



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione Tutela dei Consumatori

DETERMINA DIRETTORIALE N.73/18/DTC

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

CINQUEGRANA / WIND TRE S.P.A.

(GU14/1300/17)

II 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. 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. 405/17/CONS;

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*”, di seguito “*Regolamento*” come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 597/11/CONS;

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 sugli indennizzi*”;

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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 296/18/CONS;

VISTA l’istanza del sig. Cinquegrana, del 10 luglio 2017;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO che sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento è risultato quanto segue.

L’istante, intestatario di diverse utenze telefoniche contraddistinte dal codice cliente n. 1097673 ha lamentato nei confronti di WIND Tre S.p.A. (di seguito anche “WIND



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione Tutela dei Consumatori

Tre” o “Società”) l’illegittima applicazione di costi per servizi a pagamento non richiesti e la mancata risposta al reclamo. In particolare nell’istanza introduttiva del procedimento, nelle memorie e nel corso dell’audizione, l’istante ha dichiarato quanto segue:

a. in seguito ad una verifica, l’istante ha evitto con riferimento alla fatturazione relativa al periodo 1° giugno 2013 – 1° ottobre 2016 addebiti relativi a servizi a pagamento non richiesti e al servizio “Ti ho cercato”;

b. in data 6 marzo 2017, l’istante ha inviato, tramite il proprio legale, un reclamo volto a contestare tali addebiti, chiedendo chiarimenti in merito all’attivazione nonché la restituzione degli importi addebitati senza giustificazione, in quanto gli addebiti menzionati riguardano servizi e/o contenuti extra rispetto a quelli base, dall’istante non richiesti, né attivati e né tantomeno usufruiti;

c. nelle memorie di replica, l’istante ha contestato la valenza probatoria della documentazione prodotta da WIND Tre, ritenendo che la stessa non sia atta a provare la legittimità degli addebiti. Le schermate e i *files* depositati altro non sono che pretestuosi e fantasiosi artifici, sforniti di valore legale e soprattutto disconosciuti a mezzo della presente, sia nella forma che nel contenuto. In ordine alla mancata risposta al reclamo, la schermata del messaggio versata in atti, è senza dubbio inidonea a certificare l’invio e la ricezione di una risposta che in ogni caso non lo è sul piano sostanziale.

In base a tali premesse, l’utente ha richiesto:

- i. la giustificazione degli addebiti contestati e in mancanza la restituzione di quanto corrisposto;
- ii. la liquidazione degli indennizzi per la mancata risposta al reclamo;
- iii. la liquidazione degli indennizzi per attivazione di servizi non richiesti;
- iv. il risarcimento del danno;
- v. il rimborso delle spese di procedura.

La Società WIND Tre, nella propria memoria difensiva, ha dichiarato che parte istante lamenta l’addebito dei “Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner” e del servizio “Ti Ho Cercato” con riferimento al periodo di fatturazione 1° giugno 2013 (fattura n.1339059274) al 1° ottobre 2016 (fattura n. 1639895441). Il primo reclamo scritto presentato dall’istante, per il tramite del suo rappresentante, è pervenuto sui sistemi di WIND Tre solo in data 6 marzo 2017 e l’istanza GU14 è stata presentata dopo ben tre anni dalla scadenza della maggior parte delle fatture. Inoltre, in questo lasso di tempo, l’istante aveva disattivato gli abbonamenti, per poi attivare nuovamente delle utenze con la medesima società, senza mai contestare nulla.

WIND Tre ha precisato di aver tariffato tutto il traffico generato dalle utenze oggetto di contestazione, secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dai piani tariffari denominato “TOP 400, TOP 800, TOP *Unlimited*, Top Infinito *Plus*”.

I piani tariffari prescelti prevedono dei piani a soglie, in quanto, a fronte del versamento di un canone mensile, l’utente poteva fruire di diverse tipologie di soglia per telefonate, SMS e la possibilità di navigare in *internet* a seconda dei piani tariffari.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione Tutela dei Consumatori

Tutto il traffico generato oltre le soglie contrattualmente stabilite e per servizi non compresi nel *plafond* è stato oggetto, pertanto, di specifica ed autonoma tariffazione secondo i costi previsti dai suddetti piani tariffari. In ogni caso, il cliente ha sempre a propria disposizione la possibilità di monitorare l'extra soglia come previsto all'articolo 4 della Carta Servizi, al punto "Trasparenza dei prezzi", ponendo a disposizione della clientela diversi strumenti attraverso i quali consentire il controllo, in tempo reale ed in ogni momento, del livello di spesa raggiunto. Ciò posto, con la dovuta diligenza, e in modo semplice e veloce, parte istante avrebbe potuto monitorare il traffico generato e gli importi extra soglia fatturati. Onere che, evidentemente, non si è affatto premurata di osservare.

WIND Tre ha effettuato gli opportuni controlli per verificare la presenza pregressa dell'attivazione e la disattivazione degli specifici servizi presenti in fattura e ha prodotto, a titolo esemplificativo, solo alcune delle certificazioni di attivazione e disattivazione dei servizi rilasciate dai fornitori.

Tali servizi sono erogati in abbonamento e consistono in contenuti scaricabili la cui attivazione può avvenire solo da parte dell'utente sia da "Portale 3", sia da siti internet mobili esterni (m-site).

Il contenuto è erogato dal *partner (provider)* con cui WIND Tre ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori.

Il rapporto tra WIND Tre e questi *provider* garantisce verifiche molto stringenti. Dette verifiche vengono effettuate da una specifica piattaforma (*HUB*) che controlla, sui servizi *wap billing* ("Contenuti Portale 3"), le fasi di attivazione, addebito, *caring*, *billing* e disattivazione. La piattaforma tecnologica di "3" (*HUB*) verifica che il cliente abbia cliccato sul tasto di conferma/acquisto compreso nella *landing page* (ossia, pagina di attivazione) del *partner provider* autorizzando la positiva conclusione della fase di attivazione e il susseguente addebito, solo se tale azione viene compiuta da parte dell'utente. Contestualmente alla fase di attivazione, il *partner provider* provvede ad inviare il c.d. "Welcome Message" che informa il cliente sulle modalità di disattivazione e sulle modalità di fruizione del servizio erogato.

WIND Tre, in merito ai servizi *wap billing*, è l'unico operatore che prevede negli accordi con i *partner provider* che gli stessi inviino settimanalmente un SMS gratuito di *caring*, con lo stato di attivazione, del servizio, le modalità di disattivazione e di fruizione dei contenuti acquistati, in modo che il cliente possa sapere senza ombra di dubbio dell'attivazione in corso e provvedere alla sua disattivazione. Il metodo di attivazione di tali servizi sia stato studiato, oltre che per rispettare le norme vigenti, anche per accertare la volontarietà del cliente, evitando sottoscrizioni "casuali". Ne consegue che l'istante, quand'anche il servizio fosse stato attivato senza suo espresso consenso, è posto in condizione di sapere dell'avvenuta attivazione del servizio contestato grazie agli SMS settimanali.

La pretestuosità delle richieste formulate da controparte è rilevabile, altresì, dal fatto che l'istante non ha mai contestato gli importi delle fatture emesse se non per la prima volta con il reclamo scritto inviato il 3 marzo 2017, laddove ha contestato le fatture fin dall'inizio del contratto nel 2013.

Occorre, infatti, evidenziare che nessun altro precedente reclamo scritto risulta inviato dal sig. Cinquegrana, ciò avrebbe senz'altro permesso a WIND Tre di approntare le opportune



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione Tutela dei Consumatori

verifiche, fornire all'utente le delucidazioni del caso, nonché procedere con l'immediata disattivazione dei servizi in abbonamento contestati, ove fossero stati attivi, e fornire le vecchie certificazione di attivazione.

Qualora, la posizione difensiva di WIND Tre fosse disattesa, occorre evidenziare come la normativa vigente in materia di tutela dei dati personali preveda che “[i]l trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi”. Ne consegue, quindi, che potranno essere prese in considerazione solo le fatture emesse a partire dal mese di agosto 2016.

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

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 1,50 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. WIND Tre, ha inviato un SMS all'istante, informandolo prontamente sia della variazione relativa al nuovo costo, del tutto legittima e rientrante nelle scelte imprenditoriali della scrivente società, sia della possibilità di disattivare gratuitamente e, in qualsiasi momento, il servizio “Ti ho cercato” al fine di non subire addebiti non voluti, che, infine, del rinnovo mensile del servizio accessorio in mancanza della richiesta di disattivazione. Il servizio è stato disattivato in data 16 settembre 2017.

