

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: GU14 n. 79/18 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 elettronica" 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. 79 del giorno 29 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 associate al codice cliente n. 9365xxx con la società Wind Tre, lamenta la fatturazione indebita di somme a titolo di traffico extra-soglia per un importo di euro 2.225,00 oltre Iva.

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

- fin dall'attivazione *“del contratto [riscontrava] addebitati in fattura costi legati ad abbonamenti o cose varie, [che sono] assolutamente disconosciuti in quanto mai richiesti né mai utilizzati”*;
- segnalava il problema richiedendo *“la chiusura di tutti i barring, in modo tale da evitare la situazione che si è poi verificata”*;
- contestava la fatturazione per *“addebiti ingiustificati pari ad €2.225,50+Iva”*.

In data 18 dicembre 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) il *“rimborso della somma di euro 2.225,00 oltre iva previo cambio immediato gestore e causa civile.”*

2. La posizione dell'operatore.

La società Wind Tre, in data 14 aprile 2017, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale ha eccepito l'infondatezza, in rito e nel merito, di quanto *ex adverso* dedotto, per i motivi che seguono.

In rito l'operatore ha eccepito che *“secondo l'attuale orientamento AGCom la fattispecie in esame esula dall'ambito oggettivo di cui all'art. 8 della Delibera 73/11 non trattandosi di attivazione di servizio non richiesto bensì di fatturazione indebita che trova il suo soddisfacimento attraverso la restituzione degli importi addebitati in fattura o mediante lo storno degli stessi nel caso in cui non siano stati corrisposti dall'istante”*.

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

- +39 349-8549xxx, attivata in data 25.07.2014 con piano tariffario voce *“My Business Flex voce”*, in modalità *simply business* (doc. 1); l'utenza risulta disattiva dal 04.01.2018 per portabilità verso altro gestore (doc. 2);

- +39 335-329xxx, attivata in data 26.07.2014 con piano tariffario voce “My Business Flex voce”, abbinato al terminale “iPhone 5S 16GB” in modalità vendita a rate 30 mesi PRO (doc. 1); l’utenza risulta disattiva dal 04.01.2018 per portabilità verso altro gestore (doc. 2);
- +39 335-6178xxx, attivata in data 26.07.2014 con piano tariffario voce “My Business Flex voce”, abbinato al terminale “iPhone 5S 16GB” in modalità vendita a rate 30 mesi PRO (doc. 1); l’utenza risulta disattiva dal 04.01.2018 per portabilità verso altro gestore (doc. 2)”.

L’operatore ha dedotto che “parte istante lamenta fatturazioni recanti importi relativi a servizi a pagamento – asseritamente mai richiesti (cfr. Formulario GU14). Wind Tre S.p.A. 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:

- tali contenuti “sono quelli scaricati o fruiti dal Portale 3; la tariffazione è tariffata ad unità in base al numero e alla tipologia di contenuti scaricati”;
- tali servizi “sono erogati in abbonamento e consistono in contenuti scaricabili la cui attivazione può avvenire solo da parte dell’utente sia da “Portale 3”, sia da siti internet mobili (m-site) esterni”;
- “il contenuto è erogato dal partner (provider) con cui [l’operatore] ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori. Il rapporto tra [l’operatore] e questi provider garantisce verifiche molto stringenti che 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”;
- l’operatore ha stabilito “con i partner provider che gli stessi inviino settimanalmente un SMS gratuito di caring, con lo stato di attivazione del servizio e 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”;
- “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”.

“Si osserva che il Cliente ha sempre a propria disposizione la possibilità di monitorare il traffico effettuato come assicurato all’art. 4 della Carta dei Servizi dell’allora Operatore H3G (doc. 4), 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. Ciò posto, con la dovuta diligenza e del tutto agevolmente, l’istante avrebbe potuto monitorare il traffico generato ed il livello di soglia raggiunto. Onere che, evidentemente, l’istante non si è affatto premurato di osservare. Peraltro, si osserva che l’istante non ha attivato, tramite l’Area Clienti 3 o contattando il numero 4077, il servizio gratuito “SMS Infosoglie” che consente di ricevere automaticamente, mediante un SMS, le notifiche in prossimità dell’esaurimento delle soglie previste dalle opzioni tariffarie, dai Bonus, dalle soglie dei piani dati e dalle soglie dati dei piani. Ne consegue, pertanto, la legittimità di tutti gli addebiti e, per l’effetto, la debenza delle somme richieste all’istante, non avendo il Gestore ravvisato errori e/o difformità rispetto alle pattuizioni contrattuali inter partes”.

L'operatore ha, quindi, rappresentato che, *“trattasi, pertanto, di attivazioni volontarie e consapevoli – come, peraltro, rilevato in una recentissima pronuncia dal Co.Re.Com Abruzzo (Delibera n. 5/2018 – doc. 5) che ha rigettato l'istanza avversaria in presenza dei log di attivazione dei servizi a sovrapprezzo. In tal senso anche la pronuncia del Co.Re.Com. Liguria n. 25/2014 (cfr. doc. 6) . La pretestuosità delle richieste formulate da controparte è rilevabile, altresì, dal fatto che l'istante non ha mai contestato gli importi delle fatture emesse dal Gestore, se non per la prima volta con l'istanza obbligatoria di conciliazione del 14.05.2017. 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. 8). 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. 9). Sul punto, 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 dicembre 2016 – maggio 2017 (doc. 7). Si vuole infine evidenziare che nelle fatture risultano anche addebiti per Info Banking e Mobile Ticketing Ataf, che riguardano rispettivamente gli addebiti per comunicazioni effettuate da parte degli istituti di credito al cliente, ed il cui costo è imposto direttamente da questi ultimi, e addebiti per l'acquisto dei biglietti per l'autobus di Firenze. Questi importi esulano assolutamente dalla richiesta avanzata da controparte, in quanto si riferiscono ad addebiti per servizi che il cliente consapevolmente ha attivato e per i quali si respinge ovviamente qualsiasi richiesta di rimborso”.*

L'operatore infine conclude sostenendo che *“non vi è, pertanto, alcun margine per l'accoglimento di nessuna delle domande avanzate dalla controparte”.*

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 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 18 dicembre 2017, può essere considerata come il primo vero momento di confronto tra l'istante e l'operatore sulla materia del contendere.

Inoltre, sempre in via preliminare, occorre evidenziare, con riferimento alla domanda *sub i)* di *“rimborso della somma di euro 2.225,00 oltre iva previo cambio immediato gestore e causa civile”*, che, ai sensi delle *“Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche”*, approvate con Delibera Agcom n. 276/13/CONS), anche le istanze inesatte

o imprecise, in un'ottica di *favor utentis*, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare. In particolare, anche la richiesta di risarcimento danni, quale quella formulata dall'istante in questa sede, in applicazione di un criterio di ragionevolezza ed efficienza dell'azione, sarà essere interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal *nomen iuris* indicato dalla parte istante.

Pertanto, la presente disamina avrà ad oggetto le fatture contestate per gli addebiti a titolo di traffico extra-soglia.

Nel merito:

Sull'addebito per importi per traffico extra-soglia.

L'istante ha contestato l'addebito di importi dovuti al traffico extrasoglia, laddove l'operatore ha 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 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.

Nel merito, pertanto, la debenza degli importi in contestazione non risulta provata (tenuto conto dell'assenza di documentazione attestante la volontà dell'utente alla sottoscrizione di servizi *premium*, quale, ad esempio, copia dei log di attivazione o dell'url della *landing page* navigata dal cliente). Per quanto attiene al superamento delle soglie, pur volendo prendere in esame il rilievo della società Wind Tre in merito al fatto che l'istante non ha attivato l'opzione info soglie, l'operatore non ha fornito documentazione utile a consentire il tracciamento della riferibilità temporale, della durata, nonché del costo delle singole connessioni poste alla base della fatturazione.

In parziale accoglimento della richiesta *sub i)*, dunque, Wind Tre è tenuta a regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell'istante mediante lo storno (ovvero il rimborso, in caso di avvenuto

DELIBERAZIONE
n. 59 del 15 giugno 2020

pagamento) di quanto fatturato a titolo traffico extra-soglia e di *“Contenuti e Servizi di 3 Italia e i suoi partner”*, ad eccezione di quanto addebitato a titolo di *“Mobile Ticketing di ATAF Firenze”* e a titolo di *“Info Banking e altri servizi informativi”* nelle fatture oggetto di contestazione emesse a partire dal 18 giugno 2017 fino alla fine del ciclo di fatturazione, trattandosi delle fatture emesse nel semestre antecedente la data dell’udienza di conciliazione del 18 dicembre 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 a chiusura dell’intero ciclo di fatturazione.

Di contro, la medesima domanda non è suscettibile di liquidazione di un indennizzo per l’addebito d’importi a titolo di traffico extrasoglia, in quanto i servizi digitali oggetto della tariffazione qui contestata riguardano: a) servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del *Regolamento indennizzi*; b) servizi forniti da soggetti terzi rispetto all’operatore di comunicazione elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l’utente ed il fornitore del servizio; c) servizi in relazione ai quali il rapporto contrattuale con l’operatore, che costituisce fondamento per il riconoscimento dell’indennizzo e del corrispondente meccanismo di liquidazione, attiene solo alla fase dell’addebito, e non a quello della attivazione in senso stretto (*ex multis* Delibera Agcom n. 143/17/CIR).

Infine, si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell’istante, ai sensi dell’art.19, comma 6, del Regolamento, la somma forfettaria di euro 100,00 a titolo di spese di procedura.

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

UDITA l’illustrazione del Dirigente, Dott.ssa Cinzia Guerrini svolta su proposta del Presidente nella seduta del 15 giugno 2020;

D E L I B E R A

In accoglimento parziale dell’istanza presentata il giorno 29 gennaio 2018 dalla società xxx 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 100,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell’art. 19, comma 6, del Regolamento e della Delibera Agcom n. 276/13/CONS;
- 2) regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell’istante, al netto di quanto addebitato a titolo di *“Mobile Ticketing di ATAF Firenze”* e di *“Info Banking e altri servizi informativi”*, mediante lo storno (ovvero il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato a titolo traffico extra-soglia e di *“Contenuti e Servizi di 3 Italia e i suoi partner”* nelle fatture oggetto di contestazione emesse a partire dal 18 giugno 2017 fino a chiusura dell’intero ciclo di fatturazione oltre al ritiro, a cura e spese dell’operatore, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta per l’insoluto.

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

DELIBERAZIONE
n. 59 del 15 giugno 2020

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.

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.)