

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: **Cinzia Guerrini** *Dirigente della struttura di assistenza al Comitato
incaricata 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";

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante il "Codice del consumo" e successive modifiche e integrazioni;

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. 432 del giorno 13 ottobre 2016, con cui la Sig.ra 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.

L'istante, titolare di un contratto residenziale sulle utenze n. 320 1121xxx e n. 393 2818xxx con la società H3G, lamenta la fatturazione indebita di somme a titolo di traffico extra-soglia, nonché d'importi superiori a quanto comunicato in sede di stipula contrattuale a titolo di canoni.

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

- in data 10 luglio 2013 aderiva ad un'offerta con la società H3G presso il punto vendita dell'operatore e sottoscriveva un "*abbonamento voce Top 400 comprensivo dell'acquisto a rate di uno Smartphone (vendita a rate 30 mesi) e l'abbonamento dati Web Light 3GB*";
- constatava, "*già nelle prime fatture pervenute (...), che [era] sempre presente la voce di spesa 'traffico extrasoglia', sia per il piano voce che per il piano dati, (...) non richiesta e non sottoscritta*"; all'inizio si trattava "*di una spesa relativamente contenuta, ma nel tempo divenuta inspiegabilmente sempre più elevata sino ad arrivare a cifre sbalorditive, il cui pagamento (...) ha messo più volte in grave difficoltà economica*";
- si recava presso i punti vendita dell'operatore, al fine di ottenere spiegazioni; si rivolgeva al "*call center*" dedicato, chiedendo come poteva fare a disdire, ma l'operatrice la convinceva a non farlo, in quanto avrebbe pagato le penali per il recesso anticipato;
- inviava, in data 11 dicembre 2015, lettera A/R (ricevuta dall'operatore in data 21 dicembre 2015), con cui chiedeva "*di recedere, alla data di scadenza del 07.01.2016, dal contratto sottoscritto in data 10/07/2013 e relativo al servizio Internet Web Light, numero seriale I 8939993280104542418*";
- inviava un reclamo a mezzo raccomandata A/R n. 13631003656-2 del 22 febbraio 2016, anticipato via fax;
- contestava, fra l'altro, le somme a titolo di spesa "traffico extrasoglia" nelle seguenti fatture in proprio possesso:
 - fattura n. 1341128301 dell'8 settembre 2013 riferita al periodo luglio-agosto 2013;
 - fattura n.1343399004 dell'8 novembre 2013 riferita al periodo settembre-ottobre 2013;
 - fattura n.1432085599 dell'8 gennaio 2014 riferita al periodo novembre-dicembre 2013;
 - fattura n.1434383700 dell'8 marzo 2014 riferita al periodo gennaio-febbraio 2014;
 - fattura n.1436678105 dell'8 maggio 2014 riferita al periodo marzo-aprile 2014;
 - fattura n. 1438955038 dell'8 luglio 2014 riferita al periodo maggio-giugno 2014;
 - fattura n. 1441187365 dell'8 settembre 2014 riferita al periodo luglio-agosto 2014;
 - fattura n. 1531848945 dell'8 gennaio 2015 riferita al periodo novembre-dicembre 2014;
 - fattura n. 1536058631 dell'8 maggio 2015 riferita al periodo marzo-aprile 2015;
 - fattura n. 1538074817 dell'8 luglio 2015 riferita al periodo maggio-giugno 2015;
 - fattura n. 1539981144 dell'8 settembre 2015 riferita al periodo luglio-agosto 2015;
 - fattura n. 1541765256 dell'8 novembre 2015 riferita al periodo settembre-ottobre 2015;
 - fattura n. 1631537192 dell'8 gennaio 2016 riferita al periodo novembre-dicembre 2015.

Nella medesima missiva chiedeva all'operatore copia delle fatture smarrite, relative ai periodi settembre-ottobre 2014 e gennaio-Febbraio 2015. Contestava, inoltre, il profilo non richiesto "Web 10".

In data 28 luglio 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.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

- i) il "rimborso delle somme indebitamente pagate (€ 2.601,47);*
- ii) lo "storno di tutti gli importi pagati e non dovuti fino alla definizione della controversia con ritiro della pratica di recupero del credito";*
- iii) l' "indennizzo per i disservizi, tra cui il mancato riscontro";*
- iv) la "lavorazione disdetta già inoltrata da parte del gestore";*

- ii) le "spese di procedura".*

2. La posizione dell'operatore.

La società H3G, in data 10 novembre 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 dedotto che:

- l'istante *"riferisce le odierne contestazioni alle numerazioni di seguito elencate: > +39 320-11.21.xxx, attivata, previa operazione di portabilità, in data 10.07.2013 con piano tariffario "Top 400" ed abbinata all'offerta commerciale "Vendita Rate Abb 30" che prevedeva l'acquisto, tramite rateizzazione del prezzo, dell'apparato telefonico ("Apple i Phone 5 16 GB Bianco", avente Codice IMEI 013628001713380) ed un vincolo contrattuale minimo di trenta mesi con conseguente corrispettivo in caso di recesso anticipato (Cfr. doc. 1)";*
- la numerazione *" +39 392-28.18.xxx, attivata in data 10.07.2013 con piano tariffario "Web Light" ed abbinata all'offerta commerciale "Vendita Rate Abb 30" che prevedeva l'acquisto, tramite rateizzazione del prezzo, dell'apparato telefonico ("Web Cube 21.6 New", avente Codice IMEI 866996010104472) ed un vincolo contrattuale minimo di trenta mesi con conseguente corrispettivo in caso di recesso anticipato (Cfr. doc. 1)".*
- dal *"16.07.2015, su richiesta dell'istante, la numerazione +39 392-28.18.xxx veniva associata al profilo tariffario "Web 10" (Cfr. doc. 1)".*
- le *"numerazioni in questione non sono più attive sulle reti di H3G xxx (per maggiori dettagli, si veda il doc. 2)".*

La società H3G eccepisce, inoltre, le *"domande di storno "di tutti gli importi addebitati ma non dovuti sino a definizione della controversia, con ritiro della pratica di recupero del credito". Inammissibilità e/o improcedibilità della presente istanza di definizione ex art. 14, Allegato A 173/07/CONS per la formulazione di domanda nuova".* La società H3G ha, altresì, *"eccepito l'inammissibilità e/o improcedibilità della generica domanda di indennizzo per i disagi che la Signora xxx asserisce di aver subito in quanto tale pretesa maschera una evidente richiesta di risarcimento del danno, non demandabile, per espressa previsione normativa".*

Nel merito l'operatore ha evidenziato *"di aver tariffato tutto il traffico generato dalle numerazioni +39 320-11.21.xxx e +39 392-28.18.xxx, secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dai piani tariffari cui sono state abbinare (doc. 7)".*

H3G ha, inoltre, precisato che:

- *“il profilo tariffario “Top 400” - cui è stata abbinata l’utenza n. +39 320-11.21.xxx - prevede, a fronte del versamento di un canone mensile, una soglia di 100 minuti di chiamate nazionali a settimana, una soglia di 25 SMS nazionali a settimana, oltre ad una soglia per il traffico dati pari a 2 GB al mese, da fruire sotto rete Tre “dal telefono 3 o da PC utilizzando il telefono come modem” (doc. 7)”*.
- *il “piano tariffario “Web Light” - associato ab origine all’utenza n. +39 392-28.18.xxx - prevede, a fronte del versamento di un canone mensile, una soglia di traffico dati, sotto rete 3, pari a 3 GB al mese (doc. 7)”*.
- *“a far data dal 16.07.2015, la numerazione +39 392-28.18.xxx è stata abbinata al profilo tariffario “Web 10” che prevede, sempre a fronte del versamento di un canone mensile, una maggiore soglia di traffico dati (per maggiori dettagli, si veda il doc. 7)”*;
- *“controparte, non può oggi dolersi della tariffazione subita, tenuto conto che è stata la stessa istante, in sede di sottoscrizione dei relativi contratti e di variazione del piano tariffario abbinato all’utenza n. +39 392-28.18.xxx, a domandare al Gestore di attivare sulla numerazione de qua il piano tariffario in questione, caratterizzato, come descritto dalla possibilità di fruire del traffico, entro ed oltre le predette soglie contrattuali”*;
- *“come si evince dall’esame delle fatture che si produce (doc. 8), la Signora xxx ha usufruito di servizi non compresi nel plafond: ha effettuato traffico dati in extrasoglia e ha usufruito di servizi a pagamento, tutte voci di spesa non compresa nei profili tariffari prescelti. E’ evidente, infatti, che il fruire di servizi espressamente non inclusi nel canone del piano tariffario implichi il correlato pagamento”*.
- *con riferimento “agli addebiti alla voce “Internet sotto rete 3”, corre l’obbligo di evidenziare come non si tratti di servizi aggiuntivi fatturati senza previa richiesta dell’utente, ma esclusivamente di eventi di traffico internet generati ed usufruiti dall’utente oltre la soglia del proprio piano tariffario.*
- *“il Cliente ha sempre a propria disposizione la possibilità di monitorare il traffico effettuato come assicurato da H3G (...) all’art. 4 della Carta dei Servizi (doc. 9), 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”*;
- *“con la dovuta diligenza e del tutto agevolmente, la Signora xxx avrebbe potuto monitorare il traffico generato ed il livello di soglia raggiunto”: “l’istante non ha attivato, tramite l’Area Clienti 3 o contattando il numero 4077, 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”*;
- *“il servizio “Ti Ho Cercato” è un servizio accessorio non compreso nell’offerta “base” dei piani tariffari sottoscritti dal cliente”*;
- *i “Contenuti Portate 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 (m-site) esterni (...).Il contenuto è erogato dal partner (provider) con cui H3G (...) ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori. Il rapporto tra H3G (...) e questi provider garantisce verifiche molto stringenti che vengono effettuate da una specifica piattaforma (HUB) che controlla, sui servizi wap billing (“Contenuti Portate 3 “), le fasi di attivazione, addebito, caring, billing e disattivazione. Vien da sé, pertanto, che l’istante - quand’anche il servizio fosse stato attivato senza espresso consenso (e così non è!) - è posto in condizione di sapere dell’avvenuta attivazione del servizio contestato grazie agli SMS settimanali. Pertanto, 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”.

L'operatore H3G ha, altresì, dedotto che *“a fronte della ricezione dei predetti SMS, non risulta documentalmente provato che la Signora xxx abbia mai provveduto ad inviare alcun reclamo scritto (fax - email - raccomandata), se non, per la prima volta, con il reclamo del 22.02.2016 che rappresenta, pertanto, il primo formale reclamo sulla questione.*

Per talune fatture, pertanto, 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. 9)”

Nella denegata e non creduta ipotesi in cui l'Ill.mo Co.Re.Com adito ritenga di disattendere la ricostruzione in fatto ed in diritto come sopra esposta, preme segnalare come in ragione dell'art. 123, comma 2, D. Lgs. 196/2003 (Codice della Privacy) è previsto che “il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi. Atteso il divieto imposto dal Codice della Privacy di conservare il dettaglio del traffico oltre i sei mesi decorrenti dalla data di ricezione del reclamo scritto (Cfr. art. 13 Codice della Privacy), sarebbe violato il diritto a difendersi in capo ad H3G (...) in merito a fatture riferite a periodi diversi. Non avendo il Gestore ricevuto - come detto - alcuna formale segnalazione scritta prima del deposito dell'istanza di conciliazione, non potrà certo essere condannata a corrispondere somme fatturate per servizi che, oltre ad essere stati usufruiti dall'utente, questi avrebbe potuto (e dovuto) disattivare per tempo, avendo ricevuto ogni settimana un SMS che ricordava lo stato del servizio. Si ravvisa in questa inerzia una colpevole negligenza della Signora xxx che non potrà essere fatta ricadere sull'Operatore, senza ledere i più basilari principi di diritto”.

Sulla mancata risposta al reclamo, l'operatore H3G ha dedotto che *“ha risposto alla segnalazione tramite comunicazioni e-mail che si allega (doc. 13), nella quale richiamava il termine di 90 giorni dalla data di emissione di ogni singola fattura, fissato dall'art. 25, comma 2, Condizioni Generali di Contratto (cfr. doc. 9) per contestare gli addebiti ivi contenuti ed eventualmente, in caso di fondatezza della contestazione, ottenere il relativo rimborso da parte del Gestore”.*

L'operatore ha, infine, rappresentato che l'istante *“è attualmente debitrice nei confronti di H3G xxx della somma complessiva di Euro 89,06, determinata dal mancato pagamento della Fattura n. 1633226546 di pari importo, scaduta in data 07 04 2016 (doc. 14)”.*

3. Motivazione della decisione.

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

In primis deve evidenziarsi che:

- la richiesta dell'istante *sub iv)* volta ad ottenere la *“lavorazione disdetta già inoltrata da parte del gestore”*, esula dalla competenza di questo Corecom, atteso che l'oggetto della pronuncia è limitato, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento, a eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità;

- non può essere accolta l'eccezione dell'operatore in merito all'inammissibilità delle richieste risarcitorie di cui al punto *iii)* non rilevandosi la presenza di dette richieste;

- non può essere accolta l'eccezione avanzata da H3G in merito alla difformità delle richieste avanzate dall'istante in sede di definizione della controversia rispetto a quelle presentate nell'ambito del tentativo obbligatorio di conciliazione. Sul punto si richiama quanto previsto nelle "*Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*" approvate con la Delibera Agcom n. 276/13/CONS Allegato A, che, al Par. III.1.2, prevedono quanto segue: "*si deve necessariamente verificare che l'oggetto della richiesta di definizione sia lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione, il che non deve significare che le istanze presentate in sede conciliativa e in sede di definizione debbano essere identiche, ma che la questione in discussione sia la medesima (...) Il contenuto delle singole richieste di parte può essere interpretato in maniera più sfumata, in considerazione del fatto che la pronuncia di definizione è in ogni caso a contenuto vincolato, poiché prevede esclusivamente la possibilità di condannare l'operatore al rimborso (o storno) di somme non dovute e alla liquidazione degli indennizzi. Pertanto, in un'ottica di tutela dei contraenti più deboli e nel rispetto delle finalità delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie, le istanze inesatte, ogni qualvolta sia possibile, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare*".

La presente disamina avrà ad oggetto le fatture contestate per gli addebiti a titolo di traffico extrasoglia, nonché importi superiore a quanto comunicato in sede di stipula contrattuale a titolo di canoni.

Nel merito:

Sull'addebito per importi per traffico extra-soglia.

L'istante ha contestato l'addebito di importi dovuti al traffico extrasoglia, laddove l'operatore ha rappresentato "*di aver tariffato tutto il traffico generato dalle numerazioni +39 320-11.21.xxx e +39 392-28.18.xxx, secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dai piani tariffari cui sono state abbinare (doc. 7)*".

Le domande *sub i) e ii)* sono meritevoli di un parziale accoglimento per le ragioni di seguito esposte.

In primis occorre richiamare che 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 viene in rilievo 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 e ss.mm.ii.) 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). Per quanto attiene al superamento delle soglie, pur volendo prendere in esame il rilievo della società H3G in merito al fatto che l'istante non ha attivato l'opzione info soglie, si rileva che tuttavia l'operatore non ha fornito documentazione utile a consentire il tracciamento della riferibilità temporale, della durata, nonché del costo delle singole connessioni poste alla base della fatturazione.

In parziale accoglimento delle richieste *sub i) e ii)*, 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 "Gettoni extrasoglia internet" e/o "Traffico extrasoglia" nelle fatture oggetto di contestazione emesse a partire dal 22 agosto 2015 fino all'8 gennaio 2016 (data di emissione dell'ultima fattura in atti), trattandosi delle fatture emesse nel semestre antecedente la data di presentazione del reclamo del 22 febbraio 2016, reclamo che, dalle risultanze istruttorie, è stato inoltrato al gestore a mezzo fax, cui è seguita la raccomandata.

Di contro, non può trovare accoglimento la richiesta dell'istante *sub iii)* di liquidazione di un indennizzo per l'addebito d'importi a titolo di traffico extrasoglia, in quanto i servizi digitali oggetto della tariffazione qui contestata riguardano: *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 (*ex multis* Delibera Agcom n. 143/17/CIR).

Sull'attivazione del profilo "Web Light".

L'istante lamenta, successivamente alla fattura n. 1441187365 dell'8 settembre 2014, un aumento dell'addebito per spese dovute per il canone non concordate in sede di sottoscrizione contrattuale. Di contro l'operatore "a far data dal 16.07.2015, la numerazione +39 392-28.18.xxx è stata abbinata al profilo tariffario "Web 10" che prevede, sempre a fronte del versamento di un canone mensile, una maggiore soglia di traffico dati (per maggiori dettagli, si veda il doc. 7)".

La doglianza dell'istante di rimborso/storno *sub i)* e *sub ii)* e d'indennizzo *sub iii)* è fondata nei termini di seguito esposti.

Preliminarmente, in relazione alla fattispecie dedotta in controversia, giova premettere che:

- a fronte della contestazione dell'utente circa l'esistenza e la valida conclusione di un contratto di telefonia, è onere probatorio dell'operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione del contratto. La fattispecie in esame rientra nell'ambito generale delle c.d. "attivazioni di servizi non richiesti" o "prestazioni non richieste", previste e disciplinate dalle Delibere Agcom n. 41/09/CIR (art. 3) e n. 179/03/CSP (art. 7, comma 5), nonché dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche (art. 70) e dal Codice del Consumo (artt. 50 e segg.);

- *“la vendita a distanza”* è il contratto per la cui promozione e conclusione il venditore utilizza esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza quali la vendita per corrispondenza, attraverso la televisione, per fax, telefono o internet.

Nel caso di specie, in cui venditore e consumatore non entrano in contatto personalmente, ma si relazionano a distanza, trova applicazione l'articolo 51 del Codice del consumo che disciplina i *“Requisiti formali per i contratti a distanza”* e che, al comma 6, come modificato dal decreto legislativo del 21 febbraio 2014 n. 21, testualmente recita: *“Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto”*.

La previsione sopracitata che disciplina i c.d. *“contratti a distanza”*, secondo il più recente orientamento dell'Agcom comporta *“la necessità di ottenere la firma del consumatore o in ogni caso l'accettazione scritta dell'offerta affinché sorga il vincolo contrattuale a carico delle parti; in mancanza di questo requisito formale non può dirsi perfezionato il contratto”*. A questo proposito, l'Autorità precisa che *“ciò equivale a dire che il contratto non può essere concluso con la sola registrazione telefonica, nel corso della quale il consumatore riceve verbalmente l'offerta e la accetta, ma è necessario che all'offerta telefonica segua l'invio al consumatore della proposta scritta di contratto e l'accettazione scritta del consumatore. In altre parole, ai fini della validità del contratto è essenziale che pervenga alla compagnia telefonica il contratto cartaceo recante la firma dell'utente”* (ex multis Delibera Agcom n. 2/16/CIR e Deliberazione Corecom Umbria n. 5/2016).

Nel caso di specie la società H3G ha allegato alla propria memoria un *“file”* audio relativo al consenso vocale prestato dall'istante del 16 luglio 2015 che attiene alla variazione contrattuale relativa al numero 392 2818xxx a titolo di canone *“Web light”*.

Con riferimento al *“vocal ordering”* allegato agli atti preme evidenziare che, in merito ai requisiti posti dalla normativa succitata circa la dinamica di prospettazione dell'offerta, acquisizione del consenso ed assolvimento degli obblighi informativi da parte dell'operatore telefonico, dall'ascolto della fonoregistrazione prodotta in atti, risulta che la persona incaricata dall'operatore non ha comunicato all'istante il proprio nominativo all'inizio della conversazione. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 3, lettera c) del Codice del Consumo *“la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, ovvero un suo intermediario”*, non ha assolto l'obbligo iniziale di informare l'utente circa la propria identità *“dichiarando in modo inequivocabile”* all'inizio delle conversazione telefonica con il consumatore, il proprio nome e cognome *“a pena di nullità del contratto”* stesso, così come previsto dall'art. 52, comma 3 del Codice del Consumo.

Sul punto occorre anche richiamare l'art. 49, comma 1, lett. e) del Codice del consumo che, nell'elencare le informazioni che il professionista fornisce al consumatore prima che quest'ultimo sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali, prevede che fra tali comunicazioni vi sia *“il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postal”*.

Ebbene, nel caso di specie, dalla fatturazione in atti si evince che la spesa per l'opzione tariffaria *“Web Light”* riporta la spesa di euro 14,88, mentre nel *“vocal ordering”* l'operatrice indicava che il prezzo bimestrale per detto profilo sarebbe stato pari ad euro 10,00, senza alcuna precisazione circa l'addebito dell'IVA o meno.

Pertanto deve affermarsi l'esclusiva responsabilità dell'operatore ex art. 1218 del codice civile, per l'attivazione non richiesta dell'opzione tariffaria; ne consegue che l'utente ha diritto ad un indennizzo per l'attivazione dell'opzione tariffaria "Web Light".

Ciò premesso ai fini della quantificazione dell'indennizzo si richiamano l'art. 8, comma 2, di cui all'allegato A) alla delibera n. 73/11/CONS, in virtù del quale nel caso di profili tariffari non richiesti l'indennizzo è applicato nella misura di euro 1,00 per ogni giorno di attivazione

Per quanto riguarda la durata dell'inadempimento si prende a riferimento, quale *dies a quo*, data del primo reclamo del 22 febbraio 2016 e come *dies ad quem* la data 13 ottobre 2016, data di presentazione dell'istanza di definizione; pertanto l'indennizzo dovuto all'istante è di euro 235,00 (per 235 giorni di attivazione di un profilo tariffario non richiesto).

Dunque l'operatore è tenuto alla regolarizzazione contabile e amministrativa dell'istante provvedendo, quindi, a stornare (o rimborsare in caso di avvenuto pagamento) l'importo indebitamente fatturato secondo il piano tariffario non richiesto "Web light" sull'utenza n. 392 2818xx al netto delle somme eventualmente addebitate a titolo di apparati. L'istante ha, altresì, diritto al ritiro, a cura e spese dell'operatore, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta per l'insoluto.

Sulla mancata risposta al reclamo

L'istante ha sostenuto la mancata risposta del 22 febbraio 2016, laddove l'operatore ha dedotto di aver "risposto alla segnalazione tramite comunicazioni e-mail che si allega (doc. 13), nella quale richiamava il termine di 90 giorni dalla data di emissione di ogni singola fattura, fissato dall'art. 25, comma 2, Condizioni Generali di Contratto (cfr. doc. 9) per contestare gli addebiti ivi contenuti ed eventualmente, in caso di fondatezza della contestazione, ottenere il relativo rimborso da parte del Gestore".

La domanda dell'istante è da accogliersi nei termini di seguito esposti.

Agli atti non risultano, da parte dell'operatore, risposte ai citati reclami, non ritenendo idonea prova le schermate di produzione unilaterale quale lo "screenshot" depositato dall'operatore, in quanto non provanti il corretto ricevimento da parte dell'utente della risposta asseritamente inviata a fronte della reiterata contestazione della Sig.ra xxx sul punto. Per altro dalle suddette schermate non si evince la data di risposta inviata all'utente.

L'indennizzo riconosciuto è da computarsi in base al parametro previsto dall'articolo 11, comma 1, dell'allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS secondo il quale, "se l'operatore 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 ad euro 1,00 per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di euro 300,00".

Di conseguenza, a fronte del reclamo scritto inviato dall'istante in data 22 febbraio 2016, si determina il *dies a quo* nella data dell'8 aprile 2016 (detratti i 45 giorni utili per fornire risposta in conformità a quanto disposto dalle condizioni generali di contratto dell'operatore) e il *dies ad quem* nel 28 luglio 2016, data dell'udienza di conciliazione; pertanto l'istante ha diritto alla corresponsione dell'importo di euro 112,00 a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo (euro 1,00 x n. 112 giorni di mancata risposta al reclamo).

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.

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

UDITA l'illustrazione del Dirigente, Dott.ssa Cinzia Guerrini svolta su proposta del Presidente nella seduta del 13 marzo 2019;

DELIBERA

in parziale accoglimento dell'istanza presentata in data 13 ottobre 2016 da xxx nei confronti dell'operatore Wind Tre xxx, che detto operatore provveda a:

1) corrispondere all'istante, mediante assegno o bonifico bancario:

- a) l'importo di euro 235,00 per l'attivazione non richiesta del profilo tariffario;
- b) la somma di euro 112,00 per la mancata risposta al reclamo;
- c) la 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.

2) regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell'istante mediante lo storno (ovvero il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) oltre al ritiro, a cura e spese dell'operatore, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta per l'insoluto:

- a) di quanto fatturato a titolo del piano tariffario "Web Light" sull'utenza n. 392 2818xxx al netto delle somme eventualmente addebitate a titolo di apparati;
- b) di quanto fatturato a titolo di "Gettoni extrasoglia internet" e/o "Traffico extrasoglia" nelle fatture oggetto di contestazione emesse a partire dal 22 agosto 2015 fino all'8 gennaio 2016.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o rimborso di cui ai precedenti punti 1) lettera a), lettera b) e punto 2) 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.



DELIBERAZIONE
n. 29 del 13 marzo 2019

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.

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
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi