

DELIBERA N. 19 /16
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
XXX PIZZICA/WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A.
(RIF. PROC. GU14 N° 298/15)

IL CORECOM DELLA REGIONE ABRUZZO

NELLA riunione del 6 maggio 2016 si è riunito, così costituito:

		Pres.	Ass.
Presidente	Filippo Lucci	X	
Componenti	Michela Ridolfi	X	
	Ottaviano Gentile	X	

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*”;

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 sottoscritto tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Presidente della Giunta regionale ed il Comitato regionale per le comunicazioni dell’Abruzzo in data 01 aprile 2011;

VISTA la delibera AGCOM 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”;

VISTA la delibera AGCOM n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP “*Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*”;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 664/06/CONS del 23 novembre 2006 “*Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell’utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza*”;

VISTA l'istanza dell'utente Sig.ra XXX Pizzica, presentata in data 03/12/2015 ed acquisita in pari data al prot. 26174;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante lamenta l'asserita indebita fatturazione operata da Wind, per servizi a pagamento mai richiesti. In particolare contesta gli addebiti per servizi in sovrapprezzo presenti nella fattura n° 7405195404 per l'importo di euro 166,70 e nella fattura n° 7408705696 per l'importo di euro 185,61. Fa presente che andando a guardare il dettaglio del traffico si evince chiaramente che il servizio in sovrapprezzo è stato attivato in data 13/01/2015 alle ore 2.30 del mattino e che gli orari di utilizzo sono spesso notturni, in ogni caso, i minuti di utilizzo sono sempre pari a zero.

Immediatamente bloccava il pagamento della fattura e procedeva a segnalare l'asserito illegittimo addebito al servizio clienti che gli comunicava la remissione della fattura con l'importo corretto. Nonostante ciò l'operatore emetteva l'ulteriore fattura n° 7408705696, contenente anch'essa addebiti per servizi in sovrapprezzo. Di nuovo veniva contattato il servizio clienti che provvedeva ad inserire il blocco di attivazione per i servizi in sovrapprezzo in data 23/05/2015. Nonostante le numerose contestazioni telefoniche, Wind sospendeva senza preavviso la linea mobile in data 06/07/2015.

Ritiene che nel caso di specie all'utente debba essere riconosciuto anche l'indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti, considerato che come previsto dalla Delibera Agcom 664/06/CONS l'operatore prima dell'attivazione di qualsiasi servizio a pagamento deve verificare la volontà inequivoca dell'utente all'attivazione di quanto richiesto, oltre al diritto allo storno delle somme contestate.

Tale verifica non solo è mai stata effettuata da parte convenuta, ma non è stata presa in considerazione nemmeno la volontà effettivamente espressa ripetutamente dall'istante attraverso il servizio clienti della richiesta di inibizione dell'indesiderata attivazione di servizi non richiesti.

Rileva altresì che l'operatore non ha documentato in alcun modo le misure adottate per la prevenzione ed il controllo del traffico, sia sotto il profilo della protezione della rete, che sotto il profilo di avviso all'utente di traffico anomalo o di attivazione dei servizi di blocco.

Quanto alla sospensione del servizio operata da Wind ribadisce l'illegittimità dell'azione posta in essere rispetto alle norme regolamentari vigenti, atteso che non è stato rispettato l'obbligo di preavviso di sospensione.

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

- i. Lo storno dell'insoluto ed il ritiro della pratica di recupero crediti;
- ii. Lo storno delle somme pagate in più;
- iii. L'indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti da calcolarsi in euro 1 al giorno dal 11/01/2015 sino al 23/05/2015 data di disattivazione dei servizi

- iv. L'indennizzo per l'illegittima sospensione della linea dal 06/07/2015 al 12/07/2015;
- v. Il rimborso delle spese di procedura in non meno di euro 200,00;

2. La posizione dell'operatore

Wind riassume che l'istante è intestatario di un contratto post-pagato mobile attivato in data 05/06/2013, con listino "All inclusive unlimited", con telefono incluso dal dicembre 2014. In data 23/05/2015 a seguito di contatto al servizio clienti l'istante chiedeva lo storno dei servizi a sovrapprezzo addebitati sulla fattura n° 7405195404 e l'attivazione del blocco dei predetti servizi, attivato nella medesima data. In quella stessa sede veniva riconosciuto, in ottica di caring, uno storno parziale della fattura mediante accredito di euro 48,00 visibile sul conto telefonico successivo n° 7412179577; lo stesso conto peraltro non veniva saldato.

In data 25/06/2015 a seguito dell'irreperibilità del cliente ai contatti dell'ufficio amministrativo si provvedeva ad inviare sms al n° 328/081XXX, con il seguente testo "*gentile clientwe gli estremi per il pagamento sono.....fattura n° 7405195404, importo totale euro 328,68, scadenza 21/04/2015, conferma fax n°.....*"; medesimo messaggio veniva inviato nuovamente in data 30/06/2015. In data 06/07/2015, a fronte del mancato pagamento delle fatture nn. 7405195404 e 7408705696, le utenze fissa e mobile venivano sospese per il mancato pagamento della fattura 7405195404 e, nella medesima data, a fronte dei riscontri negativi da parte dell'istituto di credito su cui venivano addebitati i conti telefonici, veniva comunicato all'istante di effettuare il pagamento con bollettino postale.

A seguito del procedimento temporaneo di urgenza avviato dall'istante, comunicava in data 16/07/2016 che le utenze sospese per morosità venivano comunque riattivate.

Precisa di vantare un credito nei confronti dell'istante di euro 1.082,37 atteso che l'istante non saldato neanche parzialmente le fatture contestate.

Pertanto, ritiene che l'inerzia ravvisabile prima nel mancato pagamento di una fattura e dopo nel perpetrare lo stesso sterile atteggiamento di morosità, arrivando alla sospensione del servizio anche a fronte dell'avviso ricevuto, integri certamente gli estremi di un inadempimento contrattuale.

Relativamente ai servizi in sovrapprezzo precisa di aver rispettato tutte le norme regolamentari vigenti. Fa presente che l'abilitazione della sim alla fruizione dei servizi a sovrapprezzo forniti a mezzo di specifiche numerazioni è insita, in quanto propria, al servizio di telefonia mobile, quindi già prevista in seno alle condizioni generali di contratto e resa nota al consumatore sin dal momento in cui aderisce al contratto. Lo stesso dicasi per l'accesso ai servizi premium forniti sul web, dal momento che le condizioni generali di contratto precisano che la sim è abilitata al servizio di connettività internet.

Dall'abilitazione deve distinguersi la fruizione e quindi la richiesta di servizi a sovrapprezzo, la cui attivazione è subordinata alla conclusione di uno specifico contratto distinto da quello di telefonia. L'utente è infatti chiamato a manifestare la propria volontà attraverso una specifica attività: nella specie, qualora, nell'ambito dell'utilizzo

del traffico dati, il consumatore voglia attivare i servizi medesimi, dovrà selezionare sul terminale l'apposita icona/tasto di attivazione dello specifico servizio.

Sulla domanda di indennizzo per servizi non richiesti richiama l'orientamento dell'Agcom e dei Corecom: nel caso di specie non ricorre tale ipotesi, trattandosi eventualmente di indebita fatturazione, che trova il suo soddisfacimento attraverso la sola restituzione degli importi in fattura se corrisposti o nel loro storno nel caso in cui non fossero stati saldati.

Produce: fatture insolute; sms di avviso inviati; memorie provvedimento temporaneo di urgenza; determina direttoriale Agcom 49/15/DIT.

3. Motivazione della decisione

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

Relativamente ai servizi in sovrapprezzo, si evidenzia, che l'Autorità con la Delibera 418/07/Cons è intervenuta sulla questione prevedendo che *“considerato altresì che pervengono segnalazioni e che si instaurano controversie tra utenti e operatori riguardo, tra l'altro, a: - abbonamenti a servizi a sovrapprezzo, in particolare su telefonia mobile (ad esempio loghi, suonerie), che comportano per l'utente addebiti automatici e notevoli difficoltà per la relativa cessazione (...), ritenuto opportuno, al fine di agevolare la prevenzione e il controllo da parte degli utenti dei pagamenti di addebiti derivanti da traffico per servizi a sovrapprezzo di origine fraudolenta, accogliere la proposta delle associazioni dei consumatori prevedendo che gli utenti abbiano la possibilità di optare per l'invio da parte dell'operatore di due bollettini di conto corrente separati uno per il pagamento di eventuali servizi a sovrapprezzo e l'altro per il pagamento del rimanente traffico e dei servizi supplementari”*.

Inoltre, l'art. 3, allegato A, del medesimo atto regolamentare dispone che *“gli operatori della telefonia assicurano che la documentazione di fatturazione riporti, in ciascun invio, almeno le seguenti informazioni: (...) h) il dettaglio dei costi, indicando, in caso di servizi a sovrapprezzo o di chiamate verso numeri internazionali o satellitari, il titolare della numerazione o, se questo non è noto, l'operatore per conto del quale si effettua l'addebito”*

Il successivo art. 5, comma 4, stabilisce che *“(...) fatte salve le modalità di disattivazione previste in adempimento dell'articolo 12, comma 9, del decreto n. 145 del 2006, gli operatori della telefonia disattivano immediatamente i servizi a sovrapprezzo in abbonamento ed interrompono i conseguenti addebiti a decorrere dalla semplice richiesta telefonica dell'utente mediante chiamata al numero di assistenza clienti (...)”*.

L'art. 5, comma 2, D. M. 145/2006 dispone che gli operatori di telefonia mobile assicurano l'osservanza degli impegni sottoscritti con il codice di condotta per l'offerta dei servizi a sovrapprezzo.

L'art. 12, Informazioni obbligatorie, del decreto citato prevede che le informazioni o prestazioni dei servizi a sovrapprezzo sono precedute, indipendentemente dalla durata del servizio, da un messaggio di presentazione, chiaro

ed esplicito: l'accettazione di un servizio a sovrapprezzo è ammessa solo con il consenso espresso dell'utente finale, fatta eccezione per i servizi di carattere sociale-informativo. Il successivo art. 13, dispone che il servizio a sovrapprezzo è erogato solo dopo l'esplicita accettazione da parte dell'utente finale.

Il codice di condotta per l'offerta dei servizi a sovrapprezzo e la tutela dei minori, sottoscritto il 16 febbraio 2005 da Telecom, Wind, Vodafone, H3G presso il Ministero delle Comunicazioni, prevede all'art. 4 che gli aderenti forniscono alla clientela informazioni complete, chiare, tempestive, trasparenti e di facile accesso sui servizi offerti ed in modo particolare sulle condizioni economiche e sui contenuti offerti anche mediante la previsione di un messaggio introduttivo informativo riguardo al prezzo dei servizi".

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001 n. 13533, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Nel caso di specie spettava, dunque, a Wind provare che l'utente avesse effettivamente richiesto e sottoscritto il servizio attivato, prova che non è stata in alcun modo fornita da Wind. Si evidenzia che, ai sensi di quanto prescritto dalla Del. A.G.Com. 664/06/CONS, in presenza di contestazioni concernenti l'attivazione di servizi non richiesti l'operatore può provarne l'infondatezza dando prova di avere ottemperato agli oneri di cui all'art. 2, commi 5, 6 e 7. Ebbene, nel caso oggetto di disamina, Wind non ha fornito alcun documento da cui risulti l'esistenza di una manifestazione di volontà degli utenti di attivare i servizi a sovrapprezzo de quibus, essendosi limitata la stessa ad indicare le modalità e i tempi dell'avvenuta "attivazione", elementi questi, evidentemente, non idonei a rivelare una manifestazione di volontà dell'utente in tal senso, bensì soltanto la circostanza dell'avvenuta attivazione da parte dell'operatore. Dalla disamina delle fatture ed in particolare degli addebiti in esse contenute, non può non evidenziarsi che l'utente abbia avuto contezza degli addebiti a sovrapprezzo soltanto a seguito della ricezione della fattura, riscontrando nel proprio conto telefonico queste voci generiche che non gli hanno consentito un'immediata identificazione dei servizi e/o contenuti fruiti. E', quindi di tutta evidenza che la scarsa chiarezza e trasparenza riscontrate nella fatturazione ha posto nell'impossibilità di conoscere gli addebiti sostenuti nonché di poter gestire la propria spesa nell'utilizzo del servizio di telefonia mobile. Pertanto, in ordine alla modalità di addebito relativamente

alla fattispecie di acquisto di servizi a sovrapprezzo tramite rete dati mobile, atteso che Wind ha evidenziato esclusivamente i tempi dell'asserita attivazione senza fornire conferma della volontà dell'istante, è ragionevole ritenere che l'operatore non avrebbe potuto addebitare il relativo costo sul conto telefonico dell'utente, stante la mancata acquisizione, da parte del fornitore del servizio, dell'esplicito consenso da parte dello stesso utente.

Sul punto, il D.Lgs. 259/2003, Codice delle Comunicazioni Elettroniche, all. 4, precisa, al punto "a) fatturazione dettagliata" che le imprese devono consentire agli utenti di esercitare un ragionevole livello di controllo sulle proprie fatture. Peraltro, il Codice del Consumo, così come da ultimo riformato in attuazione della Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, stabilisce che prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista deve chiedere il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha dedotto, utilizzando opzioni prestabilite, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento. A ciò si aggiunga che la delibera Agcom 179/03/CSP, all. A, art. 5, comma 5, stabilisce anche che gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalle conseguenze economiche e pregiudizievoli derivanti dall'attivazione di linee, contratti, forniture di beni o servizi da essi non richiesti. Tanto premesso, attesa la condotta inadempiente da parte di Wind alla luce della normativa sopra citata, è ragionevole accogliere la domanda dell'utente e quindi riconoscere che l'utente abbia diritto allo storno totale di euro 445,11 (dall'importo dei servizi in sovrapprezzo è detratto l'importo di euro 48,00, già restituito nella fattura 7412179577) relativo alle somme addebitate a titolo di addebiti per servizi a sovrapprezzo, di cui € 203,38 relativamente alla fattura n. 7405195404 emessa in data 22/03/2015, € 226,44 relativamente alla fattura n. 7408705696 emessa il 22/05/2015 ed € 63,29 relativamente alla fattura n. 7412179577 emessa in data 22/07/2015.

Non può, invece, essere accolta la richiesta di storno totale dell'insoluto perché infondata in quanto relativa ad addebiti, legittimamente richiesti in virtù del profilo tariffario concordato tra le parti.

Quanto alla richiesta di indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesta si richiama il recentissimo parere prot. 0019566 del 12/04/2016, espresso dall'Agcom, su richiesta dall'associazione Codacons CH, delegata a rappresentare l'istante nel procedimento de quo, che ribadisce la posizione già espressa in molteplici delibere. In particolare nel richiamato parere si afferma che *"la fornitura di contenuti digitali premium non può essere ricompresa tra le fattispecie per le quali è applicabile l'apparato indennitario predisposto nell'ambito della definizione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, attesa l'impossibilità tecnico-giuridica di qualificare tali contenuti quali servizi di comunicazione elettronica, sebbene accessori"*.

Va pertanto rigettata la richiesta di indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti di cui al punto ii).

Quanto all'asserita illegittima sospensione del servizio per morosità, si ritiene che dall'esame della documentazione in atti, l'operatore abbia agito correttamente avendo

inviato all'istante ben due avvisi di pagamento tramite sms. Pertanto, poiché si ritiene la sospensione sia avvenuta correttamente, nessun indennizzo può essere riconosciuto all'istante.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 100,00 (cento/00) attesa la partecipazione sia all'udienza di conciliazione che in quella di definizione.

UDITA la relazione del Responsabile del Procedimento, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Abruzzo accoglie parzialmente l'istanza presentata dalla Sig.ra XXX Pizzica nei confronti dell'operatore Wind, nei termini sopra evidenziati;

La società Wind Telecomunicazioni s.p.a. è tenuta, oltre che a pagare in favore dell'istante la somma di euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, a stornare e non più esigere l'importo di euro euro 445,11 (dall'importo dei servizi in sovrapprezzo è detratto l'importo di euro 48,00, già restituito nella fattura 7412179577) relativo alle somme imputate a titolo di addebiti per servizi a sovrapprezzo, di cui € 203,38 relativamente alla fattura n. 7405195404 emessa in data 22/03/2015, € 226,44 relativamente alla fattura n. 7408705696 emessa il 22/05/2015 ed € 63,29 relativamente alla fattura n. 7412179577 emessa in data 22/07/2015.

2. **La società Wind Telecomunicazioni s.p.a.** è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

3. 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.

4. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

5. 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 Corecom Abruzzo e dell'Autorità (www.agcom.it).

L'Aquila, 6 maggio 2016

IL RELATORE

F.to Dott.ssa Annalisa Ianni

IL PRESIDENTE

F.to Dott. Filippo Lucci

IL DIRIGENTE

F.to Dott.ssa Michela Leacche

Copia informale, in versione informatica, di documento originale cartaceo, ai sensi degli artt. 22 e 40 del D.Lgs. n.82/2005. Accesso agli atti consentito in conformità al Capo V artt. 22-28 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s. m. e i.