento non richiesto e mai usufruito; 2) indennizzo per indebita attivazione di servizio a pagamento non richiesto; 3) indennizzo per mancata risposta al reclamo; 4) indennizzo per cessazione non richiesta di servizio accessorio precedentemente attivo; 5) rimborso spese di procedura.

Wind, con memoria in data 20.05.2019, in relazione alla vicenda in esame, eccepisce quanto segue. In via preliminare, si eccepisce l'improcedibilità della presente istanza di definizione ex art. 2, comma 3, allegato A alla delibera 347/18/CONS laddove l’istante richiede il rimborso per servizi non riconosciuti, avendosi già provveduto, a prescindere dalla fondatezza della contestazione, a rimborsare, prima dell’instaurarsi della controversia, l’istante per quanto contestato. Ciò premesso, si precisa poi che in data 16/08/2018, a seguito di

ricezione di reclamo telefonico da parte dell'istante, finalizzato a contestare l'addebito dei servizi EP, si provvedeva a disattivare tali servizi, ad attivare il servizio "Blocco numerazioni a tariffazione a sovrapprezzo" e a rimborsare €5,00 a fronte dell'addebito settimanale. Si precisa altresì che in data 04/09/2018 perveniva reclamo avverso servizi a sovrapprezzo, reclamo che veniva gestito confermando la gestione già intrapresa ed inviando apposita comunicazione. Stessa contestazione perveniva in data 24/09/2018, anch'essa gestita riportandosi alla gestione intrapresa in data 16/08/2018 ed inviando all'istante apposita comunicazione di riscontro. Per quanto concerne la disattivazione del servizio presumibilmente indicato quale "Blocco numerazioni a tariffazione a sovrapprezzo" in fase di MNP da Vodafone a Wind, si specifica che tale servizio accessorio e gratuito può essere in qualsiasi momento richiesto dal cliente all'operatore recipient. Si richiama poi l'art. 3.2 ("Fornitura del servizio") delle Condizioni contrattuali Wind, ai sensi del quale "Il Cliente potrà effettuare e ricevere chiamate telefoniche, inviare e ricevere messaggi ed usufruire del servizio di connettività Internet secondo le modalità e con i limiti relativi al Servizio specifico. La carta SIM è abilitata alla fruizione di servizi a sovrapprezzo, forniti anche da terze parti, il cui costo potrà essere addebitato sul conto telefonico o sul credito telefonico del cliente. La fruizione dei servizi a sovrapprezzo potrà essere inibita attivando il relativo blocco". Nel merito della contestazione relativa all'attivazione mai richiesta del servizio denominato "Cilindro Mobilepay" ed alla conseguente indebita fatturazione, si evidenzia che, effettuati gli opportuni controlli, veniva accertato che il servizio a sovrapprezzo contestato dall'istante era stato attivato con connessione Wap e che in data 16/08/2018 era stato poi disattivato come da richiesta dell'istante. Si precisa che il reclamo veniva tempestivamente gestito, provvedendosi a disattivare tale servizio e ad attivare il servizio "Blocco numerazioni a tariffazione a sovrapprezzo" nonché ad effettuare, in ottica meramente conciliativa e di fidelizzazione, il rimborso di euro 5, ragion per cui si ritiene come nessun ulteriore storno sia dovuto a fronte di un'attivazione del servizio consapevole ed informata e in presenza, quindi, di un concorso colposo dell'istante. Con riferimento, poi, alla richiesta dell'istante di avere oltre al rimborso/storno delle somme addebitate per servizi a sovrapprezzo anche un indennizzo per servizi non richiesti, si rappresenta che secondo l'attuale orientamento Agcom la suddetta richiesta non può trovare accoglimento in quanto la fattispecie in esame esula dall'ambito oggettivo di cui all'art. 9 della Delibera 347/18, 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. Infine, relativamente all'asserita mancata risposta al reclamo, si ribadisce di avere adempiuto a quanto richiesto dall'istante, anche per *facta concludentia*. In proposito, si richiama il disposto dell'art. 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP, nonché il successivo art. 11, comma 2, della stessa delibera, ai sensi dei quali "la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contrattoin forma scritta nei casi di rigetto; nel caso di accoglimento, come nel caso di specie, il reclamo risulta accolto per *facta concludentia* e non esige la forma scritta".

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato. La richiesta di cui al punto 1) può essere accolta. Wind afferma che l'utente che decida di avvalersi dei servizi per i quali la sim è astrattamente abilitata è chiamato a manifestare la propria volontà attraverso una specifica attività (nella fattispecie, la selezione, sul terminale mobile, dell'apposita icona/tasto di attivazione dello specifico servizio), implicante la manifestazione di un consenso per fatti concludenti al perfezionamento di un autonomo e specifico rapporto contrattuale per l'acquisizione dei predetti servizi. Ciò premesso, deve tuttavia rilevarsi come l'operatore non abbia fornito alcuna prova dell'effettivo compimento, da parte dell'istante, di tale attività, prevista per attivare i servizi qui contestati. Alla luce dell'orientamento Agcom (si veda, in particolare, determina direttoriale n. 38/17/ DTC), la debenza degli importi richiesti non risulta, dunque, provata, tenuto conto, appunto, dell'assenza di documentazione attestante la volontà dell'utente in tal senso. D'altro canto, affinché l'operatore possa attivarsi per risolvere eventuali problematiche, è necessario che lo stesso sia messo nella condizione di conoscerle. Al riguardo, risulta, secondo quanto pacificamente riconosciuto dallo stesso operatore, che infatti provvedeva al rimborso della somma di euro 5 e alla loro disattivazione, che l'istante, in data 16/08/2018, abbia prontamente effettuato segnalazione telefonica di disconoscimento dei servizi contestati. Il suddetto onere informativo, incombente sull'istante, risulta dunque essere stato dal medesimo pienamente soddisfatto. Neppure risulta accoglibile l'eccezione di improcedibilità avanzata da Wind per avere lo stesso operatore già corrisposto la somma parziale pari ad euro 5, non potendo tale somma ritenersi soddisfacente delle pretese dell'istante, anche alla luce delle considerazioni sopra svolte. Wind deve dunque provvedere al rimborso di quanto richiesto

