

**DELIBERA N. 47 - 2019**

**XXX ESPOSITO / WIND TRE S.p.A.  
(GU14/59554/2018)**

**Corecom Piemonte**

NELLA riunione del Corecom Piemonte del 13/09/2019;

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. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 353/19/CONS, del 18 luglio 2019, recante “*Modifica del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni*”;

VISTA la “*Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni*”, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale del Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte data in 28 dicembre 2017, e in particolare l’art. 5, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, “*Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte*”;

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 28 novembre 2017;

VISTA l'istanza di XXX ESPOSITO del 18/12/2018 acquisita con protocollo n. 0233943 del 18/12/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

### **1. La posizione dell'istante**

L'istante, nell'atto introduttivo, in merito al contratto codice cliente XXX rappresenta quanto segue: "Ho ricevuto le fatture n° 1736916357 del 8/10/2017 e n° 1738001966 del 8/12/2017 nelle quali WindH3G mi ha addebitato gli importi di 500,52 € e 169,45 € (sul numero XXX) per servizi a sovrapprezzo mai richiesti e utilizzati. Abbiamo aperto pratica per il rimborso dei suddetti importi al servizio clienti H3G (n° pratica 19070884-19124957). Non avendo alcun riscontro dalla H3G in data 12 marzo 2018 (su consiglio del servizio clienti) invio reclamo. WindH3G non risponde a questo reclamo scritto e pertanto in data 12 aprile 2018 invio reclamo formale all'operatore, richiedendo nuovamente il rimborso dei servizi a sovrapprezzo o l'invio delle prove di attivazione nonché il dettaglio del traffico delle due fatture 1738001966 – 1736916357 oggetto dei servizi a sovrapprezzo e il dettaglio del traffico della fattura n°1831715720 per controllare l'addebito di 60 € con la voce generica 'traffico internet' e 41,32 di servizi a sovrapprezzo. Nello stesso reclamo si chiedeva la disabilitazione dei servizi a sovrapprezzo sulla sim XXX. Wind non riscontra il nostro reclamo, non invia le prove di attivazione e tantomeno il dettaglio del traffico e continua a fatturare i servizi a sovrapprezzo. A giugno del 2018 Wind emette la fattura n° 1833658779 in cui mi ha addebitato: 19,98 € di servizi a sovrapprezzo mai richiesti nonostante abbia richiesto la disattivazione al ricevimento dei servizi a sovrapprezzo; i servizi 'LTE' e 'Ti ho cercato' mai richiesti e di cui non so a cosa servono; traffico internet 50 €. H3G in data 08/4/2018 senza nessuna comunicazione e con atto unilaterale (notizia avuta durante la conciliazione), anziché fare il bonifico degli importi indebitamente prelevati non ha addebitato la fattura 1832710151 di € 148,95 ( di cui 19,98 € di servizi a sovrapprezzo che non dovevano essere fatturati perché avevo richiesto il blocco di tutti i servizi a sovrapprezzo). In data 2 luglio 2018 ho inviato nuovo reclamo in cui richiedo la copia contrattuale per l'attivazione dei servizi 'LTE' e 'Ti ho cercato', nonché le prove di attivazione dei servizi a sovrapprezzo. Visto il totale silenzio della WindH3G e il prosieguo della fatturazione dei servizi a sovrapprezzo abbiamo fatto intervenire la XXX che in data 20/8/2018 ha presentato UG al Corecom Piemonte. H3G senza rispondere ai nostri reclami ha continuato a fatturare servizi a sovrapprezzo senza che la sim fosse nel telefono: 19,98 € nella fattura 1833658779 e 19,98 € nella fattura 1835381102".

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede: 1) copia contratti attivazione servizi 'LTE' e 'Ti ho cercato'; 2) rimborso di 35,00 € per servizi 'LTE' e 'Ti ho cercato' dalla data di attivazione; 3) indennizzo di 2.280,00 € per indebita attivazione servizi 'LTE' e 'Ti ho cercato' (456 gg x 2,5 x 2,5 dal 01.06.2017 al 31.09.2018); 4) rimborso di 560,00 € per servizi a sovrapprezzo indebitamente fatturati nelle fatture n°

1736916357 del 8/10/2017 e n° 1738001966 del 8/12/2017 (689,95 € - di € 148,95 relativa alla fattura 1832710151 + 19,98 € relativi ai servizi a sovrapprezzo indebitamente fatturati nella fattura 1832710151); rimborso di 19,98 € + 50,00 € di servizi a sovrapprezzo e traffico internet nella fattura n° 1833658779 mai richiesti e utilizzati; rimborso di 41,32 € + 60,00 € di servizi a sovrapprezzo e traffico internet sulla fattura n. 1831715720 mai richiesti e utilizzati; rimborso degli importi dei servizi a sovrapprezzo addebitati sulle fatture in emissione fino al cambio OLO; 5) indennizzo di 300,00 € per mancato riscontro ai reclami del 12/3/2018 e 8/4/2018.

