

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: Federico Bellucci / Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A.)**

Presenti:

SANDRO VANNINI	<i>Presidente</i>
GIANCARLO MAGNI	<i>Vice Presidente</i>
RENATO BURIGANA	<i>Componente</i>
LETIZIA SALVESTRINI	<i>Componente</i>
MAURIZIO ZINGONI	<i>Componente</i>

Assenti:

Presiede: **Sandro Vannini**

Segretario: **Luciano Moretti** *Dirigente della struttura di assistenza al Comitato incaricato della redazione del presente atto*

Allegati N. 0

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;

VISTO l'Accordo quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la "Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, 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. 126/07/CONS "*Misure a tutela dell'utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi telefonici e la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato ai sensi dell'articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259*";

VISTA la Delibera Agcom n. 326/10/CONS recante "Misure di tutela degli utenti dei servizi di comunicazione mobili e personali;

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 n.GU14 n. 416 del giorno 1° dicembre 2015 con cui il Sig. Federico Bellucci 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 S.p.A. (già H3G S.p.A., 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.

Il Sig. Bellucci, titolare di un contratto residenziale sull’utenza n. 329 6169121 con la società H3G, lamenta il mancato funzionamento del servizio SMS Infosoglie, la relativa errata fatturazione e l’omessa risposta ai reclami inviati all’operatore.

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

- nel novembre del 2011 riceveva dall’operatore comunicazione dell’avvenuta attivazione del servizio SMS Infosoglie, servizio utile per l’eventuale esaurimento delle soglie di traffico disponibile al cliente per contratto;

- il servizio funzionava solo per una settimana dopodiché inspiegabilmente non riceveva alcun SMS nonostante lo sforamento;

- nel mese di gennaio/febbraio 2012 segnalava la problematica al gestore che a sua volta comunicava l’imminente riattivazione del servizio; tuttavia permaneva il disservizio;

- in data 30 marzo 2012 inviava via fax all’operatore un reclamo con il quale chiedeva che fosse data correttamente esecuzione a tale servizio in modo da poter ricevere gli SMS informativi, nonché il rimborso degli importi percepiti “a titolo di sforamento delle soglie previste” dal piano tariffario Top 400 a partire dal 31 dicembre 2010; il reclamo rimaneva inesitato;

- in data 8 agosto 2012, 2 novembre 2012, 2 gennaio 2013, 28 marzo 2013, 8 agosto 2013, 16 maggio 2014 inviava, via fax all’operatore, ulteriori reclami con i quali ribadiva la richiesta di attivazione del servizio SMS infosoglie e la richiesta del rimborso di quanto fatturato a titolo di sforamento, come di seguito quantificato:

- € 5 13-di cui alla fattura nr. 1141083736 del 15.02.2011,
- € 30,55 - di cui alla fattura nr. 1142232219 dell’08.04.2011,
- € 53,91- di cui alla fattura nr. 1143393481 dell’08.06.2011,
- € 109 45 -di cui alla fattura nr. 1144576907 dell’08.08.2011,
- € 24 90-di cui alla fattura nr. 1145813017 dell’08.10.2011,
- € 40,95-di cui alla fattura nr. 1147411581 dell’08.12.2011,
- € 11, 35-di cui alla fattura nr. 1241116188 dell’08.02.2012,
- € 19,76 - di cui alla fattura nr. 1242613923 dell’08.04.2012,
- € 12,81-di cui alla fattura nr. 1244188708 dell’08.06.2012,
- € 48,80 - di cui alla fattura nr. 1245834037 dell’08.08.2012,
- € 57,59-di cui alla fattura nr. 1252224509 dell’08.10.2012,
- € 40,56 - di cui alla fattura nr. 1254081422 dell’08. 12.2012,
- € 48, 07 -di cui alla fattura nr. 1332331269 dell’08.02.2013,
- € 45,71 -di cui alla fattura nr. 1334522409 dell’08.04.2013,
- € 35,43 - di cui alla fattura nr. 1336782233 dell’08.06.2013,
- € 1,48 -di cui alla fattura nr. 1339073274 dell’08.08.2013,
- € 11,54-di cui alla fattura nr. 1341376264 dell’08.10.2013,

- € 2,63 - di cui alla fattura nr. 1343671615 dell'08.12.2013,
- € 6,82 - di cui alla fattura nr. 1432394424 dell'08.02.2014,
- € 8,15 - di cui alla fattura nr. 1434721429 dell'08.04.2014".

In data 25 settembre 2015 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 del traffico extra soglia per complessivi € 563,26";
- ii) l'"indennizzo per il mancato funzionamento del Servizio SMS Infosoglie dal 07.11.2011 al 18.10.2015 per complessivi € 7.190,00";
- iii) gli "indennizzi per mancata risposta a 7 reclami inviati ad H3G SPA per complessivi 2.100";

2. La posizione dell'operatore.

In data 15 gennaio 2016, nel rispetto dei termini procedurali, l'operatore H3G depositava la propria memoria difensiva corredata da documentazione, con la quale *in primis* ha precisato "di aver tariffato tutto il traffico generato dall'utenza +39 329-61.69.121 secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dal piano tariffario prescelto, denominato "Top 800" (doc. 3) (...) il profilo tariffario in parola prevede un piano a soglie, in quanto, a fronte del versamento di un canone mensile, l'utente può fruire di un basket settimanale di minuti (nello specifico, 200) per chiamate nazionali ed un basket di SMS alla settimana (nello specifico, 50), oltre a 2 GB al mese per navigare sotto rete "3". Tutto il traffico generato oltre le soglie contrattualmente stabilite era oggetto, pertanto, di specifica tariffazione secondo i costi previsti dal medesimo piano tariffario sopra richiamato. Proprio per questo, controparte non può oggi dolersi della tariffazione subita, tenuto conto che è stato lo stesso istante, in sede di sottoscrizione del contratto, a domandare al Gestore di attivare sulla numerazione de qua il piano tariffario in questione, caratterizzato dalla possibilità di fruire del traffico a consumo, entro ed oltre le predette soglie contrattuali".

Sul punto l'operatore ha anche precisato di aver "emesso ed addebitato le fatture contestate e prodotte dall'istante. Come emerge da un attento esame delle notule contabili prodotte dall'utente, si ravvisa un superamento del traffico dati in extrasoglia rappresentato da eventi di traffico generati sotto rete "3", i cui addebiti sono visibili in fattura, per lo più, sotto la voce "Pagine Portale 3", oltre ad un superamento del traffico voce in extrasoglia sotto la voce "Traffico Italia" (nello specifico, "Chiamate nazionali" ed "SMS/MMS") e Traffico UE (in particolare, "Chiamate effettuate all'estero" e "Chiamate ricevute all'estero"). Per quanto attiene inoltre, agli addebiti sotto la 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 in extrasoglia e legittimamente fatturati nel rispetto della Delibera 326/10/CONS. Con specifico riguardo al traffico dati, non prodotto in ogni caso dalle due utenze che sembrerebbero oggetto di contestazione, 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 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 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 H3G S.p.A. ha correttamente mantenuto la soglia preimpostata ad € 50,00/mese (...). Ciò posto, si evidenzia come il servizio "SMS Infosoglie" - peraltro, contrariamente a quanto asserito da controparte, attivo sulla numerazione de qua a partire dal

25.02.2012 (doc. 4) - sia previsto per il solo traffico dati - così come previsto dalla Delibera AGCOM n. 326/10/CONS. Difatti, al fine di arginare il fenomeno del traffico dati in extrasoglia, si sono susseguiti rilevanti interventi normativi, sia in ambito comunitario sia in ambito nazionale (cfr. Delibera n. 326/10/CONS). Gli operatori mobili, dunque, con riferimento ai piani tariffari che prevedono un plafond di traffico dati tariffato a forfait (di tempo o di volume) – come nel caso di specie - rendono disponibili gratuitamente agli utenti sistemi di allerta efficaci che, al raggiungimento di una soglia di consumo pari ad una percentuale del plafond di traffico scelta dall'utente tra le diverse opzioni proposte dall'operatore, informino lo stesso dell'approssimarsi del raggiungimento della soglia di consumo prevista contrattualmente (nel caso che ci occupa, il servizio "SMS Infosoglie", appunto). Ebbene, tornando ad esaminare il caso di specie, con specifico riferimento al traffico dati in extrasoglia, si osserva come l'importo complessivo addebitato al sig. Bellucci nel corso del rapporto contrattuale inter partes sia pari € 10, 21 (IVA inclusa).