relativamente ai costi riferiti al servizio a sovrapprezzo attivato, pari ad euro 25,00 (venticinque/00) (euro 30 totali, detratti i 5 euro già corrisposti). La richiesta di cui al punto 2) non può essere accolta. Si conferma, in linea con l'attuale orientamento Agcom in materia, che la richiesta non può trovare accoglimento in quanto la fattispecie in esame esula dall'ambito oggettivo di cui all'art. 9 della Delibera 347/18, non trattandosi di attivazione di servizio non richiesto bensì di fatturazione indebita che trova il suo soddisfacimento attraverso, appunto, la restituzione degli importi addebitati in fattura, non essendo ravvisabile, nella fattispecie in esame, l'esistenza di un ulteriore disagio indennizzabile. La richiesta di cui al punto 3) può essere accolta. Agli atti risultano due reclami scritti inoltrati dall'istante a Wind, il primo in data 04/09/2018, il secondo in data 24/09/2018. Al primo risulta agli atti essere stato fornito riscontro da Wind in data 07/09/2018 evidenziandosi la non accoglibilità dello stesso in ragione del parziale rimborso (euro 5) già ricevuto. Al secondo risulta essere stato fornito riscontro in data 04/10/2018. Rispetto ad esso, deve tuttavia precisarsi che, per valutare il diritto ad ottenere un indennizzo per mancata risposta, non può ritenersi sufficiente, al fine di un esonero da responsabilità, la semplice circostanza che l'operatore abbia provveduto a rispondere per iscritto alle doglianze dell'utente. L'operatore deve infatti informare l'utente anche circa gli accertamenti compiuti e i motivi ostativi alla risoluzione della problematica lamentata. Non è conforme a ciò un riscontro che risulti essere del tutto generico, e che non soddisfi nessuna delle richieste di chiarimento avanzate dall'utente, limitandosi a reiterare dati già noti. Nel caso di specie, la condotta dell'operatore, limitandosi a ribadire la correttezza del proprio operato, non risulta essere stata conforme agli obblighi sopra esplicitati, il che fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo (si veda Agcom Delibera n. 117/10/CIR Corecom Lombardia Delibera n. 35/11 e Corecom Friuli-Venezia Giulia Delibera n. 22/12). La richiesta è, in particolare, accolta a partire dal giorno 08.11.2018 (data di inoltro del reclamo, aggiunti i 45 giorni entro i quali il gestore deve fornire riscontro ai sensi dell'art. 2, comma 3, della delibera n. 347/18/CONS) fino al giorno 04/04/2019 (data di svolgimento dell'udienza di conciliazione). Pertanto, in considerazione dell'arco di tempo indennizzabile (gg. 148), l'utente ha diritto ad un indennizzo pari alla somma di euro 300,00 (trecento/00), a norma dell'art. 12 della delibera n. 347/18/CONS. La richiesta di cui al punto 4) non può essere accolta. L'istante lamenta interruzione di servizio attivato con Vodafone (sua precedente compagnia telefonica), denominato "black list", cessato a sua insaputa in occasione del passaggio a Wind in data 23/11/2017 e riattivato, dopo diversi tentativi, solo in data 18/09/2018, ragione per la quale chiede il riconoscimento di un congruo indennizzo. La richiesta non può tuttavia essere accolta, non avendo l'istante assolto all'onere probatorio previsto a suo carico ex articolo 2697 c.c.. L'utente, con l'istanza introduttiva del presente procedimento, si limita infatti a dedurre, del tutto genericamente, l'avvenuta disattivazione di tale servizio, senza tuttavia produrre al riguardo alcuna prova documentale, in primis copia delle fatture Vodafone eventualmente attestanti l'esistenza di tale servizio nonché espressa richiesta a Wind di mantenere in essere lo stesso. Nulla di ciò risulta prodotto in atti, pertanto si ribadisce la non accoglibilità di tale richiesta. La richiesta di cui al punto 5) non trova accoglimento in considerazione del fatto che l'istante ha presenziato all'udienza di conciliazione in modalità virtual room e a quella di discussione in modalità audio conferenza.

DETERMINA

- Wind Tre, in parziale accoglimento dell'istanza del 04/04/2019, è tenuta a 1. Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti di Wind Tre per le motivazioni di cui in premessa. 2. Wind Tre è tenuto a pagare in favore dell'istante i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza: I. euro 300,00 (trecento/00), a norma dell'art. 12 della delibera n. 347/18/CONS; II euro 25,00 (venticinque/00) a titolo di rimborso di quanto richiesto relativamente ai costi riferiti al servizio a sovrapprezzo attivato (denominato "Cilindro Mobilepay"). 3. Wind Tre è tenuto a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento 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.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore
Rita Filippini