In relazione alla memoria difensiva di Wind Tre, di seguito riportata, l'istante contesta il doc. "Risposta al cliente " dell'operatore affermando di non aver mai ricevuto alcuna risposta e inoltre che la schermata compilata e presentata dalla controparte non prova in nessuna maniera che si tratti di una risposta ai reclami ben precisi avanzati. Sul'attivazione dei servizi non richiesti, l'istante osserva che Wind Tre non ha fornito alcun documento da cui risulti l'esistenza di una manifestazione di volontà dell'utente di attivare gli stessi. Sulla asserita lavorazione dei rimborsi, il sig. Esposito rileva che non è stata inviata alcuna comunicazione al cliente di nessun genere né tantomeno sono stati riscontrati i reclami inviati dall'istante e neppure è mai pervenuta la nota di credito n. 1790854520 di cui si è presa visione con le presenti memorie. L'istante sottolinea che alcun rimborso è mai stato effettuato. Ancora, l'istante contesta di aver ricevuto email dalla Apple e tantomeno conferme di attivazione di servizi che peraltro vengono fatturati dalla Wind Tre che dovrebbe pertanto dimostrare in modo inequivocabile la volontà dell'utente di voler richiedere suddetti servizi. Il sig. Esposito evidenzia poi che nella fattura n.7637202229 e in quelle precedenti non si rileva alcuna opzione LTE altrimenti dovrebbe essere indicata la voce del servizio anche se a costo zero. Considerato che la controparte non ha dimostrato in alcun modo (presentando contratto come richiesto dall'istante) che esistesse un servizio accessorio LTE, per l'utente si tratta di un indebita attivazione di servizio accessorio. Inoltre, l'ipotetica comunicazione che Wind Tre dichiara di aver inviato con la fattura n. 1637202229, a dire del sig. Esposito, non è mai arrivata all'istante: essa non è inserita nella fattura come prevede l'Autorità ma trattasi di un foglio aggiuntivo nonostante a pag. 10 della fattura stessa ci sia una sezione " 3 comunica" in cui nulla sull'argomento viene riportato. Discorso analogo viene fatto dall'istante anche per il servizio 'Ti ho cercato'. Il sig. Esposito evidenzia infine di aver contestato la fondatezza del traffico internet extra soglia e non la mancanza del sms info soglie e pertanto nei reclami ha richiesto il dettaglio del traffico per controllare gli importi anomali fatturati senza avere riscontro.

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

L'operatore, nella memoria difensiva in sintesi rappresenta: "Prima di entrare nel merito della presente contestazione, Wind Tre S.p.A. precisa di aver tariffato tutto il traffico generato dalle utenze *de quibus* secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dai relativi piani tariffari via via prescelti dall'istante nel



