



DELIBERAZIONE
n. 76 del 14 dicembre 2018

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: xxx/Wind Tre xxx.**

Presenti:

ENZO BROGI	<i>Presidente</i>
CHETI CAFISSI	<i>Vice Presidente</i>
ALBERTO LAPENNA	<i>Componente</i>
ELETTRA PINZANI	<i>Componente</i>
MASSIMO SANDRELLI	<i>Componente</i>

Assenti:

Presiede: **Enzo Brogi**

Segretario: **Luciano Moretti** *Dirigente sostituto per le funzioni e attività inerenti il Corecom incaricato della redazione del presente atto*

II COMITATO REGIONALE per le COMUNICAZIONI

VISTA la legge 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*";

VISTA la legge 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 e comma 13;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 "Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni", in particolare l'art. 30, e il "Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni" (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO l' "Accordo quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai comitati regionali per le comunicazioni e 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 la "Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 gennaio 2018", e in particolare l'art. 5, comma 1, lett. e);

VISTA la Delibera Agcom n. 179/03/CSP "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249" e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 173/07/CONS, All. A "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 73/11/CONS All. A "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori";

VISTA la Delibera Agcom n. 276/13/CONS "Approvazione delle Linee Guida relative all'attribuzione delle deleghe ai CoReCom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";

VISTA l'istanza GU14 n. 226 del giorno 20 giugno 2016 con cui la società xxx chiedeva l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società Wind Tre xxx, già H3G xxx. (di seguito, per brevità, H3G) ai sensi dell'art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A (di seguito il "Regolamento");

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

La società istante, intestataria delle utenze telefoniche *business* n. 335 6216xxx e n. 392 9175xxx, lamenta addebiti per servizi non richiesti né usufruiti sotto la voce “*Contenuti Portale 3*” e costi dovuti al traffico extra soglia.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- fin da 2013 riscontrava addebiti per “*servizio a valore aggiunto identificati come contenuto portale 3, contenuti e servizi 3 Italia e suoi Partners a traffico extrasoglia*”; tali servizi erano stati attivati dal gestore senza che fossero stati richiesti e mai utilizzati; constatava, inoltre, che erano “*difficili se non impossibili da disattivare*”;
- riscontrava che nelle fatture non risultava chiaro a cosa tali servizi si riferissero a causa di “una terminologia ingannevole”;
- reclamava presso il gestore in data 27 marzo 2015.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

- i) il “*rimborso delle somme da noi indebitamente pagate relative a tali servizi e quantificate in € 1.603,04 + IVA*”.

In data 28 aprile 2016 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore H3G tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

La società istante, in data 27 luglio 2016, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale ha ribadito che “*tali servizi non sono mai stati richiesti (...), né tantomeno ne ha mai usufruito*”, sottolineando, peraltro, di non essere mai stata informata “*sui reali costi di attivazione*”. Inoltre ha chiarito che “*tali addebiti non è mai stato chiaro a cosa si riferissero grazie alla terminologia ingannevole. Non solo si tratta in alcuni casi di piccole somme, difficilmente individuabili ma che possono diventare elevate mese dopo mese (anche 60 o 80 euro al mese) equiparabili alla classica attivazione di servizi in abbonamento*”.

Parte istante ha, inoltre, evidenziato che:

- “*tali addebiti non è mai stato chiaro a cosa si riferissero grazie alla terminologia ingannevole*”; “*si tratta in alcuni casi di piccole somme, difficilmente individuabili ma che possono diventare elevate mese dopo mese (anche 60 o 80 euro al mese) equiparabili alla classica attivazione di servizi in abbonamento*”;
- “*tale attivazione sia in contrasto sia con quanto previsto nella Delibera 664/06/CONS all. a) sia con l'art.66 quinquies D.Lgs. 206/05*”.

Infine l'istante ha ribadito *“la richiesta di rimborso delle somme da lei indebitamente pagate per tali servizi e quantificate in euro 1.603.04 + IVA”*, allegando le fatture ed evidenziando le somme contestate a partire dalla fattura n. 1376361123 dell'8 luglio 2013.

2. La posizione dell'operatore.

La società H3G, in data 27 luglio 2016, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale ha preliminarmente eccepito *“la genericità e l'indeterminatezza delle contestazioni avversarie in quanto la società xxx si limita contestare tali servizi, senza neppure allegare le fatture in contestazione, pretendendo con ciò di dimostrare i fatti di cui oggi si discute”*.

Nel merito l'operatore ha osservato:

- *“di aver tariffato tutto il traffico generato dalle numerazioni +39 335-62.16xxx e +39 392-91.75.xxx, secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dai piani tariffari cui le utenze de quibus erano abbinata e ai quali, per maggiori dettagli, si rimanda (doc. 4)”*;
- *“il traffico generato in extrasoglia e quello non incluso nell'offerta è stato oggetto di specifica ed autonoma tariffazione, secondo i costi previsti dal citato piano tariffario”*;
- la società istante *“ha usufruito di servizi non compresi nel plafond e in particolare, di servizi a pagamento e di traffico in extrasoglia, voci di spesa non comprese nei profili tariffari prescelti. E' evidente, infatti, che il fruire di servizi espressamente non inclusi nel canone del piano tariffario implichi il correlato pagamento”*;
- gli *“addebiti alla voce “Internet sotto rete 3 [sono] eventi di traffico internet generati ed usufruiti dall'utente oltre la soglia del proprio piano tariffario. Tuttavia, si precisa che gli importi addebitati sotto le voci “Internet sotto rete 3” sono stati legittimamente fatturati nel rispetto della Delibera 326/10/CONS. Con specifico riguardo al traffico dati, preme rammentare come l'ultimo comma dell'art. 3, Delibera 326/10/CONS, abbia infatti sancito, quale soglia unica per tutti gli utenti consumer - come nel caso di specie - l'importo di Euro 50,00 al mese come limite massimo di consumo per il traffico dati”*.

L'operatore, *“quanto alle voci di traffico addebitate per Contenuti Portale 3”* ha precisato che:

- tali contenuti *“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 (m-site) esterni”*;
- *“il contenuto è erogato dal partner (provider) con cui H3G xxx ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori. Il rapporto tra H3G xxx e questi provider garantisce verifiche molto stringenti che vengono effettuate da una specifica piattaforma (HUB) che controlla, sui servizi wap billing (“Contenuti Portale 3”), le fasi di attivazione, addebito, caring, billing e disattivazione”*.
- la società H3G ha stabilito *“con i partner provider che gli stessi inviino settimanalmente un SMS gratuito di caring, con lo stato di attivazione del servizio e 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”*;
- *“l'utente che non intervenga tempestivamente nella disattivazione, in autonomia o tramite richiesta al Servizio Clienti, non può poi dolersi dei successivi addebiti, avendo mancato di agire con la dovuta diligenza. Nel caso di specie, a fronte della ricezione dei predetti SMS, non risulta documentalmente*

provato che la società istante abbia mai provveduto a contestare per iscritto gli addebiti di cui oggi si discute (via fax - via email - via raccomandata)”.

L'operatore ha, quindi, rappresentato che, *“allo stato degli atti, il deposito dell'istanza di conciliazione debba considerarsi come primo formale reclamo scritto non avendo dato prova di aver inviato segnalazioni e/o reclami antecedenti. Per gran parte delle fatture, di conseguenza, la contestazione avversaria risulta tardiva in quanto formulata ben oltre il termine di 90 giorni dalla data di emissione di ogni singola fattura, così come previsto dall'art. 25, comma 2, Condizioni Generali di Contratto”* (cfr. doc. 6).

Infine la società H3G ha dedotto, con riferimento all'oggetto della presente disamina che: *“sulla questione è intervenuta anche l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni che, proprio con la Determina n.49/15/DIT (doc. 13), ha rigettato la domanda di indennizzo ex art. 8 Allegato A Delibera 73/1 I/CONS (indennizzo per attivazione di servizi non richiesti), specificando che non si tratta di attivazione di servizio non richiesto, bensì di fatturazione indebita che può essere soddisfatta attraverso la restituzione degli importi in contestazione o mediante lo storno degli stessi nel caso in cui non siano stati corrisposti, prevedendo peraltro che la restituzione sia limitata nel tempo atteso il limite temporale imposto dall'art. 123 Codice della Privacy”.*

3. Motivazione della decisione.

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

È ormai pacifico che, nel caso di contestazione delle fatture, l'operatore debba fornire la prova della debenza degli importi fatturati, altrimenti l'utente ha diritto allo storno o al rimborso degli stessi, tenuto conto che la fattura non costituisce negozio di accertamento.

Sul punto giova richiamare l'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, (*ex multis*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947) in virtù del quale 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 (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313), altrimenti l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al loro rimborso (*ex multis*, Delibera Agcom n. 82/17/CIR).

Viene, inoltre, in rilievo l'art. 123 del Codice della Privacy (Dlgs 196/2003) la cui *ratio* è la tutela dei dati personali degli utenti di servizi di comunicazioni elettroniche, prescrive l'obbligo di cancellare o rendere anonimi i dati relativi al traffico riguardanti contraenti ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatta salva la conservazione per il periodo di sei mesi per esigenze di fatturazione o per la commercializzazione di servizi di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi a valore aggiunto, e l'ulteriore specifica conservazione necessaria per una contestazione, anche in sede giudiziale. Nel merito, pertanto, la debenza degli importi in contestazione non risulta provata (tenuto conto dell'assenza di documentazione attestante la volontà dell'utente alla sottoscrizione di servizi premium, quale, ad esempio, copia dei log di attivazione o

dell'url della *landing page* navigata dal cliente e dell'assenza di *alert* relativi al superamento delle soglie).

In parziale accoglimento della richiesta *sub i*), dunque, H3G è tenuta a regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell'istante mediante lo storno (ovvero il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato a titolo di servizi Contenuti Portale 3 e traffico *extra* soglia nelle fatture oggetto di contestazione emesse a partire dall'8 ottobre 2014 fino all'8 novembre 2015 (data di emissione dell'ultima fattura in atti), trattandosi delle fatture emesse nel semestre antecedente la data di presentazione del reclamo del 27 marzo 2015, reclamo che, dalle risultanze istruttorie, è stato inoltrato al gestore a mezzo fax, ed esattamente:

- la somma di euro 48,44 oltre Iva a titolo di "Traffico a consumo ed extrasoglia" nella fattura n. 1476906116 dell'8 ottobre 2014;
- la somma di euro 50,82 oltre Iva a titolo di "Traffico a consumo ed extrasoglia" nella fattura n.1477204152 dell'8 novembre 2014;
- la somma di euro 48,90 oltre Iva a titolo di "Traffico a consumo ed extrasoglia" nella fattura n. 1477500494 dell'8 dicembre 2014;
- la somma di euro 54,52 oltre Iva a titolo di "Traffico a consumo ed extrasoglia" nella fattura 1574009454 dell'8 gennaio 2015;
- la somma di euro 46,76 oltre Iva a titolo di "Traffico a consumo ed extrasoglia" nella fattura n.1574300985 dell'8 febbraio 2015;
- la somma di euro 51,44 oltre Iva a titolo di "Traffico a consumo ed extrasoglia" nella fattura n. 1574590136 dell'8 marzo 2015;
- la somma di euro 60,35 oltre Iva a titolo di "Traffico a consumo ed extrasoglia" nella fattura n. 1574877654 dell'8 aprile 2015;
- la somma di euro 91,06 oltre Iva a titolo di "Traffico a consumo ed extrasoglia" nella fattura n. 1575164464 dell'8 maggio 2015;
- la somma di euro 62,82 oltre Iva a titolo di "Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner" nella fattura n. 1575447807 dell'8 giugno 2015;
- la somma di euro 55,70 oltre Iva a titolo di "Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner" nella fattura n. 1575728247 dell'8 luglio 2015;
- la somma di euro 67,08 oltre Iva a titolo di "Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner" nella fattura n. 1576005880 dell'8 agosto 2015;
- la somma di euro 83,47 oltre Iva a titolo di "Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner" nella fattura n. 1576280052 dell'8 settembre 2015;
- la somma di euro 83,56 oltre Iva a titolo di "Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner" nella fattura n. 1576548619 dell'8 ottobre 2015;
- la somma di euro 19,83 oltre Iva a titolo di "Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner" nella fattura n. 1576815207 dell'8 novembre 2015;

Per un totale di euro 824,75 oltre IVA.

Infine si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell'istante, ai sensi dell'art.19, comma 6, del Regolamento, la somma forfettaria di euro 100,00 a titolo di spese di procedura.

VISTO l'Ordine di Servizio del Segretario Generale n. 9 del 24 luglio 2018, con il quale, a seguito della temporanea assenza della Dott.ssa Cinzia Guerrini, è stato individuato il Dott. Luciano Moretti, dirigente del Settore "Analisi di fattibilità e per la valutazione delle politiche. Assistenza al Difensore

Civico, al Garante dei detenuti e all’Autorità per la partecipazione” quale dirigente sostituto per le funzioni e attività inerenti il Corecom;

VISTI la relazione istruttoria redatta dalla Dott.ssa Elisabetta Castelli, responsabile del procedimento e lo schema di decisione predisposto dal Dirigente Dott. Luciano Moretti ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

UDITA l’illustrazione del Dirigente, Dott. Luciano Moretti volta su proposta del Presidente nella seduta del 14 dicembre 2018;

DELIBERA

in parziale accoglimento dell’istanza presentata in data 20 giugno 2016 dalla società xxx nei confronti dell’operatore Wind Tre xxx, che detto operatore provveda a:

- 1) regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell’istante mediante lo storno (ovvero il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato a titolo di servizi Contenuti Portale 3 e traffico extra soglia nelle fatture oggetto di contestazione emesse a partire dall’8 ottobre 2014 fino all’8 novembre 2015, per la somma complessiva di euro 824,75 oltre IVA, oltre al ritiro, a cura e spese dell’operatore, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta per l’insoluto;
- 2) corrispondere all’istante, mediante assegno o bonifico bancario, della somma di euro 100,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell’art. 19, comma 6, del Regolamento e della Delibera Agcom n. 276/13/CONS.

Le somme così determinate a titolo di rimborso di cui al precedente punto 1) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all’importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell’istanza di risoluzione della controversia.

E’ fatta salva la possibilità per l’utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell’eventuale maggior danno subito, come previsto dall’art. 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A.

Ai sensi dell’art. 19, comma 3, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS Allegato A, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell’Autorità ai sensi dell’art. 98, comma 11, D.lgs. n. 259/2003.

L’operatore è tenuto, altresì, a comunicare a questo Ufficio l’avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del CoReCom, nonché trasmessa all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per gli adempimenti conseguenti.



DELIBERAZIONE
n. 76 del 14 dicembre 2018

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

Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Il Segretario
Luciano Moretti

Il Presidente
Enzo Brogi