

Protocollo: vedi segnatura.XML

TITOLO	2015.1.10.4
	2018.1.10.112
LEGISLATURA	X

Il giorno 6 dicembre 2018 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il Corecom dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

STEFANO CUPPI	Presidente
ALFONSO UMBERTO CALABRESE	Vicepresidente
STEFANO CAVEDAGNA	Componente

Svolge le funzioni di segretario la dott.ssa Rita Filippini.

OGGETTO: DEFINIZIONE CONTROVERSIA XXX / WIND TRE X GIÀ H3G X

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

Vista la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante *"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, recante *"Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo"*, in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

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

Viste la legge regionale Emilia-Romagna 30 gennaio 2001, n. 1, recante *"Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (CO.RE.COM.)"*, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

Vista la delibera Agcom n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante *"Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti"* e successive modifiche ed integrazioni, di seguito *"Regolamento"*;

Vista la delibera Agcom n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante *"Regolamento in materia dei indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori"*, di seguito *"Regolamento indennizzi"*;

Vista la delibera Agcom n. 276/13/CONS (Linee guida);

Vista la delibera Agcom 179/03/CSP;

Vista la determina direttoriale n. 38/17/DTC;

Viste le delibere Agcom n. 69/11/CIR, n. 100/12/CIR, n. 113/12/CIR;

Viste la determina n. 11/2017 e la delibera n. 48/2018 del Corecom Emilia-Romagna;

Viste le delibere Corecom FVG n. 27/2015 e n. 30/2015;



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Visto l'Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle Regioni e delle Province autonome;

Vista la Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati regionali per le Comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017 dal Presidente della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dal Presidente della Regione Emilia-Romagna, dalla Presidente del Comitato regionale per le comunicazioni Emilia-Romagna;

Visti gli atti del procedimento;

Viste la relazione e la proposta di decisione della Responsabile del Servizio dr.ssa Rita Filippini (NP.2018.2743);

Udita l'illustrazione svolta nella seduta del 6 dicembre 2018;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

1. La posizione dell'istante

L'istante lamenta il seguente problema (attivazione non richiesta di servizi/fatturazioni contestate) nei confronti di Wind Tre X già H3G X (di seguito H3G), dichiarando, nell'istanza introduttiva del procedimento (depositata in data 28/01/2018; l'udienza di conciliazione si è svolta in data 30/10/2017), quanto segue.

In data 03/04/2013 sottoscriveva un abbonamento con piano tariffario denominato "TOP 800" ed offerta "VENDITA RATE ABB 30" presso un negozio "3", unitamente a terminale Apple iPhone con funzionalità "broadcast lock, operator lock e/o usim lock" con prezzo al pubblico di € 729,00, anticipo € 60,00, importo rateizzato 669,00 e rata di € 22,30, perfettamente convinto, così aveva prospettato il venditore, di disporre, ogni mese, al costo mensile di € 39,00 (tutto compreso), di: 800 minuti di chiamate nazionali verso tutti, 200 sms nazionali, 2 GB di internet da cellulare sotto rete 3.



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Benché gli importi riportati nelle fatture che man mano pervenivano fossero sempre superiori ai costi così come presentati, provvedeva, sempre e regolarmente, ad effettuare i relativi pagamenti, ritenendo che l'eccedenza della spesa fosse dovuta ad un superamento delle soglie previste dal piano tariffario.

Senonché, nel mese di agosto 2014, si accorgeva che sulla propria scheda erano presenti dei servizi a sovrapprezzo, per cui ne chiedeva la immediata interruzione e il rimborso delle somme già pagate, ma gli veniva comunicata soltanto l'asserita cessazione dei servizi stessi.

In data 15/10/2014 inoltrava un'ulteriore richiesta di risarcimento, mentre, in data 25/10/2014, lettera di reclamo a mezzo raccomandata a.r., regolarmente ricevuta dall'operatore, senza però ricevere alcun riscontro.

In data 22/10/2014 perveniva l'ultima fattura e, visto l'importo piuttosto rilevante (€ 123,35), richiedeva, nuovamente, la restituzione delle somme indebitamente riscosse, lamentando, altresì, l'omesso riscontro alle precedenti richieste; anche questa doglianza rimaneva, tuttavia, priva di risposta.

Decideva, quindi, di controllare ex post tutte le fatture pervenutegli, potendo così accertare che ciascuna di esse, eccezion fatta per una (n. XXXXXXX174 del 20/04/2013), presentava degli importi qualificati come "traffico a consumo ed extrasoglia", che riteneva essere stati riscossi indebitamente, in quanto non dovuti.

Peraltro, constatava anche che il telefonino che gli era stato consegnato all'atto della stipula del contratto (con funzionalità di "operator lock") e di cui gli era stato raccomandato di non cambiare le configurazioni di default, era stato pre-impostato per la ricerca automatica delle reti, con la conseguenza, non voluta, che ciascuna sessione internet, in mancanza di copertura "3", andasse in roaming e con il risultato, pregiudizievole sotto l'aspetto economico, dell'addebito del relativo costo.

Infine, nei giorni precedenti al deposito del GU14, riceveva una lettera avente ad oggetto "costituzione in mora posizione Wind Tre X Codice cliente XXXXX986 riferimento pratica XXXXXX311" con la quale gli veniva richiesto il pagamento della somma di euro 821,00, ritenuta del tutto ingiustificata in ragione di quanto esposto.

In base a tali premesse, l'utente richiede:



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

1) il ritiro di ogni pretesa creditoria da parte della compagnia telefonica e la restituzione delle somme indebitamente riscosse durante la vigenza del contratto, con conseguente regolarizzazione della posizione amministrativa.

2. La posizione dell'operatore

H3G, con memoria in data 06.04.2018, in merito alla vicenda in esame, evidenzia quanto segue. In primo luogo, eccepisce l'assoluta indeterminatezza delle contestazioni mosse dall'istante e la carenza di prove a fondamento delle richieste avanzate. Ciò determinerebbe una lesione del proprio diritto di difesa e, conseguentemente, l'improcedibilità dell'istanza.

Precisa, poi, di avere tariffato tutto il traffico generato dall'utenza de quibus secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dal relativo piano tariffario via via prescelto dall'istante nel corso del rapporto contrattuale.

Con riferimento, in particolare, ai servizi a sovrapprezzo, conferma che sono ad oggi disattivi e che, comunque, possono essere attivati solo da parte dell'utente, in aderenza a quanto previsto dal Codice di autoregolamentazione dei servizi Premium.

Precisa, infatti, che il metodo di attivazione è stato studiato, oltre che per rispettare le norme vigenti, anche per accertare la volontarietà del cliente ed evitare sottoscrizioni casuali.

Precisa, a tal riguardo, che, contestualmente alla fase di attivazione, il partner provider invia il cd. "Welcome Message", che informa il cliente sulle modalità di disattivazione e di fruizione del servizio erogato, nonché, settimanalmente, messaggi di aggiornamento, ragioni per le quali l'utente che non intervenga tempestivamente nella disattivazione dei servizi non può dolersi dei successivi addebiti, avendo mancato di agire con la dovuta diligenza.

Evidenzia, poi, di avere emesso e addebitato del tutto legittimamente, ovvero in linea con quanto previsto dal piano tariffario prescelto, le fatture pervenute all'istante, dalle quali si evince un superamento del traffico dati in extra soglia determinato da eventi di traffico generati sotto rete "3".

Evidenzia, inoltre, come per alcune fatture la contestazione risulti, comunque, tardiva in quanto formulata ben oltre il termine di 90 gg. dalla data di emissione, così come previsto dall'art. 25, comma 2, delle Condizioni Generali di Contratto, il che ne determina la completa accettazione.



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Al riguardo, richiama anche il divieto imposto dall'art. 123, comma 2, del Codice della Privacy di conservare il dettaglio del traffico oltre i sei mesi, comportando una contestazione tardiva, alla luce di ciò, una lesione del diritto di difesa in capo all'operatore.

Puntualizza che, anche qualora fossero stati addebitati importi extra soglia prevista dal piano tariffario, tali importi avrebbero, comunque, potuto essere costantemente monitorati ricorrendo agli strumenti offerti gratuitamente dall'operatore a tutti i clienti, ai sensi dell'art. 4 della Carta Servizi.