corso del rapporto contrattuale. Corre l'obbligo di precisare, comunque, che le voci di traffico per servizi a pagamento vengono indicate in fattura sotto la voce 'Pagine Portale 3' e 'Contenuti Portale 3'. Orbene, i 'Contenuti Portale 3' sono quelli scaricati o fruiti dal Portale 3; la tariffazione è tariffata ad unità in base al numero e alla tipologia di contenuti scaricati. Tali servizi sono erogati in abbonamento e consistono in contenuti scaricabili la cui attivazione può avvenire solo da parte dell'utente sia da "Portale 3", sia da siti internet mobili esterni (m-site). Il contenuto è erogato dal partner (provider) con cui Wind Tre S.p.A. ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori. Il rapporto tra Wind Tre S.p.A. e questi provider garantisce verifiche molto stringenti. Invero, in aderenza a quanto previsto dal Codice di autoregolamentazione dei servizi Premium, l'attivazione del servizio in abbonamento avviene tramite un'azione volontaria del cliente che accede a tali servizi o direttamente sul Portale 3 (dovendo poi comunque cliccare sul servizio che intende attivare) o cliccando su un banner". [...] Appare del tutto evidente, quindi, come il metodo di attivazione di tali servizi sia stato studiato, oltre che per rispettare le norme vigenti, anche per accertare la volontarietà del cliente, evitando sottoscrizioni 'casuali'. [...] Preme rilevare come il Gestore, in merito ai servizi *wap billing*, sia l'unico operatore che prevede negli accordi con i partner provider che gli stessi inviino settimanalmente un SMS gratuito di *caring*, con lo stato di attivazione del servizio, le modalità di disattivazione e di fruizione dei contenuti acquistati, in modo che il cliente possa sapere senza ombra di dubbio dell'attivazione in corso e provvedere alla sua disattivazione. Appare del tutto evidente, quindi, come il metodo di attivazione di tali servizi sia stato studiato, oltre che per rispettare le norme vigenti, anche per accertare la volontarietà del cliente, evitando sottoscrizioni 'casuali'. [...] Ad ogni buon conto si rileva che il gestore ha già provveduto al rimborso dei servizi a sovrapprezzo contestati dal cliente nelle fatture 1736916357 e 1738001966 mediante emissione delle note di credito n. 1790854520 euro 502,70 e 1990144281 di euro 117,38. La fattura n. 1736916357 di euro 606,72, dunque è rimasta aperta solo per la differenza di euro 104,02. Il pagamento di euro 606,72 (relativo alla fattura n. 1736916357 che era comunque andato a buon fine), è stato utilizzato per saldare la fattura n. 1736916357 appunto per euro 104,02 e la fattura n. 1831715720 di euro 178,95. Per la differenza di euro 323,75 è stato predisposto il rimborso tramite bonifico che è in corso di emissione. La nota di credito n. 1990144281 di euro 117,38 attualmente risulta aperta a favore del cliente in attesa di rimborso. Di tale gestione è stata data comunicazione al cliente in data 07/11/2017. [...] Tutti i servizi non inclusi nell'offerta sono stati oggetto di specifica ed autonoma tariffazione. Si precisa, infatti, che, nel caso di specie, alcuni acquisti contestati sono stati effettuati in "iTunes Store", che è lo store multimediale da cui si può acquistare musica, film, applicazioni ed ebooks per il proprio iPhone/iPod/iPad, sicché Wind Tre è estranea agli addebiti oggetto di contestazione operati direttamente da Apple, tramite il proprio Apple ID, ovviamente associato ad una carta di credito o una iTunes Card, tutti acquisti relativi a servizi non forniti dallo scrivente gestore. Ad ogni buon conto si osserva come l'acquisto di applicazioni tramite 'app' avvenga secondo un rigido protocollo. Anzitutto l'istante per procedere all'acquisto di tali contenuti ha dovuto necessariamente abilitare uno o più metodi di pagamento (Carta di

Credito/Credito/Conto telefonico) tramite un account Apple (e-mail e password); quando il Cliente effettua un acquisto, iTunes Store lo informa in maniera esplicita e di default viene richiesta la password per procedere all'acquisto a meno che il cliente abbia cambiato il settaggio delle impostazioni. [...] Nel caso de quo, pertanto, Wind Tre è estranea agli addebiti contestati, in quanto è stato direttamente il Cliente a scegliere, la modalità di pagamento, tra molteplici opzioni a disposizione, e avendo a disposizione tutti i sistemi di sicurezza di Apple per evitare acquisti non desiderati. Wind Tre invita pertanto l'utente a rivolgersi per le richieste di rimborso ad Apple. Pertanto, le contestazioni avanzate dall'istante sul punto sono del tutto prive di fondamento e le relative domande dovranno essere rigettate”.

L'operatore osserva ancora che “relativamente alla contestazione sull'opzione LTE, [...], inizialmente l'opzione attivata sulla numerazione *de qua* è stata in promozione a costo zero, tuttavia, nell'ambito dell'evoluzione della struttura economica dell'offerta dei servizi digitali di “3”, il costo di rinnovo dell'opzione 4G LTE è passato da 0 € a 1 € al mese (IVA inclusa). Si badi che i clienti hanno ricevuto una preventiva comunicazione relativamente al *repricing* del servizio. Invero, prima che tale servizio divenisse a pagamento, la scrivente compagnia ha inviato una comunicazione agli utenti, informandoli sia della variazione relativa al nuovo costo - del tutto legittima e rientrante nelle scelte imprenditoriali della scrivente società - sia della possibilità di disattivare gratis e in qualsiasi momento l'opzione LTE al fine di non subire gli addebiti non voluti qualora non fossero stati interessati all'utilizzo della stessa. Si rileva infatti che la compagnia, tramite la fattura n. 1637202229 informava la parte istante che il costo dell'opzione LTE sarebbe stato di 1€/mese. Il cliente veniva informato sia della imminente variazione che della possibilità di disattivare l'opzione gratuitamente, qualora non fosse stato interessato a mantenerla attiva. L'informativa conteneva, infatti, le caratteristiche dell'offerta, la data di decorrenza della modifica, il nuovo prezzo, le modalità di disattivazione ovvero la modalità per poter disattivare il rinnovo dell'opzione e, quindi, per recedere gratuitamente dall'offerta in caso di non accettazione delle nuove condizioni. [...] Va infatti considerato come, trattandosi di variazione della tariffazione di un servizio accessorio e non del piano tariffario, il cliente, qualora non fosse stato interessato al suo utilizzo, avrebbe potuto procedere a disattivarlo in ogni momento cosa che invece l'istante ha ommesso di fare. Nessun dubbio può dunque sussistere sulla legittimità del comportamento del gestore il quale ha correttamente provveduto a preavvisare la parte istante della variazione dell'opzione tariffaria attivata, in un primo momento gratis e con finalità promozionale, dalla compagnia e della possibilità di disattivarne il rinnovo gratuitamente. Solo successivamente, dopo oltre trenta giorni dal ricevimento da parte del cliente della predetta comunicazione, la convenuta compagnia ha provveduto a variare la tariffazione. [...] Per quanto riguarda invece la variazione di costo del servizio ‘Ti ho cercato’, il gestore, diversamente da quanto sostenuto, rileva che le somme previste [...] sono del tutto legittime. [...] Il servizio ‘Ti ho cercato’ è un servizio accessorio non compreso nell'offerta ‘base’ del piano tariffario sottoscritto dal cliente [...] reso dalla scrivente compagnia inizialmente a titolo gratuito e solo successivamente è stato

previsto l'addebito di un corrispettivo per poter usufruire dello stesso. Il suo costo è stato determinato nell'importo di 1,50 euro/mese, da addebitarsi solo al momento della ricezione del primo SMS di notifica a copertura dell'utilizzo del servizio fino alla fine del mese solare. Pertanto tale addebito viene effettuato esclusivamente qualora ci sia stato nel mese solare almeno un utilizzo del servizio stesso. Si precisa inoltre che, come riportato sul sito istituzionale [...] il cliente, può sempre disattivare il servizio 'Ti ho cercato', gratuitamente. [...] Si rileva, altresì, che Wind Tre, ha inviato una comunicazione all'istante nella fattura n. 1733309491, informandolo prontamente sia della variazione relativa al nuovo costo - del tutto legittima e rientrante nelle scelte imprenditoriali della scrivente società - sia della possibilità di disattivare gratis e in qualsiasi momento il servizio 'Ti ho cercato' al fine di non subire addebiti non voluti, che, infine, del rinnovo mensile del servizio accessorio in mancanza della richiesta di disattivazione. E' di tutta evidenza, che l'istante sia stato posto in condizione di sapere che il servizio sarebbe divenuto a pagamento. E' evidente che l'utente non può imporre ad un operatore telefonico regole sulla gestione del proprio business, laddove quest'ultimo scelga - in piena legittimità e adempiendo ad ogni onere di informazione (preventivo e successivo) - di rendere a pagamento un proprio servizio accessorio, non facente parte di alcun piano tariffario, che prima aveva scelto di offrire gratuitamente. Vi è di più. Quandanche tale operazione fosse intesa quale rimodulazione dell'offerta (e così a parere della scrivente non è essendo il servizio 'Ti ho cercato' soltanto un servizio meramente accessorio), è bene osservare come la condotta posta in essere da Wind Tre sia del tutto aderente e conforme con quanto disposto dall'art. 22 Condizioni Generali di contratto, secondo cui il Gestore ha facoltà '(...) di proporre modifiche ai Piani Tariffari, dandone comunicazione al Cliente a propria scelta mediante raccomandata a.r., posta ordinaria, posta prioritaria, SMS, MMS, e mail ed indicandone le specifiche ragioni. Tali modifiche saranno efficaci trascorsi 30 (trenta) giorni dal ricevimento da parte del Cliente della predetta comunicazione'. Si badi che, la facoltà di Wind Tre di prevedere nelle proprie Condizioni generali di contratto, clausole di modificazione unilaterale delle proprie tariffe, è riconosciuta direttamente da una norma di legge, ossia dall'art. 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni elettroniche. Nel caso di specie, oggetto della 'rimodulazione' è soltanto un servizio accessorio e correttamente il c.d. diritto di recesso può essere esercitato in relazione allo specifico servizio che ha subito la modifica, disattivabile dai clienti senza alcun costo. [...]

Per tali ragioni, non si può che concludere per l'infondatezza della dell'avversa istanza e pertanto, Wind Tre chiede a codesto spettabile Corecom di voler rigettare ogni domanda di rimborso ovvero indennizzo.

Relativamente infine al traffico dati extra soglia, preme rammentare come l'ultimo comma dell'art. 3, delibera 326/10/CONS, abbia sancito, quale soglia unica per tutti gli utenti consumer - come nel caso di specie - l'importo di € 50,00 al mese, oltre IVA, come limite massimo di consumo per il traffico dati. La citata norma fa salva l'ipotesi in cui l'utente abbia comunicato al gestore la propria volontà di fissare un diverso limite quale soglia di blocco del traffico prodotto dalle proprie SIM. Nel caso di specie,

l'odierno istante non ha mai optato per una diversa soglia di sicurezza del traffico dati, ragion per cui Wind Tre S.p.A. ha correttamente mantenuto la soglia preimpostata, che, infatti, non è mai stata superata. Come noto all'istante, già in fase di sottoscrizione del contratto e successive variazioni, il profilo tariffario prescelto "Top Unlimited Plus" prevede dei piani a soglie per il traffico internet. Peraltro, si osserva che l'istante non ha mai attivato sulla sim oggetto di contestazione, tramite l'Area Clienti 3 o contattando il numero XXX, il servizio gratuito "SMS Infosoglie" che consente di ricevere automaticamente, mediante un SMS, le notifiche in prossimità dell'esaurimento delle soglie previste dalle opzioni tariffarie, dai Bonus, dalle soglie dei piani dati e dalle soglie dati dei piani voce. [...] Tali importi extrasoglia avrebbero comunque potuto essere monitorati in ogni singolo istante, ricorrendo agli strumenti che il Gestore offre gratuitamente a tutta la Clientela. Il Cliente, infatti, ha sempre a propria disposizione la possibilità di monitorare l'extra soglia come assicurato da Wind Tre S.p.A., tra gli altri, con l'art. 4 della Carta dei Servizi, al punto "Trasparenza dei prezzi", ponendo a disposizione della Clientela diversi strumenti attraverso i quali consentire il controllo, in tempo reale ed in ogni momento, del livello di spesa raggiunto. [...] Non vi è, pertanto, alcun margine per l'accoglimento di nessuna delle domande avanzate dalla controparte. Parimenti infondata deve ritenersi la richiesta degli indennizzi in quanto, in assenza di elementi atti a fondare la pretesa, non potrà essere accolta la domanda di riconoscimento degli indennizzi. Quanto sopra premesso, l'operatore chiede nel merito, rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto, in subordine, ex art. 1241 c.c. e ss, operare eventuale compensazione tra le relative poste debito/credito, poiché trattasi, per le somme insolute indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile".

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

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

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

L'utente lamenta innanzitutto l'addebito di servizi a contenuto non richiesti e ne chiede il rimborso. L'operatore esclude la propria responsabilità, dichiarando che i servizi a sovrapprezzo addebitati sarebbero stati attivati dall'utente.

Sul punto si evidenzia che il D. M. 2 marzo 2006, n. 145, *Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo*, all'art. 12 dispone che "le informazioni o prestazioni dei servizi a sovrapprezzo sono precedute, indipendentemente dalla durata del servizio, da un messaggio di presentazione, chiaro ed esplicito" e all'art. 13 che "il servizio a sovrapprezzo è erogato solo dopo l'esplicita accettazione da parte dell'utente finale". Inoltre, l'art. 3 della delibera 664/06/CONS 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".

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; Cass. 26 gennaio 2007 n. 1743; Cass. 19 aprile 2007, n. 9351; Cass. 11 novembre 2008, n. 26953; Cass. 3 luglio 2009, n. 15677 e Cass. 20 gennaio 2010, n. 936), secondo il quale il creditore (nella fattispecie, l'istante) 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 (ossia l'operatore) 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 la fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica, prova che non è stata fornita da Wind Tre. Si rileva ancora che, ai sensi di quanto prescritto dalla delibera 664/06/CONS già richiamata, in presenza di contestazioni concernenti la fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica non richiesti l'operatore deve provare di avere ottemperato agli oneri di cui all'art. 2, commi 5, 6 e 7. Ebbene, nel caso oggetto di disamina, Wind Tre non ha fornito alcun documento da cui risulti l'esistenza di una manifestazione di volontà dell'utente di attivare la fornitura di tali beni/servizi. L'operatore non avrebbe quindi 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 dell'utente stesso.

Peraltro, il Codice del Consumo 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.

