

DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/92456/2019

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - Wind Tre
IL DIRETTORE**

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”;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, 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”, di seguito Regolamento Indennizzi;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re. Com.)”;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l’Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 05/03/2019 acquisita con protocollo N. 0094442 del 05/03/2019

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

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento è risultato che:

L’istante ha presenziato all’udienza di conciliazione, tenutasi in data 06/12/2018. In data 05/03/2019 ha presentato istanza di definizione. L’istante lamenta l’attivazione di servizi non richiesti nei confronti della società Wind Tre X d’ora in poi Wind. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell’audizione e del procedimento stesso, l’istante ha dichiarato quanto segue: - In data 10/03/2015 l’istante sottoscriveva il piano telefonico “Mega Unlimited”, con chiavetta inclusa; il numero telefonico associato all’offerta risultava essere il 329XXX9411. Contestualmente, autorizzava il pagamento della suddetta offerta tramite domiciliazione bancaria sul proprio c/c. - Rassicurata in merito al costo di euro 20 bimestrali, utilizzava l’apparecchiatura e il contratto per le proprie necessità giornaliere, ma dopo qualche mese riscontrava il mancato invio delle fatture da parte di Wind al proprio domicilio. Recatasi presso il centro di sottoscrizione del contratto le veniva riferito che le stesse sarebbero state visibili sulla sua pagina MyWind e che non le sarebbe arrivato il cartaceo. Tuttavia, non riusciva ad accedere alla suddetta pagina ed informava della cosa il punto vendita. Solamente in occasione di un passaggio delle domiciliazioni dovuto alla chiusura della banca d’appoggio, si accorgeva delle esorbitanti cifre che le erano state addebitate durante l’ultimo periodo. Dopo aver recuperato le singole fatture, tramite richiesta a Wind, si rendeva conto che, ormai da oltre un anno, le sue bollette telefoniche erano lievitate, attestandosi a un importo di circa 200 euro ogni fattura. Dall’analisi del dettaglio del traffico si notavano, inoltre, addebiti relativi a “servizi a sovrapprezzo” che causavano questi costi spropositati. - In data 26/11/2017, attraverso il call center dedicato, otteneva il riaccredito di euro 222,72 per l’installazione di servizi in abbonamento sulla propria utenza. Riaccredito avvenuto tramite nota di credito n.910773559 del 05-12-2017 e probabilmente riferibile alla fattura W1715664556 dell’importo complessivo di euro 222,35. - Le successive fatture (W1719127797 e W1800706047) erano di importo superiore al profilo sottoscritto e contenevano sempre addebiti relativi a “servizi a sovrapprezzo”. In base a tali premesse, l’utente

ha richiesto: a) rimborso di quanto pagato per i servizi a sovrapprezzo non richiesti; b) indennizzi; c) contributo spese legali per euro 200,00. Quantifica rimborsi e indennizzi richiesti in euro 2.630,58.

L'operatore afferma che in data 10/03/2015 l'istante attivava contratto Wind Mobile Postpagato per l'utenza 329XXX9411, in pari data veniva associata alla suddetta utenza l'opzione Telefono Incluso, offerta disattivata dietro richiesta dell'utente in data 05/01/2018. Aggiunge che solo in data 27/11/2017 riceveva reclamo attraverso il quale la cliente richiedeva il rimborso di euro 222,72 "a seguito di virus a pagamento installatosi sul numero..." e che, prendendo atto dell'attivazione di servizi a pagamento sull'utenza in esame, abilitava, sulla stessa, il blocco delle chiamate verso numerazioni a pagamento. A titolo di fidelizzazione, procedeva altresì ad emettere una nota di credito di euro 222,72 a titolo di rimborso da effettuarsi tramite bonifico. Precisa, altresì, che sin dall'attivazione del contratto l'utente aveva scelto di ricevere i conti telefonici in formato elettronico direttamente nella propria casella e-mail. Evidenzia la totale inerzia di parte istante la quale non si era mai premurata di segnalare la presunta mancata consegna delle fatture; alcun reclamo risulta difatti pervenuto, rendendo impossibile qualsiasi verifica in tal senso. Relativamente ai contestati addebiti le Condizioni Generali di Contratto WIND esplicitano chiaramente le caratteristiche del servizio di telefonia mobile: aderendo ad esso il cliente può, tra le altre cose, usufruire del servizio di connettività internet secondo le modalità e con i limiti relativi al servizio specifico. Richiamando poi la nozione di servizi a sovrapprezzo quali servizi forniti attraverso reti di comunicazione elettronica, mediante l'uso di specifiche numerazioni, che consentono l'accesso degli utenti ad informazioni o prestazioni a pagamento, va da sé che l'abilitazione della SIM alla fruizione dei servizi a sovrapprezzo è insita - in quanto propria - al servizio di telefonia mobile e resa nota al consumatore sin dal momento in cui aderisce al servizio Wind. Lo stesso dicasi per l'accesso a servizi premium forniti sul web. 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 dal contratto di telefonia mobile. Invero, l'utente che decida di avvalersi dei servizi per i quali la SIM è astrattamente abilitata è chiamato a manifestare la propria volontà attraverso una specifica attività. Nella specie, qualora nell'ambito dell'utilizzo del traffico dati in mobilità, il consumatore voglia attivare dei servizi a sovrapprezzo dovrà selezionare sul terminale mobile l'apposita icona/tasto di attivazione dello specifico servizio. Pertanto, si tratta di comportamenti attivi del consumatore che implicano la manifestazione di un consenso per fatti concludenti al perfezionamento di un autonomo e specifico rapporto contrattuale per l'acquisizione dei predetti servizi. "Orbene, essendo l'istante consapevole dell'attivazione del servizio e considerato che Wind Tre ha già provveduto ad effettuare il suddetto rimborso, non risulta chiara la richiesta sostenuta da parte istante, è evidente che nessuno ulteriore storno è dovuto in ragione di un'attivazione consapevole ed informata e di un concorso colposo". Il gestore conclude chiedendo di rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto e, in subordine, di operare una compensazione tra le relative poste debito/credito poiché trattasi, per le somme insolite indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte possono essere trattate congiuntamente e sono parzialmente accolte come di seguito precisato. In via preliminare, è utile rammentare la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ("Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda"), nonché l'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 13533/ 2001 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva 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, 20 gennaio 2010 n. 936) secondo la quale il creditore che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Inoltre, ai sensi di quanto prescritto dalla delibera Agcom 664/06/CONS, in presenza di contestazioni concernenti l'attivazione di servizi non richiesti, l'operatore può dimostrarne l'infondatezza dando prova di avere ottemperato agli oneri di cui all'art. 2, commi 5, 6 e 7. Nel caso che ci occupa, spettava a Wind provare che l'utente avesse effettivamente richiesto e sottoscritto i servizi attivati, prova che non è stata fornita. Dal lato istante, si apprezza l'invio al gestore di una raccomandata datata 29/11/2017 che dà contezza di un reclamo telefonico alla data del 26/11/2017 per il rimborso di euro 222,72 "a seguito di virus a pagamento installatosi sul numero

329XXX9411". Nella data del 27/11/2017 il gestore provvedeva, come da allegato screenshot, sia al "blocco numerazioni a tariffazione a sovrapprezzo" sia al "blocco accesso a contenuti per adulti". Il gestore avrebbe poi emesso, alla data del 05/12/2017, "a titolo di fidelizzazione" nota di credito per l'importo suddetto da erogarsi tramite bonifico bancario. Rispetto alle fatture W1719127797 del 18/11/2017 (periodo 12/09/2017 - 06/11/2017) e W1800706047 del 13/01/2018 (periodo 07/11/2017-01/01/2018) recanti voci di costo relative a servizi a sovrapprezzi - rispettivamente per euro 215,72 e 80,28 Iva inclusa - non risulta l'emissione di note di credito. Nemmeno la memoria offerta dal gestore si esprime in alcun modo su di esse. Wind è tenuta dunque al rimborso dei pagamenti effettuati dall'istante relativamente ai servizi a sovrapprezzo per le fatture W1719127797 e W1800706047 per complessivi euro 296,00 Iva inclusa. Nulla è dovuto da Wind rispetto alle fatture precedentemente emesse, stante l'assenza di reclami. Né rappresenta un'esimente la mancata ricezione cartacea delle fatture, vista la scelta dell'istante, in fase di stipula del contratto, di ricevere elettronicamente i documenti contabili. Né, in seguito, ha mai reclamato la mancata ricezione cartacea delle fatture o richiesto al gestore verifica alcuna. La relativa richiesta di indennizzo viene invece respinta in quanto per tale tipologia, come precisato in molte pronunce dell'Agcom (tra le più recenti, le delibere n. 8/17 e 29/17), trattasi di: a) servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del Regolamento indennizzi; b) servizi forniti da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazione elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l'utente ed il fornitore del servizio; c) servizi in relazione ai quali 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 della attivazione in senso stretto. Si aggiunge che non sono stati ravvisati gli estremi per la liquidazione di indennizzi a qualsiasi altro titolo. Da ultimo, la richiesta di contributo spese legali viene accolta nella misura di euro 50,00. Per questi motivi, attestata la regolarità amministrativa del presente atto

DETERMINA

- Wind Tre, in parziale accoglimento dell'istanza del 05/03/2019, è tenuta a 1. Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti della società Wind Tre X per le motivazioni di cui in premessa. 2. La società Wind Tre X è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, il seguente importo, maggiorato degli interessi legali, a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza: I. euro 296,00 (duecentonovantasei/00) a titolo di rimborso per servizi a sovrapprezzo. 3. La società Wind Tre X è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità 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, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore
Rita Filippini