

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Deliberazione n. 11

del 30 marzo 2015

Sono presenti i componenti del Comitato:

| | | |
|-----------------|----------|-----------------|
| ZANELLA | Federica | Presidente |
| BOSCAGLI | Giulio | Vice Presidente |
| SAVOINI | Gianluca | Vice Presidente |
| BORELLA | Diego | |
| ROLANDO | Stefano | |

Oggetto: Definizione della controversia XXX/Wind Telecomunicazioni S.p.A.

La struttura proponente:

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

VISTA la L. 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;

VISTA la L. 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*;

VISTO il D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, *Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*, in particolare l'art. 10;

VISTA la deliberazione di Comitato del 28 ottobre 2004, n. 5 *Approvazione del regolamento interno del Comitato regionale per le Comunicazioni della Lombardia*;

VISTO il Regolamento interno del Co.Re.Com., approvato con propria deliberazione 7 novembre 2013, n. 63;

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 Assemblies 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, la Regione Lombardia e il Comitato regionale per le comunicazioni della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione A.G.Com. 179/03/CSP, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 73/11/CONS, *Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481*;

VISTA l'istanza presentata in data 10 giugno 2013, con cui il sig. XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia per la definizione della controversia in essere con l'operatore Wind Telecomunicazioni S.p.A. ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTE le note dell'11 giugno 2013 e del 9 agosto 2013, con le quali il funzionario responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, e ha invitato le parti a presentarsi all'udienza per la discussione della stessa fissata per il 26 settembre 2013;

VISTO il verbale dell'udienza del 26 settembre 2013;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

VISTA la proposta di decisione del dirigente dell'Ufficio ai sensi dell'art. 19 del *Regolamento*;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con l'istanza presentata in data 10 giugno 2013, il sig. XXX ha chiesto la definizione amministrativa della controversia con l'operatore Wind Telecomunicazioni S.p.A. (d'ora in avanti Wind), ai sensi degli art. 14 e ss. Del. A.G.Com. n.173/07/Cons, *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*, avente ad oggetto contestazioni relative a servizi di telefonia mobile.

1. La posizione dell'istante

Il sig. XXX, nella propria istanza, lamenta l'addebito di spese per servizi a sovrapprezzo, non richiesti enè usufruiti, in relazione all'utenza di telefonia mobile XXX.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell'udienza, l'istante ha dichiarato quanto segue:

1. di avere attivato, in data 7.2.2011, un contratto di abbonamento, codice cliente n. 353930660 con profilo tariffario "*all inclusive smart sim edition*" ad un costo di € 15,00 al mese;
2. di aver pagato, in data 12.9.2011, la fattura n. 9912750754 per € 440,07 e in data 17.11.2011 la fattura n. 9916157282 per € 459,71, contenenti costi per servizi a sovrapprezzo, mai richiesti né usufruiti;
3. di aver inviato reclami per iscritto (in data 12.1.2012; in data 12.2.2012; in data 21.12.2012);

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

- a. il rimborso delle fatture n. 9912750754 per € 440,07 e in data 17.11.2011 la fattura n. 9916157282 per € 459,71;
- b. la regolarizzazione della sua posizione debitoria.

2. La posizione dell'operatore

Nella memoria del 5.7.2013, l'operatore rappresentava e documentava quanto segue:

1. L'utente ha contestato la fatturazione per servizi a sovrapprezzo presenti nei conti telefonici n. 9912750754 per € 244,75; n. 9916157282 per € 392,00; n. 9919747232 per € 463,91;
2. Dalle verifiche effettuate è emerso che il cliente ha attivato numerosi servizi in abbonamento, quali:
 - Nome provider: *Neomobile*;
 - *Servizio play_wb_Wind*: data attivazione 18.7.2011; canale di attivazione wapbilling; data di disattivazione 30.11.2011; canale di disattivazione: gestore telefonico;
 - *Servizio Game_wb_Wind*: data attivazione 18.7.2011; canale di attivazione wapbilling; data di disattivazione 30.11.2011; canale di disattivazione: gestore telefonico;
 - *Servizio vip power as_wb_Wind*: data attivazione 18.7.2011; canale di attivazione wapbilling; data di disattivazione 30.11.2011; canale di disattivazione: gestore telefonico;

- Servizio vip club_wb_Wind: data attivazione 18.7.2011; canale di attivazione wapbilling; data di disattivazione 30.11.2011; canale di disattivazione: gestore telefonico;
 - Servizio spicywall_wb_Wind: data attivazione 18.7.2011; canale di attivazione wapbilling; data di disattivazione 30.11.2011; canale di disattivazione: gestore telefonico;
 - Servizio amaporn di Kimia via sms, attivato il 4.9.2011 vipvergognosi di venista via sms, disattivato via sms il 12.5.2011;
 - Servizio playnet.MobySexy di Kimia via sms, attivato in data 11.9.2011 via sms, disattivato via sms il 12.5.2012;
 - Servizio di pull spicywall_wb_Wind in data 18.7.2011 alle 23:40 al costo di € 5,00;
 - Nome provider: *Buongiorno*;
 - Servizio sexfactor, data attivazione 18.7.2011, canale attivazione wap, data disattivazione 19.11.2011, canale disattivazione customer care Wind;
 - Nome provider: *Netsize*;
 - Il cliente ha acquistato esclusivamente un servizio pay per use, ovvero un singolo acquisto che non comporta la sottoscrizione di alcun abbonamento e pertanto non vi è necessità di disattivazione;
 - Servizio go.music: data di attivazione 11.2.2011; canale wap; data di disattivazione 19.1.2012;
3. Per quanto riguarda la sua situazione contabile, l'utente ha saldato integralmente le seguenti fatture: n. 9912750754 di € 440,07 emessa in data 11.8.2011 e n. 9916157282 di € 459,71 emessa in data 18.10.2011; risulta un insoluto per € 672,87 oltre tcg, di cui alle seguenti fatture: n. 9919747232 di € 557,81 (ceduta tcg per € 10,32); n. 8803073955 di € 71,48 (ceduta tcg per € 10,32); n. 8806781122 di € 41,40 (ceduta tcg per € 10,32); n. 8810435496 di € 33,14 (tcg non ancora ceduta), ultima fattura.

In base a tali premesse, l'operatore ha chiesto il rigetto integrale dell'istanza.

3. Motivazione della decisione

A. Sul rito

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

B. Nel merito

Sull'attivazione di servizi a sovrapprezzo non richiesti

L'utente lamenta la fatturazione per servizi a sovrapprezzo non richiesti e chiede il rimborso delle somme corrisposte per il servizio nonché la regolarizzazione della sua posizione contabile-amministrativa.

L'operatore esclude la propria responsabilità, dichiarando che i servizi sarebbero stati attivati dall'utente.

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

Sul punto, si evidenzia, preliminarmente, che dai "considerati" della Del. A.G.Com. 418/07/Cons risulta *"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, all. A, Del. A.G.Com. 418/07/Cons 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"*

L'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*, D.M. cit. 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 (comma I) (...) 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 (comma IV) (...)".*

L'art. 13, rubricato *"erogazione durata del servizio"*, comma 1, 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 *"offerta dei servizi a sovrapprezzo"* 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".*

L'art. 17 delle condizioni generali di contratto di Wind stabilisce che *"In caso di effettuazione di un anomalo volume di traffico per direttrice o volumi rispetto al profilo medio della tipologia di Cliente a cui l'offerta è indirizzata (...), Infostrada si riserva il diritto di sospendere il Servizio (...). Infostrada contatterà il Cliente per verificarne la consapevolezza in merito all'effettuazione del traffico anomalo".*

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.

Spettava dunque all'operatore 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.

Peraltro, analizzando le fatture oggetto di contestazione, la n. 9912750754 emessa in data 11.8.2011 per € 244,75 ed € 57,50 relativamente al periodo 1.6.2011-31.7.2011; n. 9916157282 emessa il 18.10.2011 per € 392,00 ed € 18,64 relativamente al periodo 1.8.2011-30.9.2011; n. 9919747232 emessa il 13.12.2011 per € 463,91 ed € 26,45 relativamente al periodo 1.10.2011-30.11.2011, si rileva la sussistenza della sola voce generica di addebiti per "servizi a sovrapprezzo".

Non può pertanto omettersi di evidenziare 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 ha consentito un'immediata identificazione dei servizi e/o contenuti fruiti.

Inoltre, è di tutta evidenza che la scarsa chiarezza e trasparenza riscontrate nella fatturazione de quo non può che confermare la consapevolezza dell'operatore di fornire delle informazioni incomplete all'istante, posto nell'impossibilità di conoscere gli addebiti sostenuti nonché di poter gestire la propria spesa nell'utilizzo del servizio di telefonia mobile.

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.

La Del. A.G.Com. 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 al rimborso delle somme spese a titolo di addebiti per servizi a sovrapprezzo, di cui € 302,25 relativamente alla fattura n. 9912750754 emessa in data 11.8.2011 ed € 410,64 relativamente alla fattura n. 9916157282 emessa il 18.10.2011, nonché allo storno della somma di € 490,36 relativamente alla fattura n. 9919747232 emessa il 13.12.2011.

Non può, invece, essere accolta la richiesta di regolarizzazione della posizione contabile-amministrativa dell'utente perché infondata in quanto relativa ad addebiti, legittimamente richiesti in virtù del profilo tariffario concordato tra le parti.

Spese di procedura

In merito alle spese di procedura, atteso l'esito dell'istruttoria condotta, il comportamento delle parti, ai sensi della Delibera AGCOM n. 173/07/CONS, allegato A, art. 19, comma VI, si ritiene ragionevole liquidare in via equitativa in favore dell'istante l'importo onnicomprensivo di €. 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Alla luce di tutte le considerazioni esposte;

VISTO il parere del Servizio Studi e documentazione legislativi e Assistenza legale in data 31 luglio 2009 in ordine alla necessaria continuità delle funzioni esercitate dal Co.Re.Com per delega dell'A.G.Com;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge;

D E L I B E R A

a definizione della controversia XXX/Wind Telecomunicazioni S.p.A. che Wind Telecomunicazioni S.p.A. provveda a:

1. Rimborsare la somma di € 302,25 a titolo di addebiti per servizi accessori non richiesti relativamente alla fattura n. 9912750754 emessa in data 11.8.2011;
2. Rimborsare la somma di € 410,64 relativamente alla fattura n. 9916157282 emessa il 18.10.2011;
3. Stornare la somma di € 490,36 relativamente alla fattura n. 9919747232 emessa il 13.12.2011;
4. Corrispondere la somma di € 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura; con rigetto di ogni altra domanda.

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.
dott. Massimiliano Della Torre

La Presidente del Co.Re.Com.
dott.ssa Federica Zanella

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 11, comma 4 della delibera 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Del. A.G.Com. 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.*

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

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 provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.
dott. Massimiliano Della Torre