In merito alla asserita mancata risposta al reclamo, afferma di avere fornito risposte a tutte le richieste dell'istante, nel pieno rispetto delle tempistiche di cui alla Carta Servizi.

Rivendica, infine, la legittimità delle fatture emesse, rilevando come l'interruzione anticipata del contratto abbia generato importi dovuti, appunto, a titolo di recesso anticipato e giustificati dalla necessità di riallineamento forfettario alle condizioni economiche base per il periodo contrattuale precedente la data di efficacia del recesso (Tabella n. 1 Regolamento di Servizio).

3. La successiva memoria dell'istante in data 09.04.2018

L'istante rileva come nella memoria di H3G ci si soffermi sulle modalità di erogazione dei servizi a sovrapprezzo, ma non venga fornita alcuna prova di avere ricevuto una valida richiesta di attivazione in tal senso o che l'utente abbia altrimenti accettato una proposta contrattuale dell'operatore.

In atti non risulta alcuna documentazione che comprovi ciò e, pertanto, l'istante ritiene debba affermarsi la esclusiva responsabilità di H3G per indebita attivazione di servizi non richiesti.

Con riferimento, poi, all'asserita tardività delle contestazioni sugli importi fatturati, l'istante afferma di avere inviato all'operatore più reclami nel corso del tempo e, precisamente, in data 26/08/2014, 15/10/2014, 22/10/2014 (cui, peraltro, sarebbero seguite risposte non contenenti alcun chiarimento di merito circa l'applicazione di servizi a sovrapprezzo) e 25/10/2014 (addirittura non riscontrato).

4. Motivazione della decisione



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

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

La richiesta di ritiro di ogni pretesa creditoria da parte della compagnia telefonica non può essere accolta per la ragione che è connessa ad un obbligo di *facere* e, pertanto, risulta estranea alla cognizione del Corecom.

Infatti, ai sensi dell'art. 19, comma 4, della Delibera n. 173/07/CONS, l'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore solo ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

La richiesta di restituzione delle somme indebitamente riscosse durante la vigenza del contratto può essere parzialmente accolta.

In particolare, con riferimento ai servizi a sovrapprezzo, essi, riferisce H3G nella memoria, consistono in contenuti scaricabili, erogati dal partner (provider) con cui H3G ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori, la cui attivazione può avvenire solo da parte dell'utente.

Il rapporto tra H3G e questi provider, come si precisa, garantisce verifiche molto stringenti, in quanto effettuate da una specifica piattaforma che controlla le fasi di attivazione, addebito, caring, billing e disattivazione.

Tale piattaforma verifica che il cliente abbia cliccato sul tasto di conferma/acquisto compreso nella landing page (pagina di attivazione) del partner provider, autorizzando la positiva conclusione della fase di attivazione e il susseguente addebito solo se tale azione viene compiuta dall'utente.

Contestualmente, il partner provider invia il c.d. "*Welcome Message*" che informa il cliente sulle modalità di disattivazione e di fruizione del servizio erogato, nonché sms settimanali di caring.

La richiamata procedura di attivazione dei servizi, contestata dall'istante, pare, in realtà, finalizzata a garantirne la volontarietà, evitando adesioni accidentali.



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Ciò premesso, deve però rilevarsi come l'operatore non abbia fornito prova dell'effettivo compimento, da parte dell'istante, dei singoli passaggi standard previsti per attivare i servizi qui contestati.

Alla luce di un recentissimo orientamento Agcom (si veda, in particolare, determina direttoriale n. 38/17/DTC), la debenza degli importi richiesti non risulta, dunque, provata, tenuto conto, appunto, dell'assenza di documentazione attestante la volontà dell'utente in tal senso.

D'altro canto, affinché l'operatore possa attivarsi per risolvere eventuali problematiche, è necessario che lo stesso sia messo nella condizione di conoscerle.

Al riguardo, risulta agli atti che l'istante abbia inviato reclami/richieste al gestore circa la disattivazione dei servizi contestati, il primo dei quali in data 26/08/2014 (mail), col quale si richiede, appunto, l'immediata cessazione di qualsiasi servizio a sovrapprezzo nonché il rimborso delle somme pagate (riferite a fatture emesse diversi mesi prima), cessazione prontamente confermata dall'operatore (in data 26/08/2014).

