

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: GU14 n. 50/18 xxx/Wind Tre S.p.A.**

Presenti:

ENZO BROGI	<i>Presidente</i>
CHETI CAFISSI	<i>Vicepresidente</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*

IL COMITATO REGIONALE per le COMUNICAZIONI

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*";

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14 e comma 13;

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

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

VISTO l' "Accordo quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai comitati regionali per le comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome", sottoscritto in data 28 novembre 2017;

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

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

VISTA la Delibera Agcom n. 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 la Delibera Agcom n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante "Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettroniche" e successive modifiche;

VISTA la Delibera Agcom n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante, "Modifica del Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS",

VISTA l'istanza GU14 n. 50 del giorno 22 gennaio 2018 con cui la società xxx chiedeva l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società Wind Tre S.p.A. (di seguito, per brevità, Wind Tre) 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");

RILEVATO che, nel caso di specie, trova applicazione, *ratione temporis*, il Regolamento sugli indennizzi vigente al momento della presentazione dell'istanza e, dunque, nella versione precedente alle modifiche introdotte con la Delibera Agcom n. 347/18/CONS;

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

Parte istante, titolare di un contratto *business* sulle utenze nn. 335 7954xxx – 333 3073xxx, associate al codice cliente n. 441476 con la società Wind Tre, lamenta la mancata ricezione delle fatture e l'addebito per servizi a pagamento.

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

- “da circa due anni [era titolare di] un abbonamento con H3G; tutto bene fino a che smisero di pervenire le fatture cartacee e [riscontrava] addebitati in fattura costi per servizi mai richiesti, per l'importo di circa migliaia di euro regolarmente pagati”;
- segnalava il problema tramite Pec richiedendo l'invio delle fatture cartacee ed il rimborso, tuttavia senza esito alcuno; “ad oggi mancano tutte le fatture relative al 2014 necessarie per la detrazione fiscale”.

In data 30 ottobre 2017 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore Wind Tre 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) “rimborso di quanto addebitato per i servizi non richiesti” e “storno di eventuali insoluti”;
- ii) “spedizione fatture 2017”;
- iii) “euro 2.500 a titolo di indennizzi”.

2. La posizione dell'operatore.

La società Wind Tre, in data 23 febbraio 2018, 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 eccepito l'infondatezza, in rito e nel merito, di quanto *ex adverso* dedotto, per i motivi che seguono.

In rito l'operatore ha eccepito “l'improcedibilità e/o inammissibilità della presente istanza di definizione ex art. 2, comma I, Allegato A, Delibera 73/11/CONS, essendosi il Gestore impegnato, a prescindere dalla fondatezza di tale contestazione, nell'ambito dell'udienza di conciliazione del 30.10.2017, a corrispondere la somma complessiva di euro 125,83 a titolo di rimborso dei servizi a sovrapprezzo (doc. 10). Tale importo è stato erogato mediante emissione della nota di credito n. 1890040492 di euro 125,83, che è stata applicata sulle fatture n. 1775890404 per euro 102,19 e sulla

fattura n. 1776093589 per euro 23,64. Si badi al riguardo che la sopra citata delibera, così come più volte chiarito dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, specifica che l'istanza di definizione afferente a una causa petendi per la quale l'Operatore abbia già corrisposto l'indennizzo prima dell'instaurarsi della controversia, è improcedibile. Del resto, la norma richiamata è chiara laddove, all'art. 2 Allegato A Delibera 173/07/CONS sancisce che "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". È pertanto ferma convinzione del Gestore, certo di riscontrare la piena condivisione sulla questione da parte del Co.re.com adito, che la presente istanza di definizione debba essere dichiarata improcedibile sul punto".

Nel merito, il gestore ha sottolineato "l'infondatezza della contestazione avversaria relativamente alle seguenti numerazioni:

+39 335-7454xxx, attivata in data 26.11.2015 con piano tariffario voce "Pro 3000" in modalità sim sciolta con vincolo di 24 mesi (doc. 1); l'utenza risulta disattiva dal 03/10/2017 per portabilità verso altro gestore (doc. 2);

- +39 333-3073xxx, attivata in data 26.11.2015 con piano tariffario voce "Pro 3000" in modalità sim sciolta con vincolo di 24 mesi (doc. 1); l'utenza risulta disattiva dal 03/10/2017 per portabilità verso altro gestore (doc. 2)".

L'operatore ha dedotto che "parte istante lamenta fatturazioni recanti importi relativi a servizi a pagamento - mai richiesti (cfr. Formulario GU14). Sul punto precisa di aver tariffato tutto il traffico generato dalle utenze de quibus secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dai relativi piani tariffari via via prescelti dall'istante nel corso del rapporto contrattuale. Con riferimento ai servizi a sovrapprezzo il Gestore conferma che sono ad oggi disattivi. Corre l'obbligo di precisare, comunque, che le voci di traffico per servizi a pagamento vengono indicate in fattura sotto la voce "Pagine Portale 3" e "Contenuti Portale 3".

L'operatore, inoltre, ha evidenziato "quanto alle voci di traffico addebitate per Contenuti Portale 3" che i "Contenuti Portale 3" sono quelli scaricati o fruiti dal Portale 3; la tariffazione è tariffata ad unità in base al numero e alla tipologia di contenuti scaricati. Tali servizi sono erogati in abbonamento e consistono in contenuti scaricabili la cui attivazione può avvenire solo da parte dell'utente sia da "Portale 3", sia da siti internet mobili esterni (m-site). Il contenuto è erogato dal partner (provider) con cui Wind Tre S.p.A. ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori. Il rapporto tra Wind Tre S.p.A. e questi provider garantisce verifiche molto stringenti. Invero, in aderenza a quanto previsto dal Codice di autoregolamentazione dei servizi Premium, l'attivazione del servizio in abbonamento avviene tramite un'azione volontaria del cliente che accede a tali servizi o direttamente sul Portale 3 (dovendo poi comunque cliccare sul servizio che intende attivare) o cliccando su un banner.

In particolare:

- il primo click sul banner pubblicitario che rimanda alla pagina di attivazione del servizio ove il cliente che NON ha ancora attivato NULLA, ma trova le informazioni sul prezzo, sulla modalità di addebito, sulle condizioni del servizio e l'informativa sulla privacy;

- il secondo click sul bottone (o 1° iFrame) presente sulla pagina di attivazione del servizio comprendente tutte le informazioni previste dalle normative vigenti (costo del servizio, modalità di addebito, comunicazione del numero di telefono per finalità di fatturazione e fruizione del servizio,

T&C, Privacy policy, ecc.) che rimanda ad un secondo bottone (o 2° iFrame). Effettuando il primo click il cliente NON ha ancora attivato NULLA ma può raggiungere quindi il bottone di attivazione (o 2° iFrame);

- il terzo click sul bottone "Acquista" o "Abbonati" (2° iFrame) della pagina di attivazione del servizio dà invece luogo all'attivazione del servizio".

Al riguardo l'operatore ha puntualizzato che:

- *"in tali procedure, è chiaramente indicata la natura del servizio, le grafiche sono ben visibili, i caratteri sono altamente leggibili, i termini utilizzati sono semplici e di uso comune (ad esempio, non viene usato il termine "sottoscrizione", ma "abbonamento") ed il "wording" rispetta quanto previsto dal Codice di Autoregolamentazione Servizi Premium (CASP). Appare del tutto evidente, quindi, come il metodo di attivazione di tali servizi sia stato studiato, oltre che per rispettare le norme vigenti, anche per accertare la volontarietà del cliente, evitando sottoscrizioni "casuali". 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. Cio' doverosamente premesso preme alla scrivente società rilevare che in caso di necessità e di contestazioni da parte dell'utente, nel rispetto di quanto previsto dalle norme in tema di privacy, la piattaforma tecnologica di "3" (HUB) è in grado di fornire i log-macchina di tutte le attività svolte da ogni utenza telefonica che abbia attivato un servizio a sovrapprezzo";*
- *"come verificabile dai log di attivazione forniti dai partners provider (doc. 4), l'utente ha volontariamente attivato i servizi di cui oggi contesta l'addebito. Preme rilevare come il Gestore, in merito ai servizi wap billing, sia l'unico operatore che prevede negli accordi con i partner provider che gli stessi inviino settimanalmente un SMS gratuito di caring, con lo stato di attivazione del servizio, le modalità di disattivazione e di fruizione dei contenuti acquistati, in modo che il cliente possa sapere senza ombra di dubbio dell'attivazione in corso e provvedere alla sua disattivazione. Appare del tutto evidente, quindi, come il metodo di attivazione di tali servizi sia stato studiato, oltre che per rispettare le norme vigenti, anche per accertare la volontarietà del cliente, evitando sottoscrizioni "casuali". 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. Trattasi, pertanto, di attivazioni volontarie e consapevoli – come, peraltro, rilevato in una recente pronuncia dal Co.Re.Com Toscana (Delibera n. 44/2013 – doc. 5) che ha rigettato l'istanza avversaria, sostenendo che "(...) la modalità di attivazione prevede molteplici passaggi standard, previsti proprio allo scopo di evitare adesioni casuali [...]. Nel caso di specie, tale pluralità di azioni risulta integralmente ed esclusivamente riconducibile alle utenze de quibus, del cui utilizzo l'istante si è, in ogni caso, assunto ogni responsabilità con la sottoscrizione dei relativi contratti con la società H3G (...)", giungendo alla conclusione che "(...) il servizio corrispondente alla voce di addebito contestata*

(...) sia stato attivato su richiesta del titolare dell'utenza mobile de qua o quantomeno mediante attività poste in essere nell'utilizzo dell'utenza medesima, di cui il titolare ha l'esclusiva responsabilità". In tal senso anche la pronuncia del Co.Re.Com. Liguria n. 25/2014 (cfr. doc. 6)";

- “[l]a 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, fatture emesse dal Gestore, se non per la prima volta con la procedura di conciliazione inoltrata ad aprile 2017. Occorre, ad ogni modo, evidenziare che nessun precedente reclamo scritto risulta inviato dalla società istante; ciò avrebbe senz’altro permesso a Wind Tre S.p.A. 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 simile. Procedendo al riconoscimento della restituzione o storno d’importi in assenza di un formale reclamo scritto, ci troveremmo nella paradossale situazione per la quale l’utente avrebbe maggiore interesse a denunciare tardivamente una data problematica per far così lievitare l’ammontare degli importi dovuti ed al tempo stesso fruire dei servizi. 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). 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, sarebbe violato il diritto a difendersi in capo a Wind Tre S.p.A. in merito alle fatture precedenti al periodo novembre 2016 – aprile 2017. Ad ogni buon conto, anche qualora fossero stati addebitati importi extra oltre la soglia prevista dal piano tariffario, si evidenzia che tali importi avrebbero comunque potuto essere monitorati in ogni singolo istante, ricorrendo agli strumenti che il Gestore offre gratuitamente a tutta la Clientela. Il Cliente, infatti, ha sempre a propria disposizione la possibilità di monitorare l’extra soglia come assicurato da Wind Tre S.p.A., tra gli altri, con l’art. 4 della Carta dei Servizi, al punto “Trasparenza dei prezzi”, ponendo a disposizione della Clientela diversi strumenti attraverso i quali consentire il controllo, in tempo reale ed in ogni momento, del livello di spesa raggiunto. Nell’ipotesi in cui l’utenza risulti abbinata ad un piano tariffario a soglie, come nel caso di specie, il Gestore 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, ed in modo semplice e veloce, l'istante avrebbe potuto monitorare il traffico generato ed il livello di soglia raggiunto. Onere che, evidentemente, non si è affatto premurata di osservare”.

L'operatore, riguardo la mancata ricezione delle fatture, ha precisato che quest'ultime “ sono state spedite all'indirizzo presente in anagrafica e fornito dal cliente al momento della stipula del contratto. Non vi è, pertanto, alcun margine per l'accoglimento di nessuna delle domande avanzate dalla controparte. La società istante, ad oggi, risulta debitrice nei confronti di Wind Tre S.p.A. della somma complessiva di € 219,23 di cui si chiede il pagamento (doc. 9. Wind Tre S.p.A.)”. La società Wind Tre rileva, inoltre, “che l'interruzione anticipata dei contratti ha generato l'emissione delle fatture emesse a titolo di somme dovute per recesso anticipato e rate residue di cui si chiede il pagamento. Le suddette fatture sono state emesse ai sensi e per gli effetti delle Condizioni Generali di Contratto e dei Regolamenti di servizio a seconda dello sconto praticato sul canone mensile e del numero delle rate mensili previste per l'acquisto del terminale e del contratto sottoscritto. (cfr. doc. 7). L'offerta commerciale cui l'istante ha aderito prevedeva condizioni di favore per il Cliente, quale, ad esempio, l'applicazione di tariffe convenienti e la possibilità di acquistare, tramite rateizzazione del prezzo, il terminale associato all'offerta, la cui rata mensile veniva scontata in fattura. L'utente, a fronte di questi vantaggi, s'impegnava a rimanere vincolato per un certo periodo di tempo verso il Gestore, garantendogli così tempi necessari ad ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio del contratto. Invero, in simili proposte commerciali, il Cliente beneficia per tutta la durata del contratto di un canone mensile ridotto, ossia di condizioni tariffarie più favorevoli rispetto al piano tariffario base, a fronte dell'impegno da parte del Cliente, al versamento di un importo quale riallineamento forfetario, alle condizioni economiche base. Appare dunque incontestabile il vantaggio ottenuto dal Cliente che nel caso di specie ha beneficiato per diverso tempo di tali condizioni di favore, godendo, sino alla risoluzione anticipata del contratto, dei relativi sconti sul canone mensile. È quindi evidente che la risoluzione anticipata del contratto abbia creato uno squilibrio contrattuale cui è seguita l'applicazione dei costi di risoluzione illustrati nelle fatture sopra citate e che altro non rappresentano che un mero riallineamento delle migliori condizioni tariffarie fruito dal Cliente che ha comunque beneficiato e goduto di sconti sul canone”.

L'operatore infine ha concluso per il rigetto di “tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto, in subordine, ex art. 1241 cc e ss, operare eventuale compensazione tra le relative poste debito/credito, poiché trattasi, per le somme insolite indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile, fissando l'udienza di discussione come previsto da Delibera 173/07/CONS art.16 comma 4”.

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 si evidenzia quanto segue:

- in questo contesto non può trovare applicazione, come richiesto da Wind Tre in memoria, la preclusione di cui all'art. 2, comma 1 dell'Allegato A) alla delibera Agcom n. 73/11/CONS, per cui “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”. Infatti, nel caso

che ci riguarda l'impegno dell'operatore concerne il *"rimborso per i servizi a sovrapprezzo in contestazione"* come figura dal verbale di conciliazione del 30 ottobre 2017. Di tale comportamento operoso sarà comunque tenuto di conto nel prosieguo della disamina;

- la domanda di *sub ii)*, volta ad ottenere la *"spedizione fatture 2017"*, implicando un obbligo di *facere* esula dalla cognizione del Corecom ai sensi del comma 4 dell'art. 19 del Regolamento, poiché l'oggetto della pronuncia è limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità;

- la domanda *sub iii)* volta ad ottenere *"euro 2.500 a titolo di indennizzi"*, alludendo a pretese risarcitorie, esula ai sensi del sopracitato art. 19 comma 4 del Regolamento, che prevede unicamente la possibilità di riconoscere gli indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità, esclude ogni richiesta risarcitoria. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno. Sono, dunque, escluse le richieste risarcitorie avanzate dall'utente, ad eccezione di quelle che, in ossequio ad un principio di economia procedimentale e ragionevolezza dell'azione amministrativa secondo quanto disposto al punto III.1.3 della delibera Agcom n. 276/13/CONS, possono essere intese ed interpretate, con un'ottica di favore per l'utente, come richieste di indennizzo da disporsi in seguito all'accertamento di uno o più inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore, ove la disamina delle deduzioni di parte istante, lo consenta.

Pertanto, la presente disamina avrà ad oggetto le fatture contestate per gli addebiti a titolo di *"Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner"*.

Nel merito:

Sull'addebito per importi a titolo di *"Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner"*.

L'istante ha contestato l'addebito di *"Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner"*, laddove l'operatore ha precisato *"di aver tariffato tutto il traffico generato dalle utenze de quibus secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dai relativi piani tariffari via via prescelti dall'istante nel corso del rapporto contrattuale"*.

La domanda *sub i)* è meritevole 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, il quale 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.

Con riferimento al caso di specie, occorre precisare che non risulta acquisita agli atti alcuna prova di segnalazione o reclamo da parte dell'istante, in qualsiasi forma, anche telefonica e che, pertanto, la data dell'udienza di conciliazione, il 30 ottobre 2017, può essere considerata come il primo vero momento di confronto tra l'istante e l'operatore sulla materia del contendere.

Pertanto, a fronte della contestazione di parte istante, che evidenzia l'assenza di consenso all'attivazione dei servizi digitali addebitati a titolo di *"Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner"*, l'operatore ha dedotto che *"l'attivazione del servizio in abbonamento avviene tramite un'azione volontaria del cliente che accede a tali servizi o direttamente sul Portale 3 (dovendo poi comunque cliccare sul servizio che intende attivare) o cliccando su un banner"*.

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

Spettava, dunque, all'operatore provare che l'utente avesse effettivamente richiesto e sottoscritto la fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica, prova che non è stata fornita da Wind Tre. Ebbene, nel caso oggetto di disamina, Wind Tre non ha fornito documentazione idonea a provare l'esistenza di una manifestazione di volontà dell'utente di attivare la fornitura di tali beni/servizi. L'operatore non avrebbe quindi potuto addebitare il relativo costo sul conto telefonico dell'utente, stante la mancata acquisizione, da parte del fornitore del servizio, dell'esplicito consenso da parte dell'utente stesso.

Wind Tre, che ha descritto la procedura di attivazione dei servizi a sovrapprezzo, soffermandosi sui particolari accorgimenti posti in essere a tutela dell'utenza e volti ad evitare attivazioni involontarie ed inconsapevoli, non ha però fornito la prova che gli addebiti in fattura siano riferibili ad attivazioni volontarie e consapevoli dell'utente, né che siano stati inviati all'utente gli sms di *caring* per avvisarlo degli abbonamenti attivi, così come invece sostenuto. Inoltre, pur volendo prendere in considerazione i rilievi della società circa l'estraneità della stessa al rapporto tra il fornitore del servizio a sovrapprezzo e l'utente, essa è comunque tenuta, in base a quanto disposto all'articolo 5, comma 4, della delibera n. 418/07/CONS, a disattivare immediatamente i servizi a sovrapprezzo in abbonamento e ad interrompere i conseguenti addebiti, a decorrere dalla semplice richiesta dell'utente.

Nel merito, pertanto, la debenza degli importi in contestazione non risulta provata.

In parziale accoglimento della richiesta *sub i)*, dunque, Wind Tre è tenuta a regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell'istante, al netto delle note di credito e delle somme già corrisposte dal gestore, mediante lo storno (ovvero il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato a titolo di *"Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner"* nelle fatture oggetto di contestazione emesse a partire dal 30 aprile 2017 fino alla data di disattivazione dei servizi contestati, trattandosi delle fatture emesse nel semestre antecedente la data dell'udienza di conciliazione del 30 ottobre 2017, in assenza agli atti di reclami tracciati. L'istante ha altresì diritto al ritiro, a cura e spese dell'operatore, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta per l'insoluto fino alla data di disattivazione dei servizi contestati.

Di contro, la medesima domanda non è suscettibile di liquidazione di un indennizzo per l'addebito d'importi a titolo di "*Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner*", 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, si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell'istante, ai sensi dell'art.19, comma 6, del Regolamento, la somma forfettaria di euro 50,00 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 6 luglio 2020;

D E L I B E R A

In accoglimento parziale dell'istanza presentata in data 22 gennaio 2018 dalla società xxxx nei confronti dell'operatore Wind Tre S.p.A., che detto operatore provveda a:

- 1) corrispondere all'istante, mediante assegno o bonifico bancario la somma di euro 50,00 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, al netto delle note di credito e delle somme già corrisposte dal gestore, mediante:
 - a) lo storno (ovvero il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato a titolo di "*Contenuti e Servizi di 3 Italia e suoi partner*" nelle fatture oggetto di contestazione emesse a partire dal 30 aprile 2017 fino alla data di disattivazione dei servizi contestati;
 - b) il ritiro, a cura e spese dell'operatore, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta per l'insoluto fino alla data di disattivazione dei servizi contestati.

Le somme così determinate a titolo di rimborso di cui al precedente punto 2, lettera a) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

È 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.

DELIBERAZIONE
n. 68 del 6 luglio 2020

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.

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

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)