Con riferimento alla mancata risposta al reclamo inviato tramite posta certificata dal legale dell'istante in data 6 marzo 2017, WIND Tre ha provveduto a inviare una risposta scritta tramite posta elettronica.

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

La richiesta di cui al punto i. deve trovare parziale accoglimento, in quanto la società WIND Tre ha prodotto in atti, a titolo esemplificativo, alcune certificazioni rilasciate dagli *internet provider* al fine di provare la volontarietà della cliente nell'attivazione dei servizi oggetto di contestazione, ma non ha depositato i *log* di attivazione relativi a tutti i servizi oggetto di contestazione. Con riferimento agli importi da rimborsare, occorre precisare che l'istante si è limitato a indicare gli importi da restituire con riferimento a ogni singola fattura di cui ha fornito l'indicazione del numero ma non anche la copia della stessa. In ogni modo, occorre evidenziare che, in mancanza di documentazione contabile fornita dall'istante e di prova contraria fornita dall'operatore, potranno essere rimborsati gli importi relativi a servizi a sovrapprezzo addebitati nelle fatture emesse a partire dal mese di agosto 2016, tenuto conto del reclamo del 3 marzo 2017. Nel caso di specie, trovano applicazione le disposizioni di cui all'articolo 123 del Codice della *privacy* che prevede che “[i]l trattamento dei dati relativi



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione Tutela dei Consumatori

al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi". Ne consegue, quindi, che dovranno essere rimborsati gli importi addebitati nelle fatture relative al periodo agosto 2016 sino alla data del *port out*.

Con riferimento agli importi addebitati per il servizio "Ti ho cercato", gli importi devono essere restituiti, in quanto 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 la predetta informativa

Con riferimento alla richiesta di cui al punto ii. la stessa deve essere accolta in quanto la schermata esibita in atti non rappresenta una forma di risposta scritta al reclamo, non essendo dimostrabile in alcun modo che la stessa sia giunta al destinatario. Tanto premesso, ai sensi dell'articolo 11 del *Regolamento sugli indennizzi*, la società WIND Tre è tenuta a corrispondere in favore dell'utente l'indennizzo secondo il parametro pari a euro 1,00 *pro die* per il numero di giorni pari a 49 calcolati dal 18 aprile 2017 (dal 45° giorno successivo alla presentazione del reclamo del 3 marzo 2017, come da Carta servizi) fino al 6 giugno 2017 (data in cui si è svolto il tentativo di conciliazione).

Proseguendo oltre, la richiesta concernente la liquidazione dell'indennizzo per attivazione di servizi e/o profili tariffari non richiesti, non può trovare accoglimento, tenuto conto che quanto 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 comunicazione elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l'utente e 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 della attivazione in senso stretto.

Con riferimento alla richiesta di cui al punto iv. la stessa non può trovare accoglimento in quanto esula dalle competenze di questa Autorità ai sensi dell'articolo 19, comma 4 del *Regolamento*.

Infine, per quanto concerne la richiesta di liquidazione dell'indennizzo per la gestione della pratica, di cui al punto v., appare equo liquidare l'importo pari a euro 100,00 a titolo di spese di procedura.

DETERMINA

1. L'accoglimento parziale dell'istanza del sig. Cinquegrana nei confronti della società WIND Tre S.p.A. per le motivazioni espresse in premessa.
2. La società WIND Tre S.p.A. è tenuta a corrispondere, oltre l'importo pari a euro 100,00 a titolo di spese di procedura, gli importi addebitati sotto la voce "Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner" relativi al periodo agosto 2016 fino al *port out*, gli importi relativi al servizio "Ti ho cercato" dal primo addebito fino alla data di disattivazione nonché l'importo pari a euro 49,00 a titolo di indennizzo per la mancata



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni
Direzione Tutela dei Consumatori

risposta al reclamo, con la maggiorazione degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.

3. La società WIND Tre S.p.A. è tenuta a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della stessa.

4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11 di cui al d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

5. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11, comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Napoli, 27 luglio 2018

Il Direttore
Mario Staderini