



Decreto del Direttore del Servizio Organi di garanzia

Decreto n° 258/GEN del 30/04/2019

Oggetto: Definizione controversia / Wind Tre S.p.a. (già marchio Wind Telecomunicazioni S.p.a.) – Gu14 n.3/2018.

IL DIRETTORE DEL SERVIZIO ORGANI DI GARANZIA

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"* (di seguito Autorità) e, in particolare, l'articolo 1, comma 13, della medesima legge che prevede la possibilità di istituire con legge regionale i comitati regionali per le comunicazioni per l'esercizio decentrato sul territorio delle funzioni delegate di governo, di garanzia e di controllo del sistema delle comunicazioni di rilevanza locale;

VISTA la delibera n.53/99 del 28 aprile 1999, di *"Approvazione del regolamento relativo alla definizione delle materie di competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni delegabili ai Comitati Regionali per le Comunicazioni"*;

VISTA la legge regionale 10 aprile 2001, n.11, istitutiva del Comitato regionale per le comunicazioni (di seguito Co.Re.Com.) per il Friuli Venezia Giulia;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante *"Codice delle comunicazioni elettroniche"*;

VISTO l'Accordo Quadro 2018 tra l'Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblies legislative delle Regioni e delle Province autonome, del 28 novembre 2017, conforme al testo approvato dall'Autorità con delibera n.395/17/CONS del 19 ottobre 2017;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni tra l'Autorità e il Co.Re.Com. del Friuli Venezia Giulia, sottoscritta nel dicembre 2017 e, in particolare, l'articolo 5, comma 1, lettera e), in ordine alla definizione delle controversie;

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 per brevità "Regolamento"), applicabile ai procedimenti per i quali la relativa istanza sia stata presentata antecedentemente alla data del 1° luglio 2018;

VISTA la delibera n. 276/13/CONS di "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Co.Re.Com. in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche" (di seguito per brevità "Linee guida");

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" secondo la procedura di cui al succitato Regolamento (di seguito "Delibera indennizzi");

VISTA la Delibera dell'Agcom n. 276/13/CONS "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Co.Re.Com. in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";

VISTA l'istanza dell'utente [GU14 n.3/18) prot.n.0361/A dd. 11/01/2018, presentata nei confronti di Wind tre S.p.a. (già marchio Wind telecomunicazioni S.p.a.), di seguito per brevità "Wind", rappresentata dalla dott.ssa [giusta delega in atti Co.Re.Com);

VISTA la nota prot. n.531/P d.d.16/01/2018, con la quale veniva comunicato alle parti l'avvio del procedimento per la definizione della succitata controversia;

VISTI tutti gli atti del procedimento, parte integrante del presente provvedimento, ai cui contenuti è fatto rinvio per relazione;

PREMESSO che l'Istante, titolare dell'utenza privata n. [come già riportato in sede di conciliazione (cfr. fascicolo UG n.1381/17), lamenta la attivazione sulla rispettiva SIM di servizi a pagamento non richiesti e non voluti, per cui chiede il rimborso (come da allegato 2 al formulario GU14 di descrizione dei fatti e formulazione richieste, punto sub 4.6);

RILEVATO, in relazione alle ulteriori richieste (punti da sub 4.1/ a sub 4.5 e sub. 4.7, 4.8 e 4.9 dell'allegato 2) contenute nell'istanza di attivazione della procedura *de qua*, ai cui contenuti è fatto rinvio per relazione, che il pronunciamento del Co.Re.Com. è limitato alla sola eventuale condanna dell'operatore al rimborso di somme risultate non dovute (ovvero allo storno delle somme non dovute che ancora non siano state pagate) o al pagamento degli indennizzi previsti da contratto, dalle carte dei servizi, o individuate in disposizioni normative o delibere dell'Autorità, per cui esulano dall'odierna sede ulteriori valutazioni o disposizioni di altra natura risarcitoria e/o di tipo sanzionatorio;

CONSIDERATO, pertanto, di dover circoscrivere l'esame alla verifica del fondamento della richiesta di rimborso ed eventuale indennizzo per i servizi a pagamento non richiesti e non voluti (c.d. *servizi premium*), riscontrati nel periodo intercorso dal mese di luglio 2017 (in cui l'Istante attesta di aver riscontrato l'attivazione di detti servizi, come già contestato anche in sede di conciliazione) ed il 6 settembre 2017, data in cui (come riconosciuto da Wind) è stato richiesto il relativo blocco;

CONSIDERATO, altresì, come evidenziato anche in altri pronunciamenti Co.re.com, che in presenza di contestazioni generiche: "stante ... (omissis) ... l'impossibilità di accertare l'an", il "quomodo" ed il "quantum" ... (omissis) ... non può determinarsi una responsabilità per inadempimento contrattuale ex articolo 1218 c.c." (cfr., tra gli altri, Corecom Lazio – delibera n.32/2016; Corecom Basilicata – delibera n.15/2016.);

RILEVATO che nell'istanza GU14 all'esame (e analogamente in UG) la sola contestazione di addebiti per servizi a sovrapprezzo non richiesti e non voluti, individuata in modo specifico e determinata nel suo ammontare, è quella di euro 14,00 relativa al servizio denominato Caleido della ditta Aloe (dal 6 al 26 luglio 2017);

VISTA la nota difensiva di Wind Tre S.p.a. del 12 febbraio 2018 (giusta e-mail prot. n.1928-A, dd 13/02/2018) con cui l'Operatore, costituendosi nella procedura *de qua*, propone il versamento della somma di 50 (cinquanta) euro per una risoluzione negoziale della controversia, salvo precisare che:

- i servizi *premium* sono attivabili solo dal cliente mediante comportamenti attivi, manifestazione di un consenso per fatti concludenti e perfezionamento di un autonomo e specifico rapporto contrattuale per la rispettiva acquisizione;
- il risarcimento dei danni materiali e morali esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie di cui alla delibera n. 173/07/CONS, è chiamata a verificare solo la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento, ai sensi dell'articolo 19, comma 4, del Regolamento;
- l'eventuale richiesta d'indennizzo per servizi non richiesti esula dall'ambito oggettivo di cui all'articolo 8 della Delibera 73/11/CONS, trattandosi in specie di fatturazione indebita che troverebbe 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;

CONSIDERATO che in detta nota Wind riconosce l'attivazione di servizi a sovrapprezzo sull'utenza (allegando anche i prospetti di rispettiva registrazione) e ammette di aver individuato i seguenti:

- servizio TapFan attivato da canale WAP in data 17 luglio 17 e disattivato il 6 settembre 2017, servizio in abbonamento del costo settimanale di euro 5.09;
- servizio attivato da canale WAP in data 25 agosto 2017 e disattivato in data 6 settembre 2017, servizio in abbonamento del costo settimanale di euro 5.09 (Allegato 1, 1a), di cui attesta aver già rimborsato la somma di 5 euro;

VISTA la nota di replica del 20 febbraio 2018 (giusta e-mail prot. n.2370-A, dd 21/02/2018), con cui l'Istante ha rifiutato la proposta transattiva dell'Operatore, optando per una decisione di merito da parte del Co.Re.Com;

CONSIDERATO che nel medesimo atto di replica l'Istante ha dichiarato di ritenere soddisfacenti le precisazioni fornite dall'Operatore nella rispettiva memoria difensiva in ordine all'individuazione dei servizi a pagamento attivati sull'utenza di interesse;

VISTO il parere del 12 aprile 2016, rilasciato dalla Direzione Tutela dei consumatori dell'Autorità (RG ufficiale AGCOM 0019566, 12 aprile 2016) in ordine all'inapplicabilità ai contenuti c.d. *premium* degli indennizzi per attivazione di servizi non richiesti, essendo chiarito che per i medesimi servizi 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;

RILEVATO, altresì, che nel succitato parere è tuttavia ribadito il diritto dell'utente al rimborso degli addebiti effettuati, pur non potendosi ritenere applicabili gli indennizzi liquidati in sede di definizione delle controversie ex articolo 8 della Delibera 73/11/CONS per i servizi sovrapprezzo.

CONSIDERATO che già dal 5 settembre 2017 (come risulta dalla descrizione dei fatti di cui all'allegato 2 del formulario GU14) l'Istante ha lamentato in modo esplicito all'Operatore i servizi a pagamento dallo stesso rilevati richiedendo, tra l'altro, di individuarli in modo chiaro, nonché di provvedere al relativo rimborso;

CONSIDERATO altresì che un riscontro adeguato per la individuazione di tali servizi, da parte dell'Operatore, non è avvenuta neppure in occasione dell'incontro avuto tra le parti per il tentativo obbligatorio di conciliazione, in quanto solo con la memoria difensiva del 12 febbraio 2018 l'Istante ha ottenuto delle precisazioni più chiare;

RITENUTO di dover considerare il ritardo nella risposta da parte dell'Operatore, alle richieste dell'Istante e ai ripetuti reclami, ai fini del riconoscimento di un equo indennizzo, tenuto conto dei parametri di commisurazione previsti dell'articolo 11 della Delibera indennizzi citata in premessa, pari ad euro 1,00 per ogni giorno di ritardo;

DATO atto che l'istanza di cui sopra soddisfa i requisiti di proponibilità e ammissibilità di cui all'articolo 14 del Regolamento, mentre, come già rilevato, ove sia riscontrata la fondatezza dell'istanza la decisione è limitata a eventuali rimborsi o indennizzi chiesti e accertati, previsti dal contratto dalle carte dei servizi, individuati dalle disposizioni normative o dalle delibere (Regolamenti AGCOM);

VISTO, in tema di onere della prova, l'articolo 2397 c.c. ai sensi del quale chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento;

VISTO, altresì, l'articolo 1218 c.c. in tema di obbligazioni in generale e di adempimenti contrattuali, che pone una presunzione di responsabilità in capo al debitore, con inversione dell'onere della prova (cfr. Cass. S.U. n. 13533/2001), il cui contenuto è richiamato nelle "Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", approvate con Delibera AGCOM n. 276/13/CONS, dd. 11 aprile 2013;

RICHIAMATI, infine, l'articolo 1175 c.c. quale espressione, nel campo delle obbligazioni, del generale principio giuridico di correttezza (o buona fede in senso oggettivo) nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, nonché l'articolo 1176 c.c. avente ad oggetto la diligenza nell'adempimento (cd "*diligenza del buon padre di famiglia*"), paradigma di riferimento nella misura dei mezzi e degli accorgimenti che il debitore deve porre in essere per conseguire il risultato, nonché delle attività necessarie atte a soddisfare parte creditrice, in connessione alla responsabilità del debitore disciplinata dal succitato articolo 1218 c.c.;

VISTO l'articolo 19, comma 6, del Regolamento che, quale parametro di riferimento per la valutazione delle spese di procedura, prevede si debba tener conto del "*grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*";

CONSIDERATO, a tale proposito, che entrambe le parti sono state presenti e hanno partecipato attivamente alla procedura in corso, anche in pendenza del tentativo di conciliazione e che, in ossequio allo spirito conciliativo, è stata manifestata da parte di Wind la disponibilità a venire incontro alle esigenze dell'Istante al fine di addivenire ad una composizione negoziale della vicenda in discussione, con una proposta transattiva di rimborso della somma di euro 50,00 (cinquanta,00);

RITENUTO, pertanto, tenuto conto di quanto premesso in ordine all'onere della prova, alla partecipazione delle parti alla procedura, nonché in relazione all'analisi della fattispecie concreta e da quanto emerso dalla documentazione in atti;

- non accoglibile la pretesa ad un risarcimento dei danni, in quanto non rientrante nelle competenze di questo Co.Re.Com.;
- infondata la pretesa ad un indennizzo per attivazione di servizi non richiesti, essendo inapplicabile ai contenuti c.d. *premium* (come chiarito nel già richiamato parere dell'AGCOM);
- fondata la pretesa di riconoscimento e liquidazione di un rimborso della somma complessiva di euro 60,00 (con arrotondamento da 59,9), per i servizi a sovrapprezzo attivati sull'utenza in quanto non richiesti e specificamente contestati dall'Istante ed espressamente riconosciuti dall'Operatore, di cui:
 - euro 14,00 (quattordici,00) relativi al Servizio Caleido della ditta Aloe, dal 6 luglio 2017 al 27 luglio 2017 (tre settimane), quale addebito specificamente contestato e determinato nel rispettivo ammontare dall'Istante;
 - euro 40,72 relativi al servizio TapFan, che Wind dichiara essere stato attivato da canale WAP in data 17 luglio 2017 e disattivato il 6 settembre 2017 (8 settimane), per un costo settimanale di euro 5,09;
 - euro 5,18 relativi al servizio attivato da canale WAP, che Wind dichiara essere stato attivato in data 25 agosto 2017 e disattivato in data 6 settembre 2017 (2 settimane); quale servizio in abbonamento del costo settimanale di euro 5,09, con detrazione di 5 euro che il medesimo Operatore attesta di aver già rimborsato senza essere stato contestato sul punto dall'Istante;
- fondata la pretesa di riconoscimento e liquidazione di un indennizzo che si determina nella misura complessiva, considerata proporzionale, di euro 116, per ritardo nella risposta da parte di Wind (avvenuta solo il 13 febbraio 2018) ai ripetuti reclami e richieste di precisazione formulate dall'Istante a decorrere dal 5 settembre 2017, un tanto ex articolo 11 della Delibera indennizzi (per un importo pari ad 1 euro per ogni giorno di ritardo nella risposta ai reclami) e tenuto conto del termine ordinario di risposta di 45 giorni previsto nella carta servizi dell'Operatore.

Alla luce di quanto sopra,

DECRETA

In accoglimento parziale dell'istanza presentata dal sig.

Wind Tre S.p.A. è tenuta a:

- 1) corrispondere all'Istante la somma di euro 60,00 (sessanta,00) a titolo di rimborso per l'attivazione di servizi a sovrapprezzo non richiesti, con maggiorazione degli interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza e sino all'effettivo saldo;
- 2) corrispondere all'Istante la somma di euro 116,00 (centosedici,00) a titolo di indennizzo per ritardata risposta ai reclami, con maggiorazione degli interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza e sino all'effettivo saldo;
- 3) comunicare al Co.Re.Com. FVG l'avvenuto adempimento del presente provvedimento entro il termine di 60 giorni dalla notifica.

Le spese di lite si intendono compensate, ai sensi di quanto disposto dal Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007.

Il presente provvedimento costituisce un ordine 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 entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Co.Re.Com. FVG e dell'Autorità (www.agcom.it).

Per il Direttore del Servizio Organi di garanzia
Il Vicesegretario generale del Consiglio regionale
Alessandra Cammaroto