Sul punto, deve rilevarsi che l'articolo 1, comma 1, lettera d), allegato A, della delibera 179/03/CSP, definisce il "reclamo" come "l'istanza con cui l'utente si rivolge direttamente all'organismo di telecomunicazioni per segnalare un disservizio, ovvero una questione attinente l'oggetto, le modalità o i costi della prestazione erogata". Ne deriva che il reclamo deve essere inteso come la necessità di mettere il gestore nella possibilità di avere contezza del problema e provvedere alla sua risoluzione. Nel caso di specie, il gestore è stato informato tardivamente dei supposti disservizi riscontrati dall'istante. È orientamento costante di Agcom ritenere che l'onere della prova della risoluzione della problematica lamentata ricade sul gestore, ma è inconfutabile che sul cliente incomba l'onere della segnalazione del problema (v. ex multis delibere Agcom n. 69/11/CIR, n. 100/12/CIR, n. 113/12/CIR e conforme orientamento del Corecom Emilia-Romagna, determina n. 11/2017 e delibera n. 48/2018).

La disciplina in materia di tutela dei dati personali contenuta nel d.lgs. 1 giugno 2003 n 196 e la successiva interpretazione Agcom, consente il trattamento degli stessi al fine di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale.



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Pertanto, nel caso in oggetto, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle rientranti in tale periodo (semestre precedente al 26/08/2014, data di invio della prima segnalazione), rispetto alle quali H3G deve provvedere alla restituzione di quanto versato da parte istante relativamente ai soli costi riferiti a servizi a sovrapprezzo.

Rispetto ai suddetti servizi, la richiesta di rimborso delle somme pagate può, dunque, essere accolta, sia pure nei termini indicati.

Con riferimento, invece, al traffico in extrasoglia, ai sensi del punto III.4.2. delle Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, approvate con Delibera n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013, *“nella procedura di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere della prova fra le parti previste dal codice civile ed applicabili al rito ordinario. Ne consegue che, trattandosi nella maggior parte dei casi di fattispecie inerenti a rapporti contrattuali, la norma di riferimento sarà sempre quella di cui all'art. 1218 cod. civ., secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il creditore della prestazione, tipicamente l'utente, dovrà limitarsi a dedurre l'esistenza del contratto tra le parti ed il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati”*.

L'istante, relativamente alle lamentate difformità (riportate e descritte, in modo, tra l'altro, assai sintetico e impreciso), non produce alcuna prova a supporto di quanto richiesto.

Ai sensi dell'art. 2697, comma 1, cod. civ. *“Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”*.

Tale onere probatorio, come detto, non risulta assolto da parte dell'istante, il quale non allega neppure il contratto stipulato, circostanza tale da non consentire una chiara ricostruzione dei fatti ed una conseguente ed eventuale imputazione di responsabilità a carico dell'operatore coinvolto.



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Manca, in altri termini, qualunque tipo di documentazione a supporto di quanto affermato e richiesto, indispensabile, si ribadisce, ai fini della risoluzione della vertenza de quo (al riguardo, si vedano, tra le altre: delibere Corecom FVG n. 27/2015 e n. 30/2015).

Inoltre, l'unico reclamo relativo al traffico in extrasoglia, prodotto in atti dall'istante, risulta tardivo, essendo stato inoltrato all'operatore in data 25/10/2014 e, dunque, assai successivamente rispetto ai fatti contestati (importi via via fatturati).

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa del presente atto espresso dalla Responsabile del Servizio dr.ssa Rita Filippini, il Corecom, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

1. Accoglie parzialmente l'istanza di Santantonio nei confronti di Wind Tre X già H3G X per le motivazioni di cui in premessa.
2. Wind Tre X già H3G è tenuto al rimborso di quanto versato da parte istante a titolo di costi riferiti ai soli servizi a sovrapprezzo, relativamente all'arco temporale rappresentato dal semestre precedente al 26/08/2014, data di invio della prima segnalazione.
3. Wind Tre X già H3G è tenuto, infine, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito web del Corecom e dell'Autorità.

Firmato digitalmente

Il Segretario

Dott.ssa Rita Filippini

Firmato digitalmente

Il Presidente

Dott. Stefano Cuppi



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom