

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

R. MEATTA / WIND XXX

(LAZIO/D/473/2015)

Registro Corecom n. 56/2016

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 R. Meatta del 5 giugno 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

Il Signor Meatta ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti di Wind, l’illegittima fatturazione relativa ai cosiddetti servizi “a sovrapprezzo” non riconosciuti.

In particolare l’utente ha dedotto quanto segue:

- In data 19.12.12 il Sig. Meatta aveva aderito ad una proposta contrattuale per il servizio dati denominata “Mega unlimited” che prevedeva la fornitura di una chiavetta USB ed una sim per navigare al costo di 35,00 euro mensili con addebito su conto corrente;

- Dopo i primi tempi l'utente aveva constatato che il costo mensile addebitato era ben più alto di quello pattuito, arrivando a superare anche la somma di 90,00 euro;
- per tale motivo egli si era visto costretto a revocare l'addebito su conto corrente;
- il Sig. Meatta ribadiva di non aver mai attivato volontariamente alcun servizio a pagamento;
- Scorretto appariva, dunque, il comportamento del gestore che aveva provveduto ad attivare un servizio e a fatturarne i relativi costi senza chiedere alcuna autorizzazione all'utente.

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

- 1) La restituzione dell'importo di euro 491,15 relativo alle somme prelevate in esubero rispetto a quelle effettivamente dovute;
- 2) L'annullamento delle fatture emesse dal mese di maggio 2013 con emissione di nota di credito;
- 3) Il rimborso delle spese affrontate per i reclami;

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.

- Il Gestore ha confermato l'esistenza di un contratto postpagato relativo all'utenza 329****445 attivato in data 19.12.2012;
- In data 20.10.2014 l'utente, tramite il suo legale, contestava gli addebiti per servizi a sovrapprezzo ed in particolare:
 - la somma di euro 40,95 addebitata in data 4.03.2013;
 - la somma di euro 86,91 addebitata in data 2.05.2013;
 - la somma di euro 86,91 addebitata in data 27.06.2013;
 - la somma di euro 128,92 addebitata in data 2.09.2013;
 - la somma di euro 131,91 addebitata in data 28.10.2013;
 - la somma di euro 130,78 addebitata in data 2.01.2014;
 - la somma di euro 129,77 addebitata in data 3.03.2014;
 - la somma di euro 232,97 addebitata in data 2.05.2014;
- Sulla scorta di tale reclamo il gestore avviava le dovute verifiche ed in data 25.11.2014 dava riscontro via mail all'utente rigettando la richiesta di rimborso, essendo stato esperito detto reclamo oltre il termine dei 45 gg. previsto dall'art. 2.3 della Carta dei Servizi.
- L'utente –sempre secondo il gestore- ha attivato consapevolmente i servizi a sovrapprezzo che poi ha contestato ben oltre il termine contrattualmente previsto.
- Wind ha affermato che l'abilitazione della sim alla fruizione dei servizi a sovrapprezzo è insita nel servizio di telefonia mobile e come tale prevista dalle condizioni generali di contratto. Pertanto l'utente che decida di utilizzare dei servizi per i quali la sim è già abilitata, deve manifestare una specifica volontà, selezionando sul terminale l'apposita icona/tasto di attivazione dello specifico servizio. Si tratta, dunque, di una specifica espressione di volontà in tal senso da parte del cliente, il quale viene, comunque, informato –mediante sms mensile- dell'addebito. In ogni caso l'utente ha la possibilità di conoscere, attraverso i consueti canali di informazione, sulla possibilità di disattivare gli

stessi servizi. Nel caso in esame, risulta provato che l'utente abbia attivato consapevolmente i servizi usufruendone e, nonostante i numerosi sms di avvertimento, ne ha contestato gli addebiti oltre un anno dopo.

- Wind ha richiamato la delibera n. 276/13/Cons con la quale l'Autorità ha precisato che nella liquidazione degli indennizzi, tra le altre cose, occorre fare riferimento al concorso del fatto colposo del creditore.
- Inoltre il Gestore ha citato la Determina Direttoriale n. 49/15/Cir la quale ha precisato che la fattispecie dei servizi a sovrapprezzo esula dall'ambito oggettivo delineato ex art. 8 dell'All. A alla Del. n. 73/11/Cons, trattandosi di fatturazione indebita e non di attivazione di servizi non richiesti.
- Da ultimo Wind ha rilevato come la disciplina in materia di privacy consente al Gestore di utilizzare al fine di confutare le contestazioni sulla fatturazione, solo il traffico relativo all'ultimo semestre. In considerazione di tale ultima precisazione, nel caso in esame le uniche fatture per le quali potrebbero valutarsi eventuali storni o rimborsi sono la n. 7909432196 e la n. 7914852146.

3. La replica dell'utente

Nella memoria di replica, l'utente sostanzialmente ha confermato i fatti descritti nell'istanza introduttiva:

- ha ribadito che i servizi a sovrapprezzo certamente non erano stato attivati volontariamente;
- in ordine al reclamo ha precisato che quest'ultimo gli era stato suggerito dal Call Center.

4. L'esito dell'udienza di definizione.

All'udienza di definizione del 27.09.2016, entrambe le parti si riportavano alle rispettive difese ed il Legale verbalizzante rimetteva gli atti al Collegio per la decisione.

5. Motivazione della decisione.

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

Inammissibile risulta la richiesta di rimborso dei costi sostenuti per i reclami in quanto trattasi di istanza risarcitoria la cui valutazione, in base alla normativa di riferimento, è preclusa a questa Autorità.

Parimenti non può essere accolta la richiesta avanzata dall'utente di riconoscimento di "tutti gli indennizzi per i comportamenti scorretti" eventualmente ravvisati dall'Autorità a carico del Gestore, in quanto, oltre che generica, tale istanza è stata formulata solo con la memoria di replica ed è, pertanto, da considerarsi "nuova", e inammissibile al presente procedimento.

4.1 Sui servizi a sovrapprezzo.

Con riferimento all'utenza 329 ****445, con reclamo del 16.10.2014, l'utente contestava addebiti su 8 fatture per traffico dati non riconosciuto e ne reclamava, pertanto, il rimborso con emissione di nota di credito oltre al risarcimento dei danni quantificati in euro 500,00.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, la richiesta formulata dalla parte istante può essere accolta nei limiti e termini di seguito specificati.

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. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 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.

Occorre premettere che l'utente, pur contestando fatture per addebiti illegittimi, non ne ha depositato alcuna, né ha fornito alcun riferimento per la loro individuazione; pertanto la fondatezza ed il quantum delle contestazioni sarà valutato sulla base della sola documentazione prodotta dal gestore.

Orbene, l'utente è venuto meno all'onere di allegazione dei fatti posti a base della contestazione (le fatture ove compaiono i servizi non richiesti) che, nel caso specifico, trattandosi di un lamentato servizio in abbonamento perdurante nel tempo, andava quantomeno documentato per consentirne l'identificazione all'interno della voce generica fatturata dei "Servizi a sovrapprezzo".

In assenza di tali allegazioni, la valutazione in ordine alle somme contestate deve necessariamente essere circoscritta alle risultanze delle due fatture depositate da Wind, ossia la n. 7909432196 dell'1/06/2014 e la n. 7913035956 del 02/08/2014.

Ebbene dalle due fatture citate, risultano rispettivamente addebiti di euro 219,04 ed euro 4,64 per Servizi a sovrapprezzo.

Con riferimento a tale voce, trattandosi di servizi aggiuntivi, si ritiene che vi sia stata violazione, da parte di Wind, delle norme dettate dall'Autorità in materia di attivazioni di servizi a pagamento non richiesti e, in particolare, dell'art. 3 della delibera 664/06/CONS che testualmente prevede che "Ai sensi dell'art. 57 del Codice del consumo, è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente".

Il gestore telefonico, per adempiere formalmente e sostanzialmente al dettato dell'articolo 3 Delibera 664/06/CONS, avrebbe dovuto procedere alla preventiva verifica della volontà inequivoca del cliente prima dell'attivazione di qualsiasi servizio a pagamento.

Wind, che ha evidenziato che l'utente che decida di utilizzare dei servizi per i quali la sim è già abilitata, deve manifestare una specifica volontà, selezionando sul terminale l'apposita icona/tasto di attivazione dello specifico servizio, non ha minimamente fornito la prova che gli addebiti in fattura siano riferibili ad attivazioni volontarie e consapevoli dell'utente, né le fatture indicano, nel dettaglio, a quali servizi si riferiscano gli addebiti contestati dall'utente e che il gestore aveva quantomeno l'onere di indicare.

Limitandosi a sostenere che le procedure di controllo utilizzate renderebbero "impossibili" le attivazioni non volontarie, l'operatore non ha portato alcuna evidenza probatoria di quali siano state, nel caso di specie sottoposto all'esame, le azioni riconducibili ad una espressa e consapevole volontà di attivazione dell'utente.

Il richiamo da parte del Gestore alla Determina Agcom n. 49/15, a ben vedere, risulta inconferente in quanto detto provvedimento attiene alla possibilità di inquadrare l'attivazione dei servizi a sovrapprezzo nella fattispecie prevista ex art. 8 dell'All. A Del. n. 73/11/Cons, relativa all'attivazione dei servizi non richiesti e ciò al fine della sua indennizzabilità. Nulla di tutto ciò si riscontra nel caso di specie, nel quale l'utente ha limitato le proprie richieste al rimborso delle somme contestate ed all'indennizzo per il mancato riscontro al reclamo.

Come detto, il gestore non è stato in grado di fornire alcuna evidenza relativa alle azioni che il cliente avrebbe compiuto per confermare l'attivazione volontaria o almeno consapevole, dei servizi.

Conseguentemente Wind sarà tenuto a regolarizzare la posizione contabile dell'utente con riferimento alle somme indebitamente fatturate, con conseguente riconoscimento in favore dell'utente del diritto al rimborso di quanto addebitato e pagato a tale titolo, ovvero 219,04 sulla fattura n. 7909432196 dell'1/06/2014 ed euro 4,64 sulla fattura n. 7913035956 del 02/08/2014 per un totale di Euro 223,68.

5. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, considerate le difese svolte ed il comportamento processuale tenuto da sia dal Gestore che dall'utente, 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 50,00 (cinquanta/00)i.

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 del Sig. R. Meatta nei confronti della società Wind XXX.
2. La società Wind XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, la somma euro 50,00 (cinquanta /00) per le spese di procedura;
3. La società Wind è tenuta a regolarizzare la posizione contabile dell'utente mediante rimborso della complessiva somma di euro 223,68 con riferimento ai corrispettivi per servizi a sovrapprezzo in quanto non dovuti e conseguente emissione di nota di credito di pari importo.
4. La società Wind è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina 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).

Roma, li 31/10/2016

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto