

## DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

### D. ADDABBO / WIND TELECOMUNICAZIONI XXX (LAZIO/D/1055/2015)

**Registro Corecom n. 46/2017**

#### IL DIRIGENTE

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, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

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”;

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”;

VISTA l’istanza dell’utente D. Addabbo del 9 dicembre 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

#### **1. La posizione dell’Istante.**

L’istante ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti di Wind, in relazione all’utenza mobile n. XXXXX0219, l’indebita fatturazione di somme per servizi a sovrapprezzo non richiesti e di ulteriori voci di costo non giustificate.

L’utente, in particolare, lamentava di avere inoltrato nei mesi di settembre/dicembre 2015 numerosi reclami telefonici al gestore a seguito dell’addebito in alcune fatture di un servizio a sovrapprezzo denominato “jamba polifoniche”, di cui richiedeva la disattivazione.

Avendo inoltre rilevato che Wind aveva addebitato e prelevato somme per voci di costo non giustificate e per servizi mai richiesti anche nella fatture degli ultimi due anni presentava numerosi reclami dal 1.9.2015 fino alla data di presentazione dell'istanza di definizione del 9.12.2015, che non venivano riscontrati dall'operatore.

L'utente, pertanto, ricordando che l'AgCm aveva sanzionato Wind per pratica commerciale scorretta proprio in merito all'attivazione non richiesta dei servizi a sovrapprezzo (PS9465 – Provvedimento n. 25263 del 13.1.2015 e IP234 – Provvedimento n. 25665 del 14.10.2015), ha richiesto a Wind:

- i. l'indennizzo di € 85,00 per mancata risposta ai reclami;
- ii. l'indennizzo di € 850,00 per attivazione di servizi non richiesti;
- iii. il rimborso parziale delle fatture depositate per un importo complessivo di € 860,78;
- iv. il rimborso delle spese di procedura per un importo pari ad € 200,00.

## **2. La posizione dell'operatore.**

Wind, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata nella quale ha richiesto il rigetto delle domande precisando quanto segue.

- i. L'utente, intestatario di un contratto attivo dal 2002, lamentava in data 9.10.2015 alcuni addebiti presenti nella fattura n. 7412447424 e Wind procedeva, a seguito di verifiche e sebbene avesse già effettuato lo storno degli stessi servizi a sovrapprezzo su un'altra Sim dell'utente, al riconoscimento dello storno della stessa nella misura di € 45.72.
- ii. Risultava inoltre che il cliente si era iscritto dal 24.5.2015 al servizio Jamba.
- iii. Quanto all'indebita fatturazione dei servizi a sovrapprezzo dal 2003 si deve ritenere che il cliente li aveva consapevolmente attivati e comunque li avrebbe dovuti contestare all'epoca dei fatti, e non dopo due anni, per permettere al gestore di effettuare le dovute verifiche.
- iv. Le condizioni generali di servizio di Wind esplicitano chiaramente che la Sim acquisita è abilitata alla fruizione di servizi a sovrapprezzo forniti mediante apposite numerazioni e che è, altresì, abilitata alla connettività internet, pertanto anche ai servizi premium forniti sul web.
- v. L'attivazione dei servizi a sovrapprezzo è comunque subordinata alla conclusione di uno specifico contratto, che avviene tramite la selezione sul terminale mobile di un'apposita icona/tasto di attivazione dello specifico servizio, ovvero per comportamenti attivi del consumatore che implicano la manifestazione del consenso per fatti concludenti.
- vi. Conformemente alle disposizioni del D. Lgs. 196/2003, gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre e, pertanto, dovendo consentire agli stessi il pieno esercizio del diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data di presentazione del reclamo.
- vii. Tenendo conto che il reclamo dell'utente è del 9.10.2015 le uniche fatture che eventualmente possono essere oggetto di storno/rimborso sono le nn.7408976883, 7412447424 e 7415894210.

## **3. Motivazione della decisione.**

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'Art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

### **3.1 Sul rimborso della somme fatturate**

L'istante contesta, nel periodo dal 2013 a dicembre 2015, l'indebita fatturazione di somme per servizi a sovrapprezzo non richiesti e di ulteriori addebiti per voci di costo non giustificate, con contestuale richiesta di riaccrédito.

La richiesta può essere parzialmente accolta.

Per giurisprudenza consolidata, infatti, l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico: la fattura resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali.

In caso di contestazione da parte dell'utente dell'ammontare della fattura telefonica, sussiste quindi in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura contestata, ovvero di fornire la dimostrazione del corretto funzionamento del contatore centrale e della corrispondenza tra i dati forniti da esso e quelli riportati nella fattura.

Con riferimento alla richiesta di storno/rimborso di somme imputabili a servizi a sovrapprezzo, la normativa applicabile in materia è contenuta principalmente nel D.M. 2 marzo 2006 n. 145, "Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo". Quest'ultimo stabilisce che l'accettazione dei servizi a sovrapprezzo è ammessa solo con il consenso espresso dell'utente finale ed il servizio erogato dopo l'esplicita accettazione del consumatore (articoli 12 e 13); l'art. 12 stabilisce, altresì, le informazioni obbligatorie in materia di servizi a sovrapprezzo ivi comprese quelle inerenti alle modalità di disattivazione del servizio.

Sul piano regolamentare rileva, in proposito, anche l'art. 5, comma 4, della Delibera dell'Autorità n. 418/07/CONS, in base al quale il gestore telefonico è tenuto a disattivare immediatamente i servizi a sovrapprezzo in abbonamento e ad interrompere i conseguenti addebiti, a decorrere dalla semplice richiesta dell'utente. Si richama infine, il Codice del Consumo, come novellato dal D.Lgs 21/14, nella misura in cui tali attivazioni avvengano per lo più con la stipula a distanza, nonché tutti i presidi ivi previsti in termini di completa formativa, possibilità di recesso di cui agli artt. 45 e segg.

In particolare l'art. 65, in tema di pagamenti supplementari, stabilisce che in assenza di consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare rispetto alla remunerazione dell'obbligazione principale, il consumatore ha diritto al rimborso di dette somme.

Premesso tutto ciò, è bene precisare che il fatto oggetto di dogliana è in parte lacunoso e generico, non avendo l'utente dedotto il periodo degli addebiti contestati, afferenti un arco temporale molto ampio (dal 2013 al 2015) e senza depositare alcuna fattura con l'istanza, e su cui vi è l'allegazione, altrettanto generica, di un solo reclamo telefonico asseritamente effettuato il 1.9.2015.

L'indicazione degli importi contestati con deposito documentale è avvenuto solo in fase di prime memorie - con parziale lesione del diritto di difesa della controparte - ed ha consentito di circoscrivere le doglianze alle voci per "Servizi a sovrapprezzo" e per "Altro traffico".

Wind non ha provato nulla sulla volontarietà dell'attivazione dei servizi a sovrapprezzo, ovvero di aver acquisito il consenso espresso dell'utente, limitandosi a dedurre, senza però fornire alcuna documentazione a supporto, che l'utente aveva attivato il servizio "jamba" dal 24.5.2015, così come non ha dato prova dell'esattezza degli ulteriori addebiti contestati. A fronte di ciò, ai sensi della normativa sopra citata, l'utente ha il diritto al rimborso delle somme prelevate per servizi dallo stesso non richiesti.

Tuttavia il mancato assolvimento dell'onere della prova da parte del gestore sugli addebiti in questione, non determina l'accoglimento integrale della domanda, in quanto i periodi di fatturazione che possono essere oggetto di disamina in questa sede, sono limitati da quanto prescritto in tema di obbligo di conservazione e detenzione dei dati personali da parte del responsabile del trattamento (nel caso di specie l'operatore) dal D. Lgs. n.196/2003.

In tal senso è accoglibile l'eccezione di Wind relativa all'impossibilità di esibire i dati di traffico telefonico oltre il semestre antecedente la contestazione della singola fattura. Al riguardo, l'art. 123, comma 1 del Decreto citato prevede che "I dati relativi al traffico riguardanti abbonati ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazione sono cancellati o resi anonimi quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatte salve le disposizioni dei commi 2,3 e 5". Il comma 2 dispone inoltre che "Il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari ai 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, salvo l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale".

Dalla lettura del citato articolo ne consegue che gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione scritta, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre e, pertanto, dovendo consentire agli stessi il pieno diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato il reclamo (del 9.10.2015).

Pertanto risultano esaminabili sotto il profilo degli addebiti di servizi mai richiesti/ulteriore traffico le fatture nn. 7408976883, 7412447424 e 7415894210.

Nello specifico l'operatore è tenuto a stornare le seguenti somme:

- 1) dalla fattura n. 7408976883 gli importi relativi alle voci "Altro traffico" e "Servizi a sovrapprezzo", per un totale di € 53,81, oltre IVA;
- 2) dalla fattura n. 7412447424 l'importo relativo alla voce "Servizi a sovrapprezzo", per € 70,81, oltre IVA;
- 3) dalla fattura n. 7415894210 l'importo relativo alla voce "Servizi a sovrapprezzo", per € 53,87, oltre IVA;

Quindi per un totale da rimborsare di € 178,49, oltre IVA.

Sotto il profilo indennizzatorio, invece, la domanda va rigettata.

Come emerso infatti dal più recente orientamento Agcom in punto di inapplicabilità a detto caso materiale della fattispecie indennizzatoria prevista dall'art.8, comma 2, Allegato A alla Delibera 73/11/CONS (cfr. Det. n.49/15/DIT e Del 4/16/CIR, conforme Corecom Lazio Det. n. 34/2017), la circostanza che i contenuti digitali in questione siano forniti da un soggetto terzo diverso dall'operatore telefonico, porta ad escludere che quest'ultimo possa ritenersi vincolato ad indennizzare i disagi subiti dall'utente per l'attivazione di servizi non richiesti e, appunto, forniti da soggetti terzi.

Si tratta infatti di servizi diversi da quelli di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono le norme del Regolamento di cui alla delibera n.73/11/CONS, essendo gli stessi forniti da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazione elettronica. Tale aspetto, sembra lasciare l'operatore escluso ed estraneo rispetto al rapporto contrattuale tra utente e fornitore del servizio. Al più, il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce il fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo, atterrebbe alla sola fase di addebito e non invece a quella di attivazione.

Pertanto alla luce di quanto precisato, può solo considerarsi il diritto dell'utente al rimborso degli addebiti per i servizi/contenuti -digitali- non richiesti, ma non si ritengono applicabili gli indennizzi liquidati in sede di definizione delle controversie tra utenti e operatori.

### **3.2 Sulla mancata risposta ai reclami**

L'stante chiede l'indennizzo per mancata riposta ai reclami presentati dal 1.09.2015 sino al 9.12.2015, data di presentazione dell'istanza di definizione.

Risulta l'allegazione da parte dell'utente di un solo reclamo telefonico del 1.9.2015 mentre il gestore, nella propria memoria, deduce di aver ricevuto un reclamo in data 2.10.2015.

Controversa è quindi la data di ricevimento del reclamo, tuttavia la prova verbale dell'utente perde di validità a fronte del deposito in atti delle schermate di sistema del gestore da cui risulta il ricevimento di una segnalazione del 2.10.2015.

Sempre dalle schermate risulta l'allegazione della risposta inoltrata all'utente in data 9.10.2015, il quale non contesta di averla ricevuta nelle propria memoria di replica.

Avendo quindi il gestore dato riscontro alle doglianze dell'utente entro il termine di 45 giorni previsto dalla Carta dei Servizi di Wind, l'utente non ha diritto ad alcun indennizzo per mancata risposta al reclamo.

### **5. Sulle spese di procedura.**

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, tenuto conto del comportamento e delle difese svolte dall'utente in violazione del principio di chiarezza di cui all'art. 16, comma 2bis della medesima Delibera, nonché del modico valore della controversia, si ritiene equo compensare le spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

## **IL DIRIGENTE**

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00

## **DETERMINA**

1. Accoglie parzialmente l'istanza della sig.ra D. Addabbo nei confronti di Wind Telecomunicazioni XXX
2. La Wind telecomunicazioni XXX è tenuta a stornare parzialmente le fatture nn. 7408976883, 7412447424 e 7415894210 nei termini e nella misura di cui in motivazione.
3. La Wind telecomunicazioni XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante il seguente importo:  
- € 178,49 (centosettantotto/49), oltre IVA, a titolo di ripetizione di quanto indebitamente pagato, oltre gli interessi legali a decorrere dalla data dei pagamenti.
4. La Wind Telecomunicazioni XXX è, altresì, tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità ([www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

Roma, 17/05/2017

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto