

DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/8027/2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXXXXX - 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;

Visto l'art. 5 lettera e) della Convenzione tra l'Agcom e il Co.Re.Com. Sicilia, per l'esercizio delle Funzioni Delegate in tema di comunicazioni, in vigore dal 1° Gennaio 2018, con la quale, l'Autorità ha delegato il Co.Re.Com. Sicilia alla definizione delle Controversie;

VISTO l'Accordo Quadro del 28 Novembre 2017, tra l' Autorita per le Garanzie nella Comunicazione, la Conferenza delle Regione e delle Province Autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee Legislative delle Regioni e delle Province Autonome;

VISTA la Legge Regionale 26 Marzo 2002 n. 2, successivamente modificata ed integrata, ed in particolare l'art. 101 che ha istituito il " Comitato Regionale per le Comunicazioni della Regione Siciliana" (Co.Re.Com.);

VISTA l’istanza dell’utente XXXXXXXXX, del 21/08/2018 acquisita con protocollo N. 0090237 del 21/08/2018

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:

La Sig.ra XXXXXXXXX, di seguito istante o utente, con la presente procedura ha lamentato nei confronti della WIND Tre S.p.A. per la propria sim ricaricabile XXXXXXXXXX, l’attivazione di un servizio non richiesto. In particolare nell’istanza introduttiva del procedimento l’utente ha dichiarato che, nella data del 24/12/2017 veniva attivato sulla sim il servizio a pagamento denominato “Adult Time” e contestualmente veniva decurtato dal credito esistente sulla sim la somma di euro 24,00. L’utente nella data del 14/01/2018 disattivava il servizio e da quella data la WIND Tre S.p.A. le negava la facoltà di poter accedere alla propria area clienti. L’istante in data 25/01/2018 reclamava tale duplice disservizio ma la Wind Tre S.p.A. non dava alcun riscontro a quanto richiesto. In base a tali premesse l’istante ha richiesto quanto segue: 1) il ripristino della facoltà di accesso all’area clienti del sito internet WIND ; 2) il rimborso dell’importo di euro 24,00; 3) l’indennizzo per l’attivazione del servizio non richiesto Adult Time ; 4) l’indennizzo per la sospensione del servizio di accesso all’area clienti; 5) l’indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 25/01/2018; 6) il riconoscimento e la corresponsione di ogni altro indennizzo normativamente disposto; 7) il risarcimento del danno.

L’operatore WIND Tre S.p.A. di seguito WIND, società o operatore, nel rispetto dei termini impartiti dalla nota di avvio del procedimento, ha depositato la memoria con l’allegata documentazione, nella quale in sintesi, ed a difesa del proprio operato ha dichiarato quanto segue. In primis, l’operatore ha chiesto il rigetto di talune richieste dell’istante atteso che alcune risultano volte ad un risarcimento del danno ed altre non risultano contemplate né disciplinate dal Regolamento sugli indennizzi. Nel proseguo della memoria l’operatore ha dichiarato che dall’applicativo Wind il servizio a sovrapprezzo denominato “Adult Time “ risulta essere stato attivato sulla sim (prepagata) XXXXXXXXXX in data 24/12/2017 e disattivato nella data del 14/01/2018.

Nello specifico l'operatore ha evidenziato che si tratta di un servizio di tipologia wap billing denominato International Mobile Phone Adult Time, che viene attivato durante le sessioni di navigazione e che comunque, all'atto dell'attivazione, l'utente riceve un SMS di notifica tramite il quale può procedere alla sua disattivazione. Nello specifico ed nel merito la società ha dichiarato che per i servizi di cui si discute "wap billing", la Wind è l'unico operatore che prevede, con gli accordi con i partner provider, che gli stessi inviino settimanalmente un SMS gratuito di carring, con lo stato di attivazione del servizio, le modalità di disattivazione e di fruizione dei contenuti acquistati, in modo tale che il cliente può sapere senza ombra di dubbio, dell'attivazione in corso e provvedere conseguentemente, alla sua disattivazione. Appare del tutto evidente, quindi, come 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 cosiddette "casuali". Ne consegue, quindi, che l'istante, quand'anche il servizio fosse stato attivato senza il suo espresso consenso, è posto in condizione di sapere dell'avvenuta attivazione del servizio contestato, grazie agli SMS settimanali che vengono inviati sul proprio telefonino. Difatti a supporto di quanto sopra dichiarato, la società ha evidenziato che lo stesso istante nei documenti depositati in atti, ha allegato il testo degli SMS ricevuti. Nel proseguo della memoria, l'operatore ha dichiarato che in data 14/01/2018 tramite IVR dedicato, il servizio di cui si discute veniva disattivato e veniva impostato un blocco/barring sul numero di cellulare per poter inibire altre ed ulteriori attivazioni. In complessivo gli addebiti sono stati di euro 24,52, e che a seguito dell'istanza promossa dall'utente, la società ha corrisposto un accredito di euro 6,00, pari al costo del primo rinnovo settimanale relativo al servizio contestato. Altresì, l'operatore ha evidenziato che relativamente ai servizi a sovrapprezzo, orientamento unanime della Autorità è quello di operare l'eventuale storno delle sole somme antecedenti ai 6 mesi dalla data del reclamo, rigettando qualsiasi richiesta di indennizzo poiché la fattispecie è riconducibile ad un indebita fatturazione e non all'attivazione di servizi non richiesti. Nel proseguo della memoria, la società ha eccepito la richiesta di indennizzo per la mancata risposta al reclamo, atteso che l'istante in atti, non ha depositato alcuna documentazione volta ad attestare la consegna del reclamo alla convenuta. Pertanto e per quanto argomentato la Wind pertanto ha chiesto il rigetto di tutte le domande formulate dall'istante poiché infondate in fatto ed in diritto.

Preliminarmente, deve essere rigettata l'eccezione di tardività del deposito della memoria difensiva di Wind, formulata dall'istante, posto che il termine perentorio a tal fine concesso dal Corecom Sicilia con la nota di avvio del procedimento scadeva di domenica, giorno 07/10/2018. Si evidenzia infatti che, sia nel processo amministrativo, sia nel processo civile, se il giorno di scadenza per un adempimento è festivo, il termine è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo (art.52, comma 3 D.L. 02 luglio 2010 n.104 e art.155 comma 4 c.p.c.). Per analogia legis, pertanto ed anche secondo giurisprudenza di legittimità (Cass.II 24/09/2010 n.24375/10) tale principio deve ritenersi applicabile anche nel procedimento amministrativo, con la conseguenza che qualora i termini fissati con la lettera di avvio del procedimento scadono in giorno festivo, sono prorogati al primo giorno seguente non festivo. Pertanto la memoria dell'operatore depositata in atti, il giorno lunedì 08/10/2018, è ammissibile. Altresì deve essere rigettata l'eccezione di carenza di rappresentanza prospettata dall'istante, atteso che il Regolamento che disciplina il procedimento di definizione non richiede forme determinate per la difesa del procedimento dell'operatore. Sempre in via preliminare, deve dichiararsi l'inammissibilità della richiesta dell'utente di cui al punto 7) di risarcimento del danno, atteso che le pretese risarcitorie esulano dalla competenza dell'Agcom e pertanto del delegato Corecom, ai sensi dell'articolo 20 del Regolamento, essendo di competenza esclusiva dell'Autorità giudiziaria ordinaria. Parimenti devono essere dichiarate inammissibili, le richieste dell'istante di cui ai punti 1) e punto 4), atteso che tali richieste non rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento sugli indennizzi. Premesso quanto sopra, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria e per la documentazione in atti depositata, le richieste formulate dalla parte istante possono trovare un parziale accoglimento per le motivazioni che seguono. Nel merito, si sostanzia che la richiesta dell'istante di cui al punto 2) trova accoglimento, in quanto in mancanza della documentazione di dettaglio del traffico dati effettuata dall'istante, (log di connessione), gli importi detratti e contestati devono essere restituiti. In ragione di quanto sopra, la società è tenuta a rimborsare all'istante la complessiva somma di euro 24,52 per gli addebiti effettuati. Mentre non può trovare accoglimento la richiesta di cui al punto 3) inerente la richiesta di indennizzo per l'attivazione di servizi e/o profili tariffari non richiesti. Difatti l'Agcom nelle proprie delibere e/o determine si è sempre espressa negativamente in tal senso adducendo che proprio in merito ai servizi digitali, deve rammentarsi che trattasi: a) di servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del Regolamento 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 ed il fornitore dei servizi; 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. Nel proseguo e per quanto depositato in atti, trova accoglimento la richiesta di cui al punto 5) atteso che al reclamo formulato dall'utente nella data del 24/01/2018, con allegata evidenza di inoltro a mezzo pec nella successiva data del 25/01/2018, la Wind non ha dato riscontro. Pertanto la società è tenuta a corrispondere all'istante l'indennizzo di cui all'art.12 comma 1 del Regolamento sugli indennizzi per un importo complessivo di euro 135,00, calcolato nella misura di euro 2,50 al dì per giorni 54, computati in riferimento al periodo compreso dall'11/03/2018, scadenza del 45° giorno utile entro il quale l'operatore doveva dare riscontro come da Carta dei Servizi, alla data del 04/05/2018, giorno dell'udienza di conciliazione e primo confronto tra le parti. Nel proseguo si significa che non può trovare accoglimento la richiesta di cui al punto 6) attesa la genericità e l'indeterminatezza nella formulazione della stessa. L'istante avrebbe dovuto indicare analiticamente le voci di indennizzo richiesto, supportate anche da documentazione probante e pertinente, al fine di poter permettere allo scrivente un attento esame della stessa. In ultimo, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'art.20 comma 6 del Regolamento, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) quale rimborso per le spese di procedura.

DETERMINA

- Wind Tre, in parziale accoglimento dell'istanza del 21/08/2018, è tenuta a corrispondere, a mezzo bonifico o assegno bancario, la somma di euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura, nonché i seguenti importi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza: euro 24,52 (ventiquattro/52) per gli addebiti subiti ed euro 135,00 (centotrentacinque/00), a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo.

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
Francesco Di Chiara