



DELIBERAZIONE
n. 61 del 5 giugno 2019

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. 278 del giorno 16 maggio 2017 con cui il Sig. 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. 3287666xxx e n. 392 3788xxx con la società H3G, lamenta la fatturazione indebita di somme *“sotto la voce « Contenuti Portale 3» e «Pagine 3 » e/o sms a sovrapprezzo e/o simili”*.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- constatava, relativamente alle numerazioni 328 7666xxx e 392 3788xxx, addebiti per servizi non richiesti e non usufruiti *“sotto la voce « Contenuti Portale 3» e « Pagine 3 » e/o sms a sovrapprezzo e/o simili (nell'ambito del riquadro « Traffico a consumo ed extrasoglia)”*;
- *in particolare, a titolo meramente esemplificativo, venivano addebitati i seguenti importi:*
 - ✓ *fattura 1535457332 del 08/05/2015 € 22,96;*
 - ✓ *fattura 153751889 del 08/07/2015 € 31,54;*
 - ✓ *fattura 1539484578 del 08/09/2015 €55,00”*;
- *“più volte, telefonicamente a mezzo servizio clienti, sottolineava l'assoluta assenza di qualsivoglia forma di consenso all'attivazione di suddetti servizi”*;
- *“provvedeva altresì alla segnalazione in forma scritta (missiva inviata a mezzo fax in data 11/01/2017), cui tuttavia non seguiva alcun riscontro”*;
- *“nonostante il (reiterato) disconoscimento, tuttavia, l'operatore telefonico non provvedeva a disattivare tempestivamente i servizi arbitrariamente attivati né a contattare l'istante al fine di poter far chiarezza su quanto accaduto, né, a maggior ragione, a restituire gli importi arbitrariamente addebitati”*.

In data 8 maggio 2017 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) *“dichiarare l'operatore telefonico responsabile per i fatti descritti in premessa”*;
- ii) *“ordinare, conseguentemente, ove già non avvenuta, l'immediata disattivazione del servizio arbitrariamente attivato”*;
- iii) *“ordinare la restituzione della somma corrisposta indebitamente al consumatore pari ad euro 109,50 (IVA compresa) oltre interessi dalla domanda all'affettivo soddisfo”*;
- iv) *“condannare l'operatore alla corresponsione degli indennizzi per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti come previsto da Delibera Agcom 73/2011 dal mese di Marzo 2015 (primo mese competenza), data di attivazione del servizio, vedi periodo traffico fattura con scadenza 8 giugno 2015 alla fine di Agosto 2015 (ultimo mese di competenza), ultima fattura in cui ci sono addebiti, vedi periodo traffico della fattura con scadenza 8 ottobre 2015 per un importo totale di euro 183,00”*;

- v) *“condannare l’operatore alla corresponsione dell’indennizzo previsto per mancata risposta ai reclami, pari un euro al giorno dalla data (data di invio del reclamo), 11/01/2017 fino all’udienza di conciliazione per importo totale di euro 117,00”;*
- vi) *“condannare l’operatore alla corresponsione, in favore dello scrivente, delle spese di procedura”.*

2. La posizione dell’operatore.

La società H3G, in data 21 giugno 2017, 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 precisato che:

- *l’istante riferisce le odierne controversia alla numerazione “+39 328-76.66.xxx, attivata in data 01/06/2010 con piano tariffario Power 800, successivamente variato mediante cambio offerta in data 20.10.2015 in “Full Unlimited”, in modalità sim sciolta (doc. 1); l’utenza risulta attiva (cfr. doc. 2).”;*
- *“Wind Tre, a prescindere dalla fondatezza di tale contestazione, si è impegnata, nell’ambito della procedura conciliativa (doc. 4), a corrispondere la somma di euro 60, mediante emissione di nota di credito n. 1790125038 (doc. 5). Tale nota di credito è stata emessa in data 09.06.2017 e pertanto è ancora aperta a favore del cliente e verrà utilizzata in compensazione sulle fatture di prossima emissione. Avendo il gestore già predisposto l’erogazione di tale importo, nessuna ulteriore somma è dovuta a titolo di indennizzo per mancata risposta ai reclami”;*
- *“l’utenza oggetto di contestazione è solo la n. 328-76.66.xxx, ma nell’oggetto del reclamo viene poi inserita anche l’altra, ossia il n. 392-37.88.xxx. Peraltro quest’ultimo è stato comunque menzionato nel verbale di conciliazione del 08.05.2017 e pertanto il suddetto rimborso deve estendersi anche a tale numerazione. Parimenti si fa presente che le fatture sono uniche, così come gli addebiti contestati, e riguardano entrambe le numerazioni”.*

Nel merito l’operatore ha evidenziato quanto segue:

- *“parte istante lamenta fatturazioni recanti importi relativi a servizi a pagamento, per i quali è intervenuto il blocco totale dal 10.08.2015 (cfr. Formulario GUI4)”;*
- *“ferme restando le eccezioni mosse precedentemente, 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 xxx. ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori. Il rapporto tra Wind Tre xxx. e questi provider garantisce verifiche molto stringenti. Dette verifiche 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 piattaforma tecnologica di “3” (HUB) verifica che il Cliente abbia cliccato sul tasto di conferma/acquisto compreso nella landing page (ossia, pagina di attivazione) del partner provider autorizzando la positiva conclusione della fase di attivazione e il susseguente addebito, solo se tale azione viene compiuta da parte dell’utente. Contestualmente alla fase di attivazione, il partner provider provvede ad inviare il c.d. “Welcome Message” che informa il cliente sulle modalità di disattivazione e sulle modalità di fruizione del servizio erogato”;*
- *“appare del tutto evidente (...) 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". Vien da sé, pertanto, che l'istante – quand'anche il servizio fosse stato attivato senza suo espresso consenso, è posto in condizione di sapere dell'avvenuta attivazione del servizio contestato grazie agli SMS settimanali; 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";

- "la pretestuosità delle richieste formulate da controparte è rilevabile, altresì, dal fatto che l'istante non ha mai contestato gli importi delle fatture emesse dal Gestore, se non per la prima volta con il reclamo del 11.01.2017, laddove le richieste avversarie si riferiscono a fatture del 2015! Occorre, infatti, evidenziare che nessun precedente reclamo scritto risulta inviato dal Sig. xxx; ciò avrebbe senz'altro permesso a Wind Tre di approntare le opportune verifiche, fornire all'utente le delucidazioni del caso, nonché procedere con l'immediata disattivazione dei servizi in abbonamento contestati, ove fossero stati attivi. Invero, è di tutta evidenza come il reclamo sopra richiamato debba essere considerato come la prima contestazione scritta in tal senso, non avendo il Gestore ricevuto in precedenza alcuna segnalazione similare (...). Per tali 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 (doc. 7). Ne consegue che la mancata contestazione delle fatture nei termini previsti ne comporta la sua completa accettazione (ex pluribus, Tribunale di Milano, sentenza n. 12054 del 05.11.2012 – doc. 8) ”.

Inoltre la società ha evidenziato *“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, sarebbe violato il diritto a difendersi in capo a Wind Tre in merito alle fatture precedenti al periodo agosto 2016 – gennaio 2017 (doc. 9). Si evidenzia, infine, che nelle fatture emesse nel suddetto semestre immediatamente precedente l'invio del reclamo, non risultano addebiti per servizi a pagamento. Gli unici addebiti presenti riguardano il servizio di acquisto di biglietti dell'autobus, acquisti che ovviamente sono stati effettuati consapevolmente e volontariamente dall'istante e che pertanto non possono essere rimborsati”.*

3. Motivazione della decisione.

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

In primis deve evidenziarsi che:

- con riferimento alla domanda *sub i)* volta a *“dichiarare l'operatore telefonico responsabile per i fatti descritti in premessa”*, la medesima esula dalla competenza di questo Corecom, atteso il carattere vincolato, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento, della pronuncia a eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità;

- con riferimento alla domanda *sub ii)* volta ad ottenere *“ove già non avvenuta, l'immediata disattivazione del servizio arbitrariamente attivato”*, risulta cessata la materia del contendere, atteso che i servizi contestati sono stati disattivati in data 10 agosto 2015 come emerge da dichiarazione in atti dell'operatore, circostanza non contraddetta dall'istante in fase di replica;

- sempre in via preliminare si precisa che la società H3G ha emesso la nota di credito n. 1790125038 del 9 giugno 2017 con la quale ha erogato l'indennizzo nella misura prevista dalla propria Carta dei Servizi; tale circostanza rientra nella previsione dell'articolo 2, comma 1, dell'allegato A) alla Delibera Agcom n.

73/11/CONS, in base alla quale: *“le disposizioni del presente regolamento non si applicano nei casi in cui l’operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell’instaurazione della controversia, o quando, all’esito della fase conciliativa, dal relativo verbale risultino l’impegno dell’operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi”*. Pertanto la domanda *sub v)*, non può trovare accoglimento.

Nel merito:

La domanda *sub iii)* volta ad ottenere *“la restituzione della somma corrisposta indebitamente al consumatore pari ad euro 109,50 (IVA compresa) oltre interessi”* non può essere accolta per le ragioni di seguito esposte.

Sul punto occorre richiamare 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, prescrivendo 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.

Ne consegue, quindi, nel caso di specie, che la richiesta dell’istante di rimborso degli addebiti *“sotto la voce « Contenuti Portale 3 » e « Pagine 3 » e/o sms a sovrapprezzo e/o simili (nell’ambito del riquadro « Traffico a consumo ed extrasoglia)”* riferiti al periodo di fatturazione compreso fra marzo 2015 e agosto 2015 non può essere accolta attesa la tardività della contestazione. Al riguardo, infatti, è accoglibile l’eccezione formulata dall’operatore in merito al limite di conservazione del dettaglio del traffico telefonico imposto al sopracitato articolo 123 del Codice della Privacy, laddove è prevista, al comma 2, la possibilità di conservare i dettagli del traffico telefonico fino a sei mesi antecedenti il reclamo effettuato dall’utente. Nel caso di specie, sia il reclamo dell’istante dell’11 gennaio 2017, sia la fatturazione contestata, non ricadono all’interno dei sei mesi antecedenti richiesti dal citato codice e, perciò, l’operatore non poteva conservare i dati ad oggetto dell’odierna contestazione.

Parimenti non può trovare accoglimento la richiesta dell’istante *sub iv)* di liquidazione di un indennizzo per l’addebito d’importi *“sotto la voce « Contenuti Portale 3 » e « Pagine 3 » e/o sms a sovrapprezzo e/o simili (nell’ambito del riquadro « Traffico a consumo ed 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).

Infine, in considerazione del mancato accoglimento delle richieste, si ritiene equo compensare le spese di procedura tra le parti.

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 5 giugno 2019;

DELIBERA

il rigetto dell'istanza presentata in data 16 maggio 2016 dal Sig. xxx nei confronti dell'operatore Wind Tre xxx .

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.

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