

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: XXX Bertoli /Wind Tre
XXX (già Wind Telecomunicazioni XXX)**

Presenti:

SANDRO VANNINI	<i>Presidente</i>
GIANCARLO MAGNI	<i>Vice Presidente</i>
RENATO BURIGANA	<i>Componente</i>
LETIZIA SALVESTRINI	<i>Componente</i>
MAURIZIO ZINGONI	<i>Componente</i>

Assenti:

Presiede: **Sandro Vannini**

Segretario: **Luciano Moretti** *Dirigente della struttura di assistenza al Comitato incaricato
della redazione del presente atto*

Allegati N. 0

IL COMITATO REGIONALE per le COMUNICAZIONI

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 e comma 13;

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

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante il "Codice del consumo" e successive modifiche e integrazioni;

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 Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la "Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, comma 1, lett. e);

VISTA la Delibera Agcom n. 179/03/CSP "*Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249*" e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 173/07/CONS, All. A "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 73/11/CONS All. A "*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori*";

VISTA la Delibera Agcom n. 276/13/CONS "*Approvazione delle Linee Guida relative all'attribuzione delle deleghe ai CoReCom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*";

VISTA l'istanza GU14 n. 231 del giorno 22 giugno 2016 con cui la Sig.ra XXX Bertoli chiedeva l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società Wind Telecomunicazioni XXX (ora Wind Tre XXX, di seguito, per brevità, Wind) ai sensi dell'art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A (di seguito il "Regolamento");

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

La Sig.ra Bertoli, ha lamentato l'attivazione non richiesta di servizi sull'utenza n. 328 6340XXX.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- in data 5 luglio 2012 sottoscriveva presso un rivenditore autorizzato una proposta di contratto unicamente finalizzata alla portabilità della numerazione mobile 335 6926XXX ed autorizzava il pagamento delle fatture tramite RID su carta di credito esclusivamente in relazione a tale servizio;

- a distanza di due anni dalla sottoscrizione del suddetto contratto, l'istante richiedeva la portabilità della numerazione mobile 335-6926XXX verso altro gestore, riscontrando, tuttavia che non era stato dato corso alla cessazione del contratto mentre era proseguita la fatturazione ed i relativi addebiti sulla carta di credito in relazione alla diversa numerazione 328-63400XXX che l'istante apprendeva essere stata addebitata (e – sia pure inconsapevolmente – pagata) in ben 16 fatture bimestrali nonostante che l'utenza non fosse mai stata né richiesta né utilizzata dall'interessata; tempestivamente reclamava telefonicamente gli addebiti non riconosciuti;

- con reclamo del 16 febbraio 2015 inoltrato all'operatore, per il tramite dell'Avv. Simone Nitrini, l'istante disconosceva l'utenza 328 6340XXX, chiedeva che venisse fornita la documentazione contrattuale relativa all'utenza contestata e chiedeva il rimborso degli importi corrisposti *per compulsum* in relazione alla medesima, nonché la liquidazione degli indennizzi spettanti per attivazione di servizi non richiesti;

- l'operatore, pur omettendo di inviare la richiesta documentazione, ne riconosceva di fatto la fondatezza provvedendo al rimborso delle somme indebitamente percepite per l'utenza non richiesta previa emissione delle relative note di credito, ma non dava corso alla corresponsione di alcun indennizzo;

- constatava che l'operatore aveva addebitato costi relativi all'utenza disconosciuta *“nelle fatture bimestrali n. 7910474546, 8821640190, 7803189007, 7921145128, 7917606263, 7906843704, 7903113801, 7914067095, 7821920431, 7820035223, 7814532268, 7810797260, 7807019336, 8817895121, 8814191305, 7403002970 e risulta, dunque, essere rimasta attiva per complessivi 960 giorni”*.

In data 18 maggio 2016 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore Wind tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

i) la liquidazione degli indennizzi spettanti in relazione all'attivazione di servizi non richiesti con riferimento alla numerazione 328-6340XXX rimasta attiva per 960 giorni;

ii) le spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore, in merito al disconoscimento dell'istante della SIM n. 328 6340XXX, ha dedotto che *“da verifiche si appurava che in data 16/02/15 perveniva reclamo da parte del legale del cliente che contestava l'attivazione del servizio. Wind Telecomunicazione XXX si attivava immediatamente disattivando la sim e procedendo agli storni delle fatture con relativa emissione delle note di credito”*.

L'operatore ha rappresentato che, in data 7 marzo 2015, “venivano stornate le fatture n. 8814191305 di euro 9,84, n. 881789512 di euro 24,00, n. 8821640190 di euro 24,00, n. 7803189007 di euro 24,00, n. 7807019336 di euro 24,00, n. 7810797260 di euro 24,00, n. 7814532268 di euro 24,00, n. 7820035223 di euro 24,00, n. 7821920431 di euro 24,00, n. 7903113801 di euro 24,00, n. 7906843704 di euro 24,00, n. 7910474546 di euro 24,98, n. 7914067095 di euro 30,56, n. 7917606263 di euro 40,99, n. 7921145128 di euro 40,99, n. 7403002970 di euro 40,99 e n. 7406536038 di euro 22,01”.

L'operatore Wind ha, inoltre, rappresentato di aver inviato “un messaggio informativo sulla gestione del reclamo in data 27.02.2015 come da print allegato”.

L'operatore ha, altresì, dedotto “che l'utente ha contestato le fatture a distanza di ben due anni dall'emissione delle stesse. L'art. 23 delle Condizioni di Contratto, rubricato “Procedura reclami - Rimborsi” prevede che “Le richieste di rimborso a i reclami relativi alla fatturazione potranno essere inoltrate a Infostrada Servizio Clienti, mediante raccomandata AR.. entro 45 giorni dalla data di emissione della fattura in Contestazione. I termini concessi all'utente per contestare le fatture hanno la loro ragion d'essere nel permettere all'operatore di utilizzare tutti i mezzi a disposizione per effettuare i controlli necessari. Nel caso specifico se il reclamo fosse pervenuto entro i termini indicati si sarebbe proceduto alla cessazione della sim nell'immediatezza dello stesso reclamo. Il cliente avrebbe ben potuto disconoscere la sim non richiesta molto tempo prima visto che la fatturazione ne contabilizzava i relativi costi. In ragione della suesposta ricostruzione degli eventi, si ritiene che alcuna responsabilità possa essere addebitata alla convenuta per il presunto ritardo occorso nella gestione della disattivazione del sim”.

Infine, l'operatore ha evidenziato “che, anche alla luce della recente delibera 276/13/CONS, “Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche”, l'Autorità ha espressamente precisato che, per la liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento, tra le altre cose, al concorso del fatto colposo del creditore: se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto. In aggiunta, l'AGCom ha puntualizzato che, con riferimento ai criteri temporali per il calcolo dell'indennizzo, ed in applicazione dei principi di proporzionalità ed equità, se dal comportamento tenuto dall'utente può desumersi un completo disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio (ad es. perché per mesi o addirittura per anni non ha reclamato o avanzato richieste in proposito), il predetto calcolo va fatto decorrere dal momento in cui un simile interesse diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l'operatore”.

3. La replica dell'istante.

In data 4 agosto 2016, l'istante, per il tramite dell'Avv. Nitrini, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2, del Regolamento, una memoria di replica con la quale ribadiva che risulta “di tutta evidenza e pacifica la circostanza che ha visto essere stata attivata da parte di Wind la numerazione mobile 328-6340XXX; altrettanto non può dirsi circa la legittimità della suddetta attivazione, non essendo questa riconducibile ad un atto di volontà dell'istante, giuridicamente valido e vincolante”.

L'istante ha, inoltre, precisato che:

- “ricevuta la contestazione (...) in merito all'attivazione non richiesta della numerazione mobile 328-6340XXX, Wind ne riconosceva di fatto la fondatezza, provvedendo all'emissione delle note di credito che lo stesso operatore richiama nella propria memoria difensiva e, soprattutto, operando il rimborso

delle somme pagate per compulsum dalla propria cliente in relazione alla predetta utenza disconosciuta”;

- a fronte del reclamo del 16 febbraio 2015, “la Società Wind non forniva alcuna prova documentale circa una previa richiesta di attivazione dell’utenza 328-6340XXX (...) per converso, stornava gli importi fatturati nell’intero corso del rapporto contrattuale con riferimento alla predetta utenza non richiesta e provvedeva al relativo rimborso, ponendo in essere una condotta riparatoria (certamente apprezzabile) ma, al contempo, rivelatrice del riconoscimento di una indiscussa responsabilità in ordine ai fatti contestati”;

- “solamente il 22.07.16 Wind ha prodotto (unitamente alla propria memoria difensiva) e per la prima volta, copia di una singola pagina (rispetto a quelle facenti parte di un regolare simlo contrattuale), asseritamente proveniente da un proprio rivenditore autorizzato che reca la data del 07.07.12. Al riguardo ed in via preliminare, si contesta la valida natura, documentalmente intesa, della produzione avversaria, in quanto, inidonea siccome parziale (e non pacifica) ad assolvere funzione probatoria che viene pertanto contestata. In ogni caso, per mero tuziorismo difensivo, si osserva in merito che ivi risultano apposte tre firme (tutte diverse tra loro), che l’istante non riconosce affatto come proprie (cfr. dichiarazione di disconoscimento allegata alla presente)”.

L’istante ha, quindi, dedotto che “il gestore è da ritenere responsabile dell’attivazione del servizio non richiesto, quantomeno a titolo di colpa in vigilando sull’operato del personale di cui si avvale, oltre che per non aver effettuato una puntuale verifica dell’effettivo consenso del titolare prima di procedere all’attivazione dei servizi non richiesti, secondo il consolidato orientamento dell’Autorità (...) Appurata l’attivazione di un servizio non richiesto in relazione all’utenza 3286340XXX disconosciuta dall’istante, a nulla potrà rilevare – né per attenuare la responsabilità del gestore, né, tantomeno, per giustificare una riduzione degli indennizzi – la circostanza della tardiva scoperta dell’esistenza del numero disconosciuto eccepita dal gestore, che non dipendeva certo da negligenza e/o imperizia da parte dell’utente: infatti, a causa della modalità di pagamento delle fatture in via automatica tramite R.I.D. su carta di credito (a suo tempo autorizzata, esclusivamente in relazione all’unica utenza richiesta, ovvero, il numero 335- 6926XXX), l’istante non si accorgeva dell’ arbitrario inserimento all’interno del contratto di un’altra numerazione, né dell’addebito dei relativi costi, che venivano prelevati in automatico - sia pur indebitamente”.

L’istante ha, tra l’altro, evidenziato di non essersi “accorta dell’attivazione arbitraria di un’ulteriore numerazione a proprio nome, non risultando trascritte le utenze oggetto di fatturazione sul frontespizio della contabile, opzione che sarebbe andata certamente a vantaggio dell’evidenza e della trasparenza su cui un utente può e deve fare affidamento, specie nei confronti di un operatore professionale quale la convenuta società. Solo in seguito alla portabilità della propria (unica) utenza 335- 6926XXX verso altro gestore, la dott.ssa Bertoli notava l’anomala prosecuzione della fatturazione Wind, accorgendosi così dell’esistenza dell’altro numero mai richiesto e, immediatamente, sporgeva reclamo telefonicamente al servizio clienti dell’operatore, effettuando nell’occasione un primo disconoscimento di tale utenza e chiedendone l’immediata cessazione”.

L’istante ha ribadito perciò la richiesta di “corresponsione degli indennizzi previsti dall’art. 8 All. A alla delibera n. 73/11/CONS”, evidenziando, al riguardo, che “sarebbe da ritenere, non conforme proprio ai criteri di equità e proporzionalità la liquidazione di un indennizzo in misura ridotta rispetto a quello che dovrebbe spettare in applicazione della Delibera 73/11/CONS per l’intero periodo oggetto del disservizio, ipotizzandosi una “colpa” dell’utente (in realtà inesistente) che, di fatto, si tradurrebbe, nel non aver “scandagliato”, in un primo momento, le fatture emesse dal gestore per verificare l’eventuale presenza all’interno di esse di numerazioni aggiuntive rispetto a quelle oggetto del contratto”. Ai fini della “quantificazione di tali indennizzi”, l’istante ha, infine, puntualizzato, che l’“utenza non richiesta 328-6340XXX – stando alla documentazione contabile prodotta da Wind – è rimasta attiva ed oggetto

di fatturazione per complessivi 1020 giorni (corrispondenti alle 17 fatture bimestrali stornate, elencate dalla stessa Wind”.

4. La richiesta integrativa istruttoria.

Ai fini di integrazione istruttoria, in data 27 febbraio 2017, l'Ufficio del CoReCom ha chiesto all'operatore Wind, ai sensi dell'art. 18, comma 2 del Regolamento, di indicare esattamente la data di cessazione dell'utenza n. 328 63400XXX. Nei termini concessi l'operatore ha riscontrato quanto richiesto deducendo che la data esatta della disattivazione dell'utenza *de qua* è il 4 marzo 2015.

5. Motivazione della decisione.

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

Nel merito:

Sull'attivazione non richiesta dell'utenza n. 328 63400XXX.

L'istante ha dedotto di aver subito, suo malgrado, l'attivazione non richiesta dell'utenza *de qua* da parte dell'operatore Wind, laddove l'operatore ha dedotto che, a seguito del reclamo del 16 febbraio 2015 pervenuto *“da parte del legale del cliente che contestava l'attivazione del servizio, (...) si attivava immediatamente disattivando la sim e procedendo agli storni delle fatture con relativa emissione delle note di credito”*.

La doglianza dell'istante è fondata e meritevole di accoglimento nei limiti che seguono.

In via generale si rileva che a fronte della contestazione dell'utente circa l'esistenza e la valida conclusione di un contratto di telefonia, è onere probatorio dell'operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione del contratto. La fattispecie in esame rientra nell'ambito generale delle c.d. “attivazioni di servizi non richiesti” o “prestazioni non richieste”, previste e disciplinate dalle Delibere n. 41/09/CIR (art. 3), n. 179/03/CSP (art. 7, comma 5), nonché dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche (art. 70) e dal Codice del Consumo (art. 57).

Nel caso in esame, l'operatore Wind, che risulta aver attivato l'utenza *de qua*, non ha fornito la prova di avere ricevuto una valida richiesta dell'utente di attivazione del servizio o che l'utente abbia altrimenti accettato una proposta contrattuale dell'operatore; infatti il contratto offerto in prova da Wind ed allegato alla memoria depositata in atti è stata disconosciuto dalla parte istante.

Ciò premesso in atti non risulta alcuna documentazione idonea ad attestare la reale volontà dell'istante ad attivare l'utenza mobile e, in difetto di tale prova, deve affermarsi l'esclusiva responsabilità dell'operatore ex art. 1218 del codice civile, per l'attivazione non richiesta.

Ne consegue che l'utente ha diritto allo storno o al rimborso (in caso di avvenuto pagamento) delle fatture emesse, nonché ad un indennizzo per l'indebita attivazione del servizio.

Per quanto riguarda la durata dell'inadempimento, atteso che, dall'attivazione della SIM contestata, l'istante ha patito solo un disagio di natura contabile, si prende a riferimento, quale *dies a quo*, la data in cui lo stesso ha formalmente reclamato per l'attivazione del servizio non richiesto, ovvero il 16 febbraio 2015, e come *dies ad quem* la data di disattivazione dell'utenza, avvenuta in data 4 marzo 2015, come precisato da Wind a seguito della richiesta integrativa istruttoria (*ex multis* Delibera Agcom n. 53/16/CIR).

Ciò premesso ai fini della quantificazione dell'indennizzo si richiamano l'art. 8, in virtù del quale *“nelle ipotesi di attivazione di servizi non richiesti, fatto salvo il diritto degli utenti ad ottenere lo storno o il ricalcolo degli addebiti fatturati, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo pari ad euro 5,00 per ogni giorno di attivazione”*.

Alla luce di quanto sopra detto, la società Wind è tenuta a pagare in favore della società istante, sulla base di quanto previsto dell'articolo sopra richiamato, la somma di euro 85,00, a titolo di indennizzo per l'attivazione non richiesta della SIM (euro 5,00 *pro die* per 17 giorni complessivi decorrenti dal 16 febbraio 2015 fino al 4 marzo 2015).

Inoltre, in relazione all'attivazione del servizio non richiesto, si dispone lo storno (ovvero il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato in relazione all'attivazione dell'utenza de qua, con esclusione delle note di credito emesse, nonché il ritiro a propria cura e spese dell'eventuale connessa pratica di recupero del credito.

Infine si ritiene equo e proporzionale liquidare a favore della parte istante la somma forfettaria di euro 40,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento ed ai sensi della Delibera Agcom n. 276/13/CONS.

VISTI la relazione istruttoria redatta dalla Dott.ssa Francesca Sarti Fantoni, responsabile del procedimento e lo schema di decisione predisposto dal Dirigente Dott. Luciano Moretti, ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

UDITA l'illustrazione del Dirigente, Dott. Luciano Moretti, svolta su proposta del Presidente nella seduta del 6 marzo 2017;

D E L I B E R A

in accoglimento dell'istanza avanzata in data 22 giugno 2016 dalla Sig.ra XXX Bertoli nei confronti di Wind Tre XXX. (già Wind Telecomunicazioni XXX.), che detto operatore provveda:

1) a corrispondere in favore dell'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario:

a) l'importo di euro 85,00 a titolo di indennizzo per l'attivazione dei servizi non richiesti;

b) l'importo di euro 40,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e della Delibera Agcom n. 276/13/CONS;

2) a regolarizzare la posizione contabile – amministrativa dell'istante mediante lo storno (ovvero il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato in relazione all'attivazione dell'utenza n. 328 63400XXX nonché al ritiro a propria cura e spese dell'eventuale connessa pratica di recupero del credito.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o rimborso di cui ai precedenti punti 1) lett. a e 2) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A.

DELIBERAZIONE
n. 16 del 6 marzo 2016

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS Allegato A, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11, D.lgs. n. 259/2003.

L'operatore è tenuto, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del CoReCom, nonché trasmessa all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per gli adempimenti conseguenti.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto 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.

Il Segretario
Luciano Moretti

Il Presidente
Sandro Vannini