In particolare, si sono riscontrati i seguenti eventi di traffico dati in extrasoglia (doc. 5):

- fatt. n. 1241116188 dell'08.02.2012: € 0,37 "Pagine Portale 3"
- fatt. n. 1252224509 dell'08.10.2012: € 0,30 "Pagine Portale 3"
- fatt. n. 1332331269 dell'08.02.2013: € 0,22 "Pagine Portale 3"
- fatt. n. 1334522409 dell'08.04.2013: € 0,60 "Pagine Portale 3"
- fatt. n. 1336782233 dell'08.06.2013: € 0,30 "Contenuti Portale 3"
- fatt. n. 1339073274 dell'08.08.2013: € 0,60 "Contenuti Portale 3"
- fatt. n. 1341376264 dell'08.10.2013: € 4,28 "Contenuti Portale 3" ed € 0,15 "Pagine Portale 3"
- fatt. n. 1432394424 dell'08.02.2014: € 1,49 "Internet sotto rete 3" ed € 0,07 "Pagine Portale 3".

Detto importo si ritiene sia stato ampiamente rifiuto, avendo il Gestore già provveduto al rimborso di complessivi € 52,33, come riconosciuto dallo stesso sig. Bellucci (cfr. Allegato n. 2, Formulario GUI4)".

Con riferimento alla verifica del traffico voce in extrasoglia ed al raggiungimento della soglia mensile l'operatore ha evidenziato che sono "previsti contrattualmente ulteriori e diversi strumenti al fine di verificare il relativo livello dei consumi – come, peraltro, più volte comunicato al cliente, sia per iscritto (doc. 6), sia telefonicamente dopo la ricezione di ciascun reclamo. Più in particolare, si osserva come l'art. 4, al punto "Trasparenza dei prezzi", della Carta dei Servizi (doc. 7), preveda diversi strumenti attraverso i quali controllare in ogni momento il livello di spesa raggiunto; in particolare, a) direttamente dal proprio videofonino accedendo gratuitamente alla sezione 133 o 139 dal portale mobile di 3, compatibilmente con la disponibilità tecnica dei dati, b) accedendo, previa autenticazione, alle pagine dedicate della sezione "Area clienti 133 o 139" sul sito web www.tre.it, compatibilmente con la disponibilità tecnica dei dati; c) contattando il Customer Care di 3, al numero 133 o 139; d) nel solo caso di utenti con carta prepagata, telefonando al numero 4030, per l'accesso ad un servizio vocale automatizzato, con aggiornamento del traffico effettuato e ricevuto alla mezzanotte del giorno precedente".

H3G ha precisato di aver "pubblicato sul proprio sito istituzionale ulteriori modalità attraverso le quali l'utente può visualizzare e ottenere copia del dettaglio del traffico. Il sig. Bellucci, infatti, avrebbe potuto richiedere gratuitamente il dettaglio del traffico inviando "via fax una richiesta scritta e firmata, insieme alla copia fronte retro di un documento d'identità valido" e "indicando il periodo di interesse e l'indirizzo e-mail" cui fare riferimento per "ricevere il dettaglio. Il fax deve essere inviato al numero verde 800 179 600" (...). E ancora. L'istante avrebbe potuto accedere alla sezione "InfoCosti" dell'Area Clienti 133, disponibile gratuitamente anche dal tuo cellulare (Cfr. [Link:https://areaclienti.tre.it/selfcare/133online/faq/4541_5804_ITA_HTML.htm](https://areaclienti.tre.it/selfcare/133online/faq/4541_5804_ITA_HTML.htm)). Più specificatamente, nell'ipotesi in cui l'utenza risulti abbinata ad un piano tariffario a soglie - come nel caso di specie – H3G S.p.A. informa tutti i suoi Clienti che: "Per consultare il totale delle soglie previste dal tuo Piano Tariffario, o da eventuali Opzioni Tariffarie, e il parziale utilizzato puoi:

- contattare dal tuo cellulare il numero gratuito 4030 se hai un piano ricaricabile o 4034 se hai un piano in abbonamento;

- accedere alla sezione Info Costi dell'Area Clienti 133 accessibile anche gratuitamente dal tuo cellulare. Per verificare il dettaglio dei servizi inclusi nel tuo Piano tariffario consulta la sezione Il mio Profilo dell'Area Clienti 133 accessibile anche gratuitamente dal tuo cellulare”(Cfr. Link: https://areaclienti.tre.it/selfcare/133online/faq/4541_13921_ITA_HTML.htm).

Ciò posto, con la dovuta diligenza e secondo i principi di buona fede nell'esecuzione del contratto, il sig. Bellucci avrebbe potuto (e dovuto) monitorare il traffico voce generato ed il livello di soglia raggiunto, limitando, quindi, l'ammontare degli addebiti oggi contestati e di cui pretende l'integrale rimborso. In ogni caso, la tariffazione del traffico voce effettuato è stata opportunamente verificata e non è stata rilevata alcuna anomalia in merito. Ne consegue, pertanto, la legittimità di tutti gli addebiti relativi al traffico voce in extrasoglia e, per l'effetto, la debenza delle relative somme richieste, non avendo H3G S.p.A. ravvisato errori e/o difformità rispetto alle pattuizioni contrattuali inter partes”.

Infine, con riferimento all'asserito mancato riscontro ai reclami l'operatore ha dedotto di aver “provveduto - proprio a seguito del primo reclamo sporto dall'istante in data 25.02.2012 – all'immediato riscontro via mail in pari data (cfr. doc. 6), nonché al rimborso della somma di € 52,33 per gli addebiti del traffico dati in extrasoglia” evidenziando come si sia “in presenza di una reiterazione della domanda risarcitoria, in spregio dell'art. 11, comma 2, Allegato A, Delibera 73/11/CONS, il quale stabilisce espressamente che: ”L'indennizzo di cui al comma 1 è computato in misura unitaria a prescindere dal numero di utenze interessate dal reclamo ed anche in caso di reiterati reclami o successivi – come nel caso di specie - purché riconducibili al medesimo disservizio”. La domanda d'indennizzo avversaria relativa ai successivi 6 reclami, pertanto, è destituita di qualsivoglia fondamento”.

3. La memoria e la replica dell'istante.

In data 25 gennaio 2016, l'istante, per il tramite dell'Avv. Michela Galoppi ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2, del Regolamento, una memoria di replica con la quale, tra l'altro, ha eccepito quanto segue:

“1. Sugli addebiti contestati e le argomentazioni espresse in proposito da H3G S.p.A.

In relazione a quanto affermato da H3G S.p.A., contesta (...) che l'attivazione del Servizio SMS Infosoglie sia avvenuta solo in data 25.02.2012. Come già evidenziato, il servizio in questione veniva attivato dal Sig. Bellucci nel novembre 2011 e l'attivazione stessa era stata confermata da un SMS ricevuto da parte di H3G SpA. Il servizio in questione ha regolarmente funzionato (sia per le soglie voce che per quelle dati e per gli SMS) solo per una settimana circa, dopodiché, inspiegabilmente, il Sig. Bellucci non ha più ricevuto alcun SMS nonostante lo sfioramento delle soglie. Nel mese di gennaio/febbraio 2012, il Sig. Bellucci faceva presente ad H3G SpA questo problema a cui faceva seguito un SMS, da parte di H3G SpA, di riattivazione del servizio (che tra l'altro non aveva mai disattivato). A questa comunicazione non ha più fatto seguito la ricezione di alcun SMS informativo sul superamento delle soglie.

Al punto 1 della propria memoria difensiva, H3G evidenzia le odierne contestazioni come riferite al periodo di attivazione del piano tariffario in abbonamento “TOP800” ma non produce alcuna documentazione volta a dimostrare che il traffico “extrasoglia” (che il Sig. Bellucci contesta) sia stato generato all'effettivo esaurimento delle relative soglie previste dal contratto. H3G S.p.A. afferma, poi, che il Servizio SMS Infosoglie è previsto per il solo traffico dati (...).”

L'istante ha richiamato “i principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali ed, in particolare, quanto prescritto dagli articoli 1175 e 1375 del Codice civile, rispettivamente in materia di correttezza e di buona fede nella esecuzione del contratto; principi che, vista la natura professionale del soggetto coinvolto, devono essere interpretati con particolare rigore. L'articolo 1176, comma 2, del Codice civile, difatti, graduando la violazione della diligenza

sulla natura dell'attività esercitata, esige dall'operatore professionale un grado di perizia qualificata nell'adempimento delle obbligazioni: l'operatore, nell'esecuzione della prestazione avente ad oggetto la fornitura del servizio (voce o dati), ogni qualvolta si trovi a rilevare un addebito di somme al cliente particolarmente esorbitante, tale, cioè, da risultare incompatibile con ogni canone di tipicità sociale ed incompatibile finanche con le soglie di spesa proprie dell'utenza per esso più profittevole (quale quella business), è chiamato a tenere un comportamento leale; e tenuto, cioè, ad adottare tutte le misure precauzionali che si rendano necessarie per la salvaguardia dell'interesse non solo proprio (nel caso di utilizzo del servizio per fini fraudolenti), ma anche della controparte, nei limiti in cui esse non comportino un apprezzabile sacrificio a proprio carico. Resta fermo l'onere in capo all'operatore di dimostrare la correttezza degli addebiti in caso di contestazione di importi fatturati, sia, in generale, nella fruizione dei servizi di comunicazione mobili e personali”.

In merito a quanto avanzato dall'operatore H3G circa la possibilità per l'utente di monitorare la spesa attraverso “la consultazione dal portale mobile di 3 della sezione Area clienti 133 o 139, l'invio (a posteriori) di un fax con la richieste di copia del traffico posto in essere, l'effettuazione di telefonate al Customer CareWeb”, l'istante ha avanzato che “tale interpretazione che addossa al cliente un onere informativo che invece spetta (...) all'operatore telefonico”. Sul punto l'istante ha richiamato la delibera Agcom n. 326/10/CONS in virtù della quale “qualora il cliente non abbia dato indicazioni diverse in forma scritta, gli operatori provvedono a far cessare il collegamento dati non appena il credito o il traffico disponibile residuo (di tempo o di volume) di cui al comma 1 sia stato interamente esaurito dal cliente, senza ulteriori addebiti o oneri per quest'ultimo, avvisandolo di tale circostanza”.

Infine sul mancato riscontro ai reclami, l'istante ha ribadito di aver inviato 7 reclami: in particolare:

- Reclamo del 30.03.2012;
- Reclamo dell'08.08.2012;
- Reclamo del 02.11.2012;
- Reclamo del 02.01.2013;
- Reclamo del 28.03.2013;
- Reclamo dell'08.08.2013;
- Reclamo del 16.05.2014.

L'istante ha dedotto poi che detti “reclami non sono mai stati riscontrati da H3G S.p.A.” contestando il ricevimento della “comunicazione allegata da H3G (v. doc. 6 della memoria di controparte), dalla quale non è neppure desumibile il canale di trasmissione, non è mai pervenuta al Sig. Bellucci”.

L'istante ha puntualizzato “che nei 7 reclami è contestato il mancato funzionamento del servizio SMS Infosoglie, ma, come si può agevolmente verificare dalla disamina degli stessi, è anche vero che in ciascuno dei medesimi viene:

- ribadita la richiesta di rimborso avanzata con il precedente;
- chiesto il rimborso di quanto ex novo addebitato da H3G S.p.A. in ciascuna successiva fattura (che viene, quindi, contestata, oltre al relativo traffico)”.

In ragione di ciò l'istante ha rappresentato che non può trattarsi “della reiterazione di un unico reclamo ma della contestazione, di volta in volta, di traffico fatturato in maniera illegittima” e ribadisce, pertanto, “la richiesta che vengano riconosciuti al Sig. Bellucci gli indennizzi previsti a titolo di mancata risposta ai reclami dall'art. 11, comma 1, dell'allegato A alla Delibera 73/11/CONS (...) per complessivi euro 2.100”.

L'istante, infine, ribadisce le richieste avanzate nell'istanza introduttiva del presente procedimento per l'ammontare di complessivi euro 9.853,26.

4. La replica dell'operatore.

In data 27 gennaio 2015, l'operatore pervenire una replica che è da considerarsi irricevibile perché trasmessa oltre i tempi concessi dal responsabile del procedimento.

5. 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.

Sul rimborso del traffico extrasoglia e sulla richiesta di indennizzo per il mancato funzionamento del Servizio SMS Infosoglia

L'istante lamenta la fatturazione di traffico voce extra soglia in assenza di un qualsivoglia messaggio di alert che preavvisasse l'addebito del traffico a consumo, laddove l'operatore H3G deduce "di aver tariffato tutto il traffico generato dall'utenza +39 329-61.69.121 secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dal piano tariffario prescelto", che "prevede un piano a soglie, in quanto, a fronte del versamento di un canone mensile, l'utente può fruire di un basket settimanale di minuti (nello specifico, 200) per chiamate nazionali ed un basket di SMS alla settimana (nello specifico, 50), oltre a 2 GB al mese per navigare sotto rete "3".

La doglianza è fondata e meritevole di tutela nei termini che seguono.

Sul punto, occorre precisare che l'articolo 3, comma 6, della Delibera Agcom n. 126/07/CONS prevede che "nel caso di promozioni o offerte, che a titolo oneroso diano luogo ad usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, l'operatore di telefonia informa il consumatore in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità, dell'imminente ripristino delle condizioni economiche previste dall'offerta precedentemente sottoscritta".

Specifiche disposizioni vigono, inoltre, anche in materia di controllo della spesa, al fine di consentire agli utenti di verificare il livello dei consumi derivanti dall'uso del servizio oggetto del contratto. In particolare l'articolo 6, comma 1, Allegato A, della Delibera Agcom n. 179/03/CSP prevede che "gli organismi di telecomunicazioni forniscono agli abbonati, a richiesta e senza aggravio di spesa almeno uno strumento o una modalità che consenta di limitare o controllare il livello dei consumi derivanti dall'uso del servizio oggetto del contratto". Il medesimo articolo, al comma 2, lascia impregiudicato il diritto dell'operatore di adottare rimedi contrattuali in autotutela in caso di traffico anomalo prevedendo che "è fatta salva la facoltà dell'organismo di telecomunicazioni di prevedere strumenti di autotutela in caso di traffico anomalo, in particolare per i casi di possibile uso fraudolento del servizio, quali l'avviso dell'abbonato o l'invio di fatture anticipate rispetto all'ordinaria cadenza di fatturazione". Tutte le disposizioni esposte sono volte, da un lato, a garantire il corretto funzionamento del mercato nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche e, dall'altro, a tutelare gli utenti dal compimento di scelte inconsapevoli con la previsione di specifici obblighi di trasparenza in capo agli operatori ed integrano quanto previsto in via generale dal Codice civile vigente in materia di contratti. Restano, pertanto, fermi i principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali e, in particolare, quanto prescritto dagli articoli 1175 e 1375 del Codice civile, rispettivamente in materia di correttezza e di buona fede nella esecuzione del contratto; principi che, vista la natura professionale del soggetto coinvolto, devono essere interpretati con particolare rigore; l'articolo 1176, comma 2, del Codice civile, difatti, graduando la violazione della diligenza sulla natura dell'attività esercitata, esige

dall'operatore professionale un grado di perizia qualificata nell'adempimento delle obbligazioni. Secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto "*si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico*" (Cass. n. 5240/2004; inoltre, *ex plurimis*, Cass. n. 14605/2004). Il principio mette capo, quindi, ad un criterio di reciprocità e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (sul punto cfr. Cass. n.18947/2005). Anche alla luce delle predette indicazioni di fondo, ed in particolare di quelle relative ai doveri di lealtà e correttezza nei rapporti contrattuali, si deve osservare che l'operatore, nella esecuzione della prestazione, ogni qualvolta si trovi a rilevare un addebito di somme al cliente, tale, cioè, da risultare incompatibile con ogni canone di tipicità causale, è chiamato a tenere un comportamento leale; è, quindi, tenuto ad adottare tutte le misure precauzionali che si rendano necessarie per la salvaguardia dell'interesse non solo proprio (nel caso di utilizzo del servizio per fini fraudolenti), ma anche della controparte, nei limiti in cui esse non comportino un apprezzabile sacrificio a proprio carico. Resta fermo l'onere in capo all'operatore di dimostrare la correttezza degli addebiti in caso di contestazione di importi fatturati.

Inoltre l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha più volte ribadito, consolidando il proprio orientamento in merito, che "*è compito del gestore della rete assicurare tutte le misure necessarie, compatibili con l'evoluzione tecnica, atte a tutelare gli utenti da possibili furti di traffico, nonché assicurare un efficace controllo del collegamento in centrale dell'utenza*"(delibera Agcom n. 10/03/CIR). Ha inoltre precisato che "*la bolletta telefonica, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria e la società telefonica è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra i dati forniti da esso e quello trascritto nella bolletta*" (delibere n. 10/05/CIR, n.85/09/CIR, n.86/09/CIR, n.23/10/CIR, n.33/10/CIR).

In relazione alla *res controversa* la società H3G si è limitata a ribadire la correttezza degli addebiti contestati, ma non ha prodotto elementi probatori attestanti la regolarità del traffico addebitato tale da legittimare la pretesa creditoria vantata nei confronti dell'istante; tra l'altro le predette informazioni non risultano fornite neppure a seguito dei vari reclami.

Inoltre l'operatore non ha attivato misure volte ad informare il consumatore in prossimità dell'esaurirsi delle quantità previste dal *plafond* contrattualizzato (con idoneo *alert*), tutelando così l'utente da una fatturazione imprevista, ma si è semplicemente limitata a fatturare i relativi consumi, senza peraltro verificare il traffico voce anomalo; solo un tempestivo avviso all'utente delle anomalie di traffico avrebbe permesso al sig. Bellucci di rendersi conto del traffico extra soglia. Occorre aggiungere che, anche dopo i vari reclami presentati dall'istante, H3G non si è adoperata in alcun modo per evitare i successivi addebiti extra soglia (*ex plurimis* Delibera Agcom n. 109/14/CIR).

Per quanto sin qui significato, deve ritenersi fondata la richiesta di cui al punto *sub i*) formulata dal sig. Bellucci e, pertanto, la società H3G è tenuta a restituire le somme già versate a titolo di traffico "extra soglia" fatturato a partire dalla fattura n. 1141083736 del 15 febbraio 2011, ivi compresa l'ultima fattura n. 1434844539 emessa in data 8 aprile 2014, al netto di quanto già eventualmente restituito all'istante.

Viceversa non è accoglibile la richiesta di indennizzo per il mancato funzionamento del Servizio SMS Infosoglia dal 7 novembre 2011 al 18 ottobre 2015 così come richiesto nell'istanza introduttiva del presente procedimento.

La fattispecie, infatti, non è prevista tra le fattispecie indennizzabili tipiche dell'Allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS; consolidata giurisprudenza dell'Agcom, così come dei Corecom, conferma che l'addebito di somme maturate per traffico extrasoglia non dà luogo di per sé, al diritto all'indennizzo, in quanto deve ritenersi che il disagio patito dall'utente venga sanato, in maniera soddisfattiva, mediante lo storno e/o il rimborso delle somme indebitamente addebitate (si vedano, sul punto, le Delibere Corecom Lazio n. 54/13/CRL e n. 7/15/CRL). La domanda, perciò, non può essere accolta, in quanto la fattispecie in esame, rientrando nella fattispecie della fatturazione indebita, esula dall'ambito oggettivo di cui all'articolo 8 dell'allegato A) alla delibera Agcom n. 73/11/CONS (*ex plurimis* Delibera Agcom n. 4/16/CIR, Delibera Corecom Umbria n. 20/2016, Delibera Corecom della Toscana n. 4/2017).

Sulla mancata risposta al reclamo.

L'istante ha sostenuto la mancata risposta ai reclami depositati in atti (reclami del 30 marzo 2012, dell'8 agosto 2012, del 2 novembre 2012, del 2 gennaio 2013, del 28 marzo 2013, dell'8 agosto 2013 e del 16 maggio 2014), laddove l'operatore ha dedotto di aver riscontrato il primo reclamo via e-mail in data 25 febbraio 2012 (*cf. doc. 6*). Nelle proprie repliche l'istante ha ribadito di non aver mai ricevuto detto riscontro.

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

Agli atti non risultano, da parte dell'operatore, risposte ai citati reclami, non ritenendo idonea prova le schermate di produzione unilaterale quali gli "screenshot" depositati dall'operatore, in quanto non provano il corretto ricevimento da parte dell'utente della e-mail di risposta asseritamente inviata; peraltro lo "screenshot" riporta la data del 25 febbraio 2012, laddove il primo reclamo scritto è successivo a tale data e, pertanto, non può ritenersi in alcun modo riferibile a tale segnalazione.

Per quanto sopra esposto risulta, quindi, omessa la risposta del reclamo inviato dall'istante a mezzo fax in data 30 marzo 2012, il primo dei reclami depositati in atti. I successivi e ulteriori reclami hanno ad oggetto il medesimo disservizio (richiesta di attivazione del servizio SMS infosoglie e richiesta del rimborso di quanto fatturato a titolo di sforamento), non variando né mutando il *petitum*.

Atteso che il disposto dell'art. 8, comma 4, della Delibera n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), prevede che la risposta al reclamo debba essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto, la mancata risposta al reclamo giustifica il riconoscimento all'utente di un indennizzo "*da mancata risposta al reclamo*".

Ai fini del calcolo dell'indennizzo di cui sopra a carico dell'operatore H3G, detratto il tempo utile di 45 giorni previsto della carta dei servizi dell'operatore per risposta del reclamo del 30 marzo 2012, si determina il *dies a quo* nella data del 15 maggio 2012 ed il *dies ad quem* nel 25 settembre 2015, data dell'udienza di conciliazione.

L'indennizzo riconosciuto è da computarsi in base al parametro previsto dall'articolo 11, comma 1, dell'allegato A alla delibera 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*", ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, da computarsi in maniera unitaria trattandosi di "*reclami reiterati o successivi, purché riconducibili al medesimo disservizio*".

Pertanto la società H3G è tenuta a corrispondere all'istante, ai sensi del sopracitato art. 11 dell'Allegato A alla Delibera n. 73/11/CONS, un indennizzo pari all'importo di euro 300,00, importo computato nella misura massima prevista.

Si ritiene, infine, equo e proporzionale liquidare a favore della parte istante la somma forfettaria di euro 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento ed ai sensi della Delibera Agcom n. 276/13/CONS.

VISTI la relazione istruttoria redatta dalla Dott.ssa Francesca Sarti Fantoni, 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, svolta su proposta del Presidente nella seduta del 5 maggio 2017;

DELIBERA

in parziale accoglimento dell'istanza presentata in data 1° dicembre 2015 dal Sig. Federico Bellucci nei confronti dell'operatore Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A.) , che detto operatore provveda:

1) a corrispondere all'istante, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

a) euro 300,00 a titolo di indennizzo per l'omessa risposta al reclamo;

b) 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) a restituire le somme già versate a titolo di traffico "extra soglia" fatturato a partire dalla fattura n. 1141083736 del 15 febbraio 2011, ivi compresa l'ultima fattura n. 1434844539 emessa in data 8 aprile 2014, al netto di quanto già eventualmente restituito all'istante.

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

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. 23 del 5 maggio 2017

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
Sandro Vannini