Wind Tre, che ha descritto la procedura di attivazione dei servizi a sovrapprezzo, soffermandosi sui particolari accorgimenti posti in essere a tutela dell'utenza e volti ad evitare attivazioni involontarie ed inconsapevoli, non ha però fornito la prova che gli addebiti in fattura siano riferibili ad attivazioni volontarie e consapevoli dell'utente, né



che siano stati inviati all'utente gli sms di *caring* per avvisarlo degli abbonamenti attivi, così come invece sostenuto. Inoltre, pur volendo prendere in considerazione i rilievi della società circa l'estraneità della stessa al rapporto tra il fornitore del servizio a sovrapprezzo e l'utente, essa è comunque tenuta, in base a quanto disposto all'articolo 5, comma 4, della delibera n. 418/07/CONS, a disattivare immediatamente i servizi a sovrapprezzo in abbonamento e ad interrompere i conseguenti addebiti, a decorrere dalla semplice richiesta dell'utente, cosa che non è avvenuta come risulta dalla documentazione in atti.

Conseguentemente, l'operatore sarà tenuto a rimborsare i costi addebitati per beni e/o servizi di comunicazione elettronica a sovrapprezzo così come di seguito specificato: € 500,52 sulla fattura 1736916357 del 8/10/2017, € 149,44 sulla fattura 1735001966 del 8/12/2017, € 153,85 sulla fattura 1831715720 del 8/2/2018, € 19,98 sulla fattura 1833658779 del 8/6/2018, € 19,98 sulla fattura 1835381102 del 8/10/2018, per un totale di € 843,77. Relativamente alla fattura n. 1832710151 del 8/4/2018, che l'istante dichiara non essere stata addebitata dall'operatore, i costi esibiti alla dicitura "Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner" pari a € 19,98 andranno stornati. Inoltre, Wind Tre dovrà stornare/rimborsare (in caso di avvenuto pagamento) gli eventuali ulteriori importi addebitati a tale titolo fino al termine del ciclo di fatturazione.

In relazione, poi, alla doglianza sull'addebito di traffico Internet fatturato alla voce "Internet e mail non inclusi nell'offerta", si osserva che l'operatore si è limitato, nelle difese, a spiegare il funzionamento del sistema "Infosoglie" per il controllo del traffico, senza tuttavia entrare nel merito del caso di specie e del profilo tariffario applicato indicandolo solamente come "Top Unlimeted Plus" ma omettendo di fornire delucidazioni su quanto avvenuto.

A prescindere dalle considerazioni che potrebbero essere effettuate sull'osservanza della delibera 326/10/CONS e di tutte le cautele in essa prescritte per la tutela degli utenti attraverso l'introduzione di sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile, si sottolinea che Wind Tre, a fronte dei tempestivi reclami dell'utente con richiesta di ricevere la documentazione del traffico Internet, non ha risposto al sig. Esposito e nemmeno ha inteso fornire all'organo decidente tale documentazione.

Come evidenziato anche dalla delibera n. 2/13/CIR, indipendentemente dall'obbligo gravante sul gestore di avvisare il proprio cliente in presenza di traffico "anomalo", la compagnia telefonica, in caso di contestazioni, dovrà fornire la documentazione di dettaglio del traffico, tale da consentire il tracciamento della riferibilità temporale e della riferibilità del traffico a quella utenza.

Pertanto, a prescindere dalla conformità della condotta assunta nel caso in esame in tema di sistemi di allerta, vista l'effettuata contestazione, la società Wind Tre, perlomeno nel corso dell'odierna procedura, avrebbe dovuto provare in concreto la

correttezza degli importi addebitati. Infatti, si rammenta che, in via generale, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (cfr. Cass. Civ. 17 febbraio 2006) 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; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali. Tanto premesso, sussiste in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cfr. Cass. Civ. n. 10313/04).

Alla luce di quanto sopra rilevato, consegue l'obbligo per l'operatore di rimborsare le somme oggetto di contestazione per un importo di € 60,00 sulla fattura 1831715720 del 8/2/2018 e di € 50,00 sulla fattura 1833658779 del 8/6/2018, per un totale di € 110,00.

Va poi esaminata la doglianza in merito ai servizi 'LTE' e 'Ti ho cercato'.

L'istante lamenta il fatto che nella fattura n. 1833658779 del 8/6/2018 vengano addebitati tali servizi che sostiene non aver mai richiesto e di cui non conosce i contenuti e le modalità di utilizzo. Conseguentemente, in data 2/7/2018, invia reclamo all'operatore dove richiede copia del contratto da cui si evinca la richiesta di attivazione di detti servizi. L'operatore non riscontra il reclamo e nelle proprie difese sostiene che l'opzione 'LTE', che consente al cliente di accedere alla rete dati ad alta velocità di "3" migliorando la navigazione in Internet, era inizialmente attivata sulla numerazione a costo zero ed è passata, previa comunicazione del *repricing* del servizio, a € 1,00/mese Iva inclusa. Wind Tre sostiene inoltre che, trattandosi di variazione della tariffazione di un servizio accessorio e non del piano tariffario, il cliente avrebbe potuto procedere a disattivarlo in ogni momento. Per quanto riguarda invece la variazione del servizio 'Ti ho cercato', tramite il quale l'utente impegnato in altra conversazione o che abbia il cellulare spento o non raggiungibile può ricevere un SMS informativo delle chiamate in arrivo, Wind Tre afferma che trattasi di "servizio accessorio non compreso nell'offerta base del piano tariffario sottoscritto dal cliente", reso inizialmente dalla compagnia a titolo gratuito e che solo successivamente, previa comunicazione, è stato previsto un corrispettivo di € 1,50/mese IVA compresa da addebitarsi solo alla ricezione del primo SMS di notifica.

La fattispecie in esame rientra nell'ambito generale delle cd. "attivazioni di servizi non richiesti", previste e disciplinate dalle delibere Agcom n. 41/09/CIR (articolo 3), n. 664/06/CONS (articolo 3), n. 179/03/CSP (articolo 7, comma 5), nonché dal Codice delle comunicazioni elettroniche (articolo 70) e dal Codice del consumo (articolo 57).

L'operatore fonda le proprie difese sulla asserita regolarità del proprio operato nella comunicazione a parte istante delle modifiche dei costi dei servizi sopradetti, ma, nel caso di specie, tali argomentazioni non rilevano stante che, a fronte della

contestazione dell'utente circa l'esistenza del contratto inerente l'attivazione dei servizi, è onere dell'operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione dello stesso. Si sottolinea che, fin dal primo reclamo in merito, l'utente disconosce di aver attivato detti servizi e chiede la documentazione contrattuale che non viene fornita né in allora né in questa sede. Inoltre l'operatore, nelle sue stesse difese, definisce tali servizi come accessori e non compresi nell'offerta "base" del piano tariffario sottoscritto dal cliente. Quindi, a prescindere da qualsiasi altra valutazione in ordine alla validità della comunicazione dei *repricing*, nel che ci occupa, l'operatore non offre la prova di aver ricevuto una valida richiesta dell'utente di attivazione dei servizi, o che l'utente abbia altrimenti accettato una proposta contrattuale dell'operatore e, in difetto di essa, deve affermarsi la esclusiva responsabilità dell'operatore stesso per indebita attivazione di un servizio non richiesto, con conseguente diritto dell'utente, ai sensi dell'art. 9 del Regolamento indennizzi, di non pagare alcun corrispettivo per tali servizi o di ottenere lo storno o il ricalcolo degli addebiti fatturati nonché l'indennizzo per attivazione di servizi non richiesti.

Pertanto, Wind Tre dovrà rimborsare gli importi addebitati per i servizi "LTE" e "Ti ho cercato" sulle fatture nn. 1735773907 del 8/8/2017, 1736916357 del 8/10/2017, 1738001966 del 8/12/2017, 1831715720 del 8/2/2018, 1833658779 del 8/6/2018 e n. 135381102 del 8/10/2018, per un totale di € 30,00 e stornare gli importi pari a € 5,00 addebitati per i medesimi servizi sulla fattura n. 1832710151 del 8/5/2018 che l'istante dichiara non essere stata saldata, nonché corrispondere un indennizzo di € 2,50/die per ogni servizio, così come previsto al comma 2 dell'art. 9 sopracitato per l'attivazione di servizi accessori non richiesti, a partire dal 2/7/2018 (data in cui l'istante richiede all'operatore la prova contrattuale in ordine alla attivazione dei servizi, tenuto anche conto del principio di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera n. 179/03/CSP, secondo cui l'indennizzo da corrispondere all'utente deve essere proporzionale al pregiudizio arrecato) al 30/9/2018 (così come documentato con l'allegazione delle fatture sopradette) per un totale di € 450,00 (90 gg. X € 2,5 X 2 servizi).

Infine, l'istante richiede l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami inviati il 12/3/2018 e 8/4/2018.

Non vi sono agli atti riscontri dell'operatore successivi a tali date e la gestione contabile di Wind Tre descritta nelle difese del presente procedimento tesa a rimborsare gli addebiti per servizi a sovrapprezzo non solo non è stata mai comunicata a parte istante ma i rimborsi stessi, di cui si è dato atto nell'udienza di discussione del 7/3/2019, sono avvenuti solo nelle more del presente procedimento. Inoltre, non tutte le doglianze del ricorrente sono state evase attraverso tale gestione contabile, peraltro molto ritardata. Occorre precisare che in base a quanto disposto dall'art. 8, comma 4) della delibera 179/03/CSP il riscontro al reclamo presentato da un utente, oltre a dover essere fornito entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in caso di rigetto deve essere dato in forma scritta, deve essere adeguatamente motivato e deve indicare gli accertamenti compiuti. In particolare,

l'art. 12 del Regolamento indennizzi, reca: "1. L'operatore, se non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari a euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 300. 2. L'indennizzo di cui al comma 1 è computato in misura unitaria indipendentemente dal numero di utenze interessate dal reclamo e anche in caso di reclami reiterati o successivi, purché riconducibili al medesimo disservizio". Considerando quindi che il primo reclamo datato 6/3/2018 è pervenuto il 12/3/2018 e risultando che le prime informazioni sono state fornite a parte istante solo nell'udienza di conciliazione del 12/11/2018, sono 200 i giorni di ritardo nella risposta (già decurtati i 45 gg. previsti dalla delibera sopracitata, intesi quale termine massimo per la comunicazione dell'esito del reclamo). L'istante ha pertanto diritto alla corresponsione dell'importo massimo € 300,00 a titolo di indennizzo per ritardata risposta del reclamo.

Poiché gli indennizzi riconosciuti da questa Autorità devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e, quindi, devono tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura di risoluzione della controversia, ne consegue che tutti gli indennizzi come finora determinati dovranno essere maggiorati dell'importo corrispondente agli interessi legali da calcolarsi dalla data di presentazione dell'istanza di definizione fino al saldo effettivo.

E' necessario qui ricordare che nel corso dell'udienza di discussione è stato evidenziato che Wind Tre in data 6/2/2019 ha effettuato un bonifico in favore dell'istante di € 999,48 in luogo di € 323,75 che l'operatore riteneva dovuti e che parte istante conferma di aver ricevuto il bonifico. Alle somme così come liquidate nel presente procedimento, pertanto, l'operatore potrà detrarre la detta somma di € 999,48, già corrisposta, e la somma di € 123,97 relativa alla fattura insoluta n. 1832710151 del 8/4/2018 di € 148,95 (diminuita di € 24,98 in conseguenza degli storni operati con il presente provvedimento decisorio) e così per un totale da detrarre di € 1.123,45.

Infine, nel caso di specie, considerato il comportamento complessivo delle parti, le difese da entrambi svolte, nonché le risultanze delle stesse, si ritiene congruo liquidare, secondo criteri di equità e proporzionalità di cui all'art. 20, comma 6 del Regolamento, l'importo di € 150,00 a titolo di rimborso spese dei procedimenti di conciliazione e definizione.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

**DELIBERA**

In accoglimento dell'istanza, per i motivi sopra indicati, l'operatore Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, è tenuto a:

- 1) rimborsare le somme addebitate a titolo di beni e/o servizi di comunicazione elettronica a sovrapprezzo per un totale di € 843,77 e stornare la somma di € 19,98 addebitata, per i medesimi servizi, sulla fattura n. 1832710151 del 8/5/2018;
- 2) stornare/rimborsare (in caso di avvenuto pagamento) gli eventuali ulteriori importi addebitati a tale titolo fino al termine del ciclo di fatturazione;
- 3) rimborsare le somme addebitate a titolo di traffico Internet per un totale di € 110,00;
- 4) rimborsare le somme addebitate a titolo di servizi "LTE" e "Ti ho cercato" per un totale di € 30,00 e stornare la somma di € 5,00 addebitata, per i medesimi servizi, sulla fattura n. 1832710151 del 8/5/2018 ;
- 5) corrispondere la somma di € 450,00, oltre interessi legali dalla presentazione della domanda al saldo, a titolo di indennizzo per attivazione di servizi non richiesti;
- 6) corrispondere la somma di € 300,00, oltre interessi legali dalla presentazione della domanda al saldo, a titolo di indennizzo per mancata risposta del reclamo;
- 7-) corrispondere la somma di € 150,00 per spese di procedura.

Alle somme così come liquidate nel presente procedimento l'operatore, per i motivi sopra esposti, potrà detrarre la somma di € 999,48, già corrisposta, e la somma di € 123,97 relativa alla fattura insoluta n. 1832710151 del 8/4/2018 di € 148,95 (diminuita di € 24,98 in conseguenza degli storni operati con il presente provvedimento decisorio) e così per un totale da detrarre di € 1.123,45.

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.

Il termine per ottemperare al presente provvedimento è di trenta giorni dalla notifica dello stesso, così come previsto dall'art. 20, comma 4, del Regolamento.

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

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 sul sito *web* dell'Autorità.

Torino, 13 settembre 2019

IL PRESIDENTE