

DELIBERA D/103/18/CRL/UD del 15 ottobre 2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

M. R. MIAH / WIND TRE XXX

(LAZIO/D/519/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 15 ottobre 2018;

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”;

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

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 del Lazio del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente M. R. Miah del 7 luglio 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante

L’istante, per il tramite dell’associazione AECI Lazio, a seguito dell’esito negativo del tentativo di conciliazione, ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti dell’allora H3G XXX (ora “Wind Tre XXX” e di seguito solo “Tre”), in relazione a n. 2 utenze mobili XXXXXX9429 e XXXXXX5618, l’addebito di somme ingiustificate per traffico extra soglia e servizi a pagamento non richiesti, l’illegittima sospensione/risoluzione, nonché la mancata risposta ai reclami.

Nell’istanza di definizione e nella memoria depositata, l’utente ha rappresentato quanto segue:

i. dopo aver sottoscritto in data 10.8.2015 due contratti per le predette numerazioni, l’uno con tariffa “Web Light 2015” e l’altro con piano “Full Unlimited”, comprensivi dell’acquisto di n. 2

terminali, contestava fin da subito la richiesta da parte del gestore di somme per servizi non richiesti, nonché la fatturazione anomala rispetto a quanto pattuito;

ii. nonostante varie segnalazioni al call center, l'operatore non forniva alcun risposta precisa e motivata sugli addebiti per servizi mai richiesti, né procedeva al blocco della fatturazione;

iii. in particolare nella fattura n. 1541185362 dell'8.1.2015 venivano richiesti, con riferimento al numero XXXXXX9429, gli importi di € 340,00 per "Gettoni extra soglia internet", di € 26,26 per servizi mai richiesti (di cui € 0,54 per "Pagine App&Store di 3", € 5,00 per "Musica, giochi ed altri servizi EMCUBE" ed € 20,72 per "Musica, giochi ed altri servizi M-Services"), mentre per il numero XXXXXX5618 veniva addebitata la somma di € 71,00 per "Gettoni extra soglia internet";

iv. provvedeva a revocare l'addebito bancario, al fine di controllare la correttezza delle somme addebitate, prima di procedere al pagamento delle fatture;

v. riceveva tuttavia una lettera di sollecito di pagamento e il gestore provvedeva a sospendere nel mese di gennaio 2016 entrambe le utenze, la sospensione durava quasi due mesi sino alla risoluzione del contratto;

vi. a seguito dell'illegittima risoluzione il gestore emetteva le fatture n. 1648069919 dell'8.4.2016 di € 568,65 per rate residue dei terminali acquisiti in fase di sottoscrizione del contratto, nonostante avesse già pagato integralmente gli importi per tali apparati alla data di stipula.

Precisava infine che il gestore non aveva mai risposto ai reclami presentati.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva:

- il rimborso delle somme pagate e non dovute relative ai servizi non richiesti per un totale di € 437,26;
- lo storno di tutti gli insoluti richiesti dal gestore;
- € 304,00 per l'attivazione di servizi non richiesti;
- € 675,00 per la sospensione dei servizi sulle linee;
- € 163,00 per mancata risposta ai reclami;
- € 200,00 per spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore

Tre, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata, deducendo nel merito quanto segue:

- le utenze XXXXXX9429 e XXXXXX5618, attivate in data 10.8.2015, la prima con p.t. "Full Unlimited" e legata all'acquisto del terminale modello iPhone 6 16GB con formula della vendita a rate e vincolo contrattuale di 30 mesi, mentre la seconda con p.t. "Web Light" e legata all'acquisto del terminale modello Web Pocket 21.6 con formula della vendita a rate e vincolo contrattuale di 30 mesi, sono state disattivate il 10.2.2016 per morosità;
- Tre ha tariffato tutto il traffico generato dall'utenza secondo quanto pattuito, nel rispetto dei piani tariffari prescelti ed, in particolare, tutto il traffico generato oltre il plafond contrattualizzato, è stato fatturato in conformità alla specifica tariffazione prevista dai medesimi piani tariffari a cui l'utente aveva aderito; tali piani sottoscritti prevedevano la

possibilità di fruire sia del traffico a consumo entro ed oltre le soglie contrattuali sia di servizi non compresi nel plafond e, quindi, oggetto di autonoma tariffazione;

- l'utente ha contestato gli importi fatturati solo nel mese di giugno 2016 con il deposito dell'istanza di conciliazione, pertanto la mancata contestazione degli addebiti pregressi implica la loro totale accettazione, conformemente a quanto stabilito dall'art. 9 della Carta dei servizi e dell'art. 25, comma 2 delle c.g.c.;
- conformemente alle disposizioni del D.Lgs. n. 196/2003, gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre e, pertanto, dovendo consentire agli stessi il pieno esercizio del diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data di presentazione del reclamo;
- tenendo conto che l'utente non ha mai presentato reclami prima del deposito dell'istanza di conciliazione, le uniche fatture che comunque possono essere oggetto di verifica alla luce dei limiti imposti dalla normativa in materia di privacy sono quelle emesse nei sei mesi pregressi dal suddetto deposito, nelle quali comunque non sono presenti né addebiti su traffico extra soglia né per servizi non richiesti;
- i servizi oggetto di contestazione sono del tipo Wap Billing, cioè servizi in abbonamento presenti sul portale "3" oppure su siti esterni di fornitori, non partner di H3G;
- per tali servizi sussistono delle procedure di controllo sulle fasi di attivazione/addebito/caring/billing/disattivazione adottate sulla piattaforma tecnologica HUB che sono state appositamente studiate per evitare attivazioni "casuali", di conseguenza tutte le attivazioni si devono considerare "volontarie"; in ogni caso, il cliente può, in ogni momento, chiederne la disattivazione;
- in particolare, dopo che il cliente ha cliccato sul tasto conferma/acquisto sulla pagina di attivazione, autorizzando la positiva conclusione ed il conseguente addebito, il partner provider provvede ad inviare il c.d. "welcome message" che informa il cliente sulle modalità di fruizione e su quelle di disattivazione dei servizi acquisiti; specificatamente, H3G è l'unico operatore ad aver attivato accordi con i partner provider affinché inviino agli utenti sms di caring con cadenza settimanale;
- le voci addebitate di traffico "Servizi Mobile Pay" sono legate ad una piattaforma di pagamento utilizzata dai sei maggiori operatori di telefonia italiani per agevolare i micropagamenti; in particolare, tramite uno smartphone, un Pc o un Tablet si possono acquistare servizi digitali, senza l'utilizzo di una carta di credito o l'addebito in conto corrente, il costo infatti viene addebitato direttamente sul credito telefonico in caso di ricaricabile o nel conto telefonico nel caso di abbonamento; poiché il cliente riceve al momento dell'attivazione un sms gratuito che lo informa dell'avvenuta attivazione (welcome message) e un sms di remind (sms di caring) che gli ricorda di avere attivo un servizio in abbonamento, nonché con indicati in entrambi le modalità di disattivazione, non può non escludersi la volontarietà del cliente nell'accettazione di tali servizi digitali;
- quanto al tema degli addebiti per "Contenuti Portale 3" non richiesti, la pronuncia Agcom det. n. 49/15/DIT nega l'accoglimento della pretesa agli indennizzi per tale fattispecie, in quanto trattasi di fatturazione indebita e, in quanto tale, deve essere soddisfatta attraverso il rimborso e/o storno degli addebiti contestati;

- quanto alla presunta sospensione illegittima del servizio, essa è stata determinata dall'inadempimento della controparte che procedeva, in violazione dell'art. 15.1 delle c.g.c. alla revoca del Rid, tale circostanza ha infatti comportato la sospensione della linea in data 29.12.2016, come stabilito dall'art.18.3 delle c.g.c., che prevede in caso di mancato rispetto dell'art. 15.1, la facoltà di sospendere i servizi anche senza preavviso;
- la linea, previa comunicazione di risoluzione contrattuale del 12.1.2016, veniva poi disattivata il 10.2.2016, stante anche la presenza di insoluti.

Precisava inoltre che l'utente era debitore della somma di € 1.065,95, avendo omesso il pagamento delle fatture nn. 1542921580, 1632652649, 1649072830, 1648069919, al netto delle note di credito nn. 1630087678 e 1634303951; in particolare la disattivazione delle utenze dopo soli 6 mesi dalla sottoscrizione dei contratti aveva generato, in virtù degli artt. 10.5 e 10.6 delle c.g.c., la fattura n.1648069919 di € 568,65, contenente le rate residue rimanenti e non corrisposte dei terminali acquisitati, nonché la fattura n. 1649072830 di € 172,35, riferita a somme per recesso anticipato.

Rilevava da ultimo che l'applicazione dei costi di risoluzione è legittima e conforme alla pronuncia del Consiglio di Stato (Sentenza n. 1442/2010) e alle pronunce del Corecom Calabria (n. 87/2014) e del Corecom Liguria (n. 2/2015).

3. La replica dell'istante

L'istante, nella propria memoria di replica, ha contestato quanto dedotto dall'operatore, osservando quanto segue:

- nonostante nei contratti sottoscritti sia indicato l'acquisto dei cellulari con vendita rateale, gli apparati sono stati acquistati nel medesimo giorno della stipula, come risulta dagli scontrini allegati alla memoria;
- quanto alla contestazione sulla mancanza di reclami precedenti al deposito dell'UG, l'utente ha effettuato vari reclami telefonici prima di procedere alla revoca dell'addebito diretto sul proprio conto corrente;
- la controversia ha ad oggetto la contestazione non dei piani tariffari prescelti o della fatturazione delle telefonate a consumo bensì degli addebiti per servizi mai richiesti, la cui attivazione è ascrivibile integralmente al gestore, non avendo tra l'altro l'utente mai ricevuto messaggi di attivazione di tali servizi o per la navigazione extra soglia, per cui peraltro l'operatore non ha fornito la prova dell'invio e della ricezione;
- non esiste alcuna norma di legge che preveda una prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito nel termine di 90 giorni dal ricevimento delle fatture, azione che ai sensi dell'art. 2033 del cod. civ. si prescrive in dieci anni;
- la normativa in materia di privacy, nata a tutela dei dati personali degli utenti, così come interpretata dal gestore, lederebbe irrimediabilmente i diritti degli stessi, e comunque la fattura n. 1542921580 dell'8.12.2015 contiene sia degli addebiti per traffico extra soglia sia per servizi digitali non richiesti, che non sono dovuti;

- diversamente dalla tesi del gestore che sostiene che trattasi semplicemente di fatturazione indebita, i servizi addebitati, quali “Musica, giochi ed altri servizi EMCUBE” e servizi “Pagine app & store di 3”, si configurano come veri e propri servizi accessori, che legittimano la pretesa all’indennizzo;
- la fattura n. 1649072830 di € 172,35, contenente le penali per recesso anticipato, non era dovuta; il gestore legittimerebbe la pretesa al suo pagamento con la fruizione della promozione legata all’acquisto a rate del terminale, ma avendo l’utente pagato l’intera somma dovuta per l’apparecchio in un’unica soluzione all’atto della stipula, non si può parlare di promozione, conseguentemente le penali per recesso anticipato sono illegittime ai sensi dell’art. 1, comma 1 del D.L. n.7/2007, convertito con Legge n.40/2007.

Concludeva nel precisare che il gestore non aveva preavvisato la sospensione del servizio avvenuta in data 29.12.2015, come tra l’altro ammesso dal gestore, avendo l’utente soltanto ricevuto la raccomandata di risoluzione del 12.1.2016 solo a fine gennaio.

4. Motivazione della decisione

Preliminarmente si rileva che la domanda di storno/rimborso delle somme addebitate per l’acquisto con vendita a rate dei terminali in questione, è inammissibile, essendo stata avanzata soltanto per la prima volta in questa sede e, dunque, non sottoposta al tentativo obbligatorio di conciliazione. Ed infatti l’utente con l’istanza GU prot. 4711 del 16.5.2016 ha lamentato l’addebito di somme non dovute per consumi extrasoglia e per servizi mai richiesti, ovvero la fatturazione di costi anomali, senza procedere altresì alla contestazione degli importi fatturati per i ratei degli apparati mobili, per i quali deduce solo in seconda istanza di averli acquistati in sede di stipula.

L’estensione della domanda ad ulteriori voci delle fatture rispetto agli addebiti contestati con il tentativo di conciliazione introduce un nuovo tema di indagine e viola, pertanto, il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per nuove questioni, con elusione quindi del vincolo del doppio grado di giudizio.

Conseguentemente deve essere anche rigettata per inammissibilità la richiesta di storno della fattura n. 164806991 dell’8.4.2016 di importo di € 568,65 per rate residue dei terminali, essendo stata dichiarata inammissibile la domanda sullo storno/rimborso delle somme addebitate precedentemente alla risoluzione del rapporto contrattuale per i ratei degli apparati in questione.

Ad abundandatiam, si rileva il comportamento dell’utente che ha soltanto in fase di prime memorie e non nell’istanza di definizione mosso delle contestazione su tali addebiti, con conseguente sostanziale violazione del diritto di difesa di controparte.

E comunque, anche a voler entrare nel merito, si evidenzia la stessa documentazione prodotta dall’utente destituisce di fondamento la domanda. Dai contratti, infatti, risulta chiaramente la formula di pagamento rateale con un anticipo di euro 100,00 e 30 rate da Euro 20,97 in un caso, Ø anticipo e 30 rate da Euro 1,63 nell’altro; è inequivocabile altresì il significato dei moduli di cessione a Tre del credito acquisito dal venditore con la suddetta vendita, della quale gli scontrini depositati costituiscono evidenza fiscale, sia dell’anticipo versato dal cliente, sia del credito ceduto all’operatore; diversamente, si presume che l’utente avrebbe contestato la presenza dei ratei mensili nelle fatture anziché pagarli.

Ciò premesso, l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'Art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

4.1 Sullo storno e rimborso della somme fatturate per traffico extra soglia e per servizi digitali

L'istante contesta, per entrambe le numerazioni di cui sopra, l'indebita fatturazione di somme per traffico extra soglia e per servizi non richiesti nel periodo intercorrente dalla data di stipula dei contratti (10.8.2015) alla data di risoluzione (12.1.2016).

E' opportuno rilevare che, pur non avendo l'utente prodotto tutta la documentazione di cui richiede in questa sede lo storno/rimborso, il gestore ha comunque fornito una ricostruzione puntuale della situazione contabile per i due contratti de quo, depositando tutte le relative fatture emesse e, dunque, è possibile avere contezza di tutti gli eventuali addebiti non dovuti.

In merito alla contestazione degli addebiti di somme imputabili a servizi digitali a sovrapprezzo, la normativa applicabile in materia è contenuta principalmente nel D.M. 2 marzo 2006 n. 145, "Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo". Quest'ultimo stabilisce che l'accettazione dei servizi a sovrapprezzo è ammessa solo con il consenso espresso dell'utente finale ed il servizio erogato dopo l'esplicita accettazione del consumatore (articoli 12 e 13); l'art. 12 stabilisce, altresì, le informazioni obbligatorie in materia di servizi a sovrapprezzo ivi comprese quelle inerenti alle modalità di disattivazione del servizio.

Sul piano regolamentare rileva, in proposito, anche l'art. 5, comma 4, della Delibera dell'Autorità n. 418/07/CONS, in base al quale il gestore telefonico è tenuto a disattivare immediatamente i servizi a sovrapprezzo in abbonamento e ad interrompere i conseguenti addebiti, a decorrere dalla semplice richiesta dell'utente. Si richiama infine, il Codice del Consumo, come novellato dal D.Lgs. n. 21/14, nella misura in cui tali attivazioni avvengano per lo più con la stipula a distanza, nonché tutti i presidi ivi previsti in termini di completa formativa, possibilità di recesso di cui agli artt. 45 e segg.

In particolare l'art. 65, in tema di pagamenti supplementari, stabilisce che in assenza di consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare rispetto alla remunerazione dell'obbligazione principale, il consumatore ha diritto al rimborso di dette somme.

Mentre, relativamente alla contestazione di somme imputabili a traffico extra soglia, rileva la Delibera n. 126/07/CONS e, nello specifico per il traffico dati, la Delibera n. 326/10/CONS, contenente misure volte a garantire maggiore trasparenza nelle condizioni di offerta dei servizi dati in mobilità e mezzi più efficaci per il controllo della spesa, predisponendo l'introduzione di sistemi di allerta e tetti mensili di spesa.

In particolare, l'art. 2, comma 1 e 2, della Delibera n. 326/10/CONS stabiliscono: "1. Gli operatori mobili, con riferimento ai piani tariffari che prevedono un plafond di traffico dati tariffato a forfait (di tempo o di volume), rendono disponibili gratuitamente sistemi di allerta efficaci che, al raggiungimento di una soglia di consumo pari ad una percentuale del plafond di traffico (di tempo o di volume) scelta dall'utente tra le diverse opzioni proposte dall'operatore, informino l'utente medesimo: a) del raggiungimento della soglia; b) del traffico residuo disponibile; c) del prossimo passaggio ad eventuale altra tariffa e del relativo prezzo al superamento del plafond. 2. 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. La connessione dati è riattivata nel più breve tempo possibile dopo che l'utente ha fornito, mediante una modalità semplice, il proprio consenso espresso, che non può, quindi, essere tacito o presunto".

Rileva altresì, nel caso in esame, quanto prescritto in tema di obbligo di conservazione e detenzione dei dati personali da parte del responsabile del trattamento (nel caso di specie l'operatore) dal D. Lgs. n. 196/2003.

In particolare, l'art. 123, comma 1 di tale Decreto prevede che "I dati relativi al traffico riguardanti abbonati ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazione sono cancellati o resi anonimi quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatte salve le disposizioni dei commi 2, 3 e 5". Il comma 2 dispone inoltre che "Il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari ai 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, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale".

Dalla lettura del citato articolo ne consegue che gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre dalla proposizione della stessa e, pertanto, dovendo consentire agli stessi il pieno diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato il reclamo (in tal senso, si è espressa l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con la Determina n. 49/15/DIT).

Atteso che non vi è l'allegazione di alcun reclamo prima dell'istanza di conciliazione del 16.5.2016, con la quale per la prima volta l'utente ha contestato le somme in questione, risultano esaminabili alla luce dei predetti vincoli normativi solo ed esclusivamente le fatture nn. 1542921580 dell'8.12.2015, 1632652649 dell'08.02.2016, 1649072830 dell'08.04.2016, 1634303951 dell'08.04.2016 e 1648069919 dell'08.04.2016. Da una verifica di tali conti telefonici risultano presenti addebiti per traffico extra soglia e per servizi non richiesti solo nella fattura n. 1542921580, rispettivamente per un importo di € 175,00 e di € 55,18.

Precisato ciò, si tratta di accertare se l'operatore abbia rispettato tutti gli obblighi imposti dalla normativa sovra delineata con riferimento ai predetti addebiti.

Pacifica tra le parti è la vigenza di due contratti per due utenze mobili sottoscritti il 10.8.2016, con adesione rispettivamente al piano tariffario "Full Unlimited" per l'utenza XXXXXX9429 e al piano tariffario "Web Light" per l'utenza XXXXXX5618. Dall'esame delle brochure informative versate in atti dal gestore si evince che entrambe prevedono un plafond prefissato per il servizio dati, rispettivamente di 4GB (più 100MB Gprs) e di 3GB, l'indicazione dei costi per il traffico a consumo oltre tali soglie, nonché un autonoma tariffazione per i servizi a sovrapprezzo.

Ebbene, quanto al traffico extra soglia effettuato nel periodo esaminabile, atteso che dalla bolletta in questione si evince il superamento - per entrambe le numerazioni - del volume di traffico dati pattuito, l'operatore avrebbe dovuto fornire prova di aver adottato le cautele previste dalla normativa sopra richiamata che espressamente fa rinvio alle notifiche e consensi dei commi 1 e 2

dell'art. 2 della Del. cit. e, quindi, l'adozione di sistemi di allerta, che prevedano apposite comunicazioni sul progressivo raggiungimento della soglia prefissata, e successivamente il blocco del collegamento dati. Al riguardo l'operatore nulla ha provato, limitandosi soltanto ad argomentare sulla correttezza di tali importi.

Quanto ai servizi digitali, parimenti l'operatore non ha provato di aver acquisito il consenso espresso dell'utente come da normativa citata, ovvero la volontarietà dell'attivazione dei servizi a sovrapprezzo in questione, limitandosi invece alla mera descrizione dei servizi erogati tramite il proprio portale, tra cui quelli oggetto di contestazione, invocando altresì la chiarezza dei servizi offerti e delle relative tariffe, nonché i meccanismi di conclusione del contratto che avverrebbero - a detta del gestore - tramite comportamenti attivi del cliente controllati dall'asserita piattaforma HUB. Non è inoltre condivisibile quanto prospettato dal gestore sull'impossibilità dell'attivazione non consapevole dei servizi a sovrapprezzo da parte dei propri clienti, atteso sia l'invio del "welcome message" che informa il cliente sulle modalità di fruizione e su quelle di disattivazione, sia degli sms di caring con scadenza settimanale da parte dei partner provider. Spettava invece al gestore fornire la prova di avere acquisito la volontà inequivoca ed espressa del cliente di attivare i servizi contestati, tuttavia non raggiunta in questa sede, non avendo tra l'altro lo stesso fornito alcuna documentazione idonea a dimostrare l'applicazione dell'asserito percorso di attivazione (clic sulla piattaforma ed sms di welcome e di caring) volto all'acquisizione consapevole da parte dell'utente dei servizi fatturati "Pagine App&Store di 3" e "Musica, giochi e altri servizi di M-Services".

Alla luce delle suesposte considerazioni, l'utente ha quindi diritto allo storno delle somme riportate nella fattura n. 1542921580 di cui sopra sia per servizi digitali dallo stesso non richiesti sia per traffico effettuato oltre il plafond contrattuale, per un importo complessivo di € 230,18, IVA inclusa.

Sotto il profilo indennizzatorio, invece la richiesta di indennizzo di € 304,00 per attivazione indebita di servizi non richiesti va rigettata.

Come emerso infatti dal più recente orientamento Agcom in punto di inapplicabilità a detto caso materiale della fattispecie indennizzatoria prevista dall'art. 8, comma 2, Allegato A alla Delibera 73/11/CONS (cfr. Det. n. 49/15/DIT e Del. n. 4/16/CIR, conforme Corecom Lazio Det. n. 34/2017), la circostanza che i contenuti digitali in questione siano forniti da un soggetto terzo diverso dall'operatore telefonico, porta ad escludere che quest'ultimo possa ritenersi vincolato ad indennizzare i disagi subiti dall'utente per l'attivazione di servizi non richiesti e, appunto, forniti da soggetti terzi.

Si tratta infatti di servizi diversi da quelli di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono le norme del Regolamento di cui alla Delibera n. 73/11/CONS, essendo gli stessi forniti da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazione elettronica. Tale aspetto, sembra lasciare l'operatore escluso ed estraneo rispetto al rapporto contrattuale tra utente e fornitore del servizio. Al più, il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce il fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo, atterrebbe alla sola fase di addebito e non invece a quella di attivazione.

Pertanto alla luce di quanto precisato, può solo considerarsi il diritto dell'utente allo storno/rimborso degli addebiti per i servizi/contenuti - digitali - non richiesti, ma non si ritengono applicabili gli indennizzi liquidati in sede di definizione delle controversie tra utenti e operatori.

4.2 Sulla sospensione del servizio.

L'utente chiede un indennizzo di € 675,00 per l'illegittima sospensione delle due linee de quibus, a decorrere dal mese di gennaio 2016.

La domanda può essere parzialmente accolta per i motivi di seguito esposti.

Nulla quaestio sulla effettiva sospensione di entrambe le linee, atteso che è la stessa Tre che ammette di aver sospeso il servizio dal giorno 29.12.2015, per poi definitivamente disattivare le linee in data 10.2.2016, per risoluzione del rapporto contrattuale, quest'ultima preavvisata con comunicazione del 12.1.2016.

Attesa la richiesta, in materia di sospensione dell'utenza, vige l'art. 5 Delibera n. 173/07/CONS che testualmente recita "Fermo restando l'obbligo di informare l'utente con congruo preavviso, l'operatore, salvi i casi di frode, di ripetuti ritardi di pagamento o di ripetuti mancati pagamenti e per quanto tecnicamente fattibile, può disporre la sospensione del servizio solo con riferimento al servizio interessato dal mancato pagamento... Non può intendersi come mancato pagamento il pagamento parziale di una o più fatture da parte dell'utente qualora il pagamento omesso riguardi addebiti oggetto di contestazione: ciò per tutto il periodo in cui con riferimento a tali addebiti siano pendenti una procedura di reclamo oppure di conciliazione o di definizione della controversia ai sensi degli articoli 3 e 14 del presente regolamento, fino alla loro conclusione, e compresi gli intervalli di tempo intercorrenti tra le diverse procedure per la durata massima di tre mesi dalla conclusione della procedura di reclamo o di conciliazione, termine entro il quale deve essere inoltrata, rispettivamente, la domanda per la successiva procedura di conciliazione o di definizione..."

Rileva altresì il comma 2 dell'art. 7 della Delibera n. 519/15/CONS che prevede: "L'utente che ha presentato formale reclamo all'operatore in merito all'addebito di un singolo bene o servizio, anche supplementare, può sospenderne il pagamento fino alla definizione della procedura di reclamo. L'utente è comunque tenuto al pagamento degli importi che non sono oggetto di contestazione...".

Ebbene, a fronte della dedotta illegittima sospensione del servizio senza alcun preavviso, spettava quindi a Tre provare di avere operato la sospensione in condizioni di legittimità come prescritto dall'art. 5 del Regolamento di cui alla Del. n.173/07/CONS. Tre non ha invece fornito la prova di aver inviato all'utente il dovuto preavviso, né la stessa sospensione poteva essere giustificata dalla sussistenza di una morosità pregressa dell'utente, atteso che alla data di sospensione delle linee (29.12.15) l'utente aveva saldato la prima fattura n. 1541185362 di € 720,38, come risulta dalla documentazione acquisita in atti, e che non era ancora decorso il termine di scadenza per il pagamento della seconda fattura n. 1542921580 di € 329,51, previsto per il 7.1.2016. E comunque anche in presenza dei presupposti previsti dall'art. 5 cit. per la legittima sospensione, che nel caso di specie non sussistono per quanto sopra evidenziato, l'operatore era tenuto a preavvisare l'utente, prima di sospendere il servizio.

L'operatore, per esonerarsi dal mancato preavviso, ha invocato l'applicazione del combinato disposto degli artt. 15.1 e 18.3 delle c.g.c. sottoscritte, che prevedono l'obbligo dell'utente di mantenere le modalità di pagamento scelte in fase di stipula (nel caso in esame addebito su carta di credito, come risulta indicato in entrambi i contratti), nonché la facoltà di sospendere in tutto o in parte i servizi, anche senza preavviso, nel caso di violazione del suddetto obbligo.

Ebbene, l'espletamento degli effetti di tali clausole contrattuali non permetterebbe l'applicazione dell'art. 5 Del. n.173/07/CONS cit. nella sua interezza e dell'art. 7 Del. n.519/15/CONS cit. nella parte in cui prevedono la possibilità per l'utente, per non di non incorrere in alcuna sospensione, di liberarsi dalla propria obbligazione con il pagamento parziale degli importi ritenuti dovuti, con contestuale contestazione delle restanti somme ritenute illegittime.

In altri termini, la facoltà contemplata dal suddetto art. 18.3 di sospensione tout court del servizio per revoca delle modalità di pagamento scelte dall'utente in sede di stipula - laddove lo stesso art. 15.1 cit. prevede soltanto due modalità di pagamento (addebito su carta di credito o su conto corrente) e l'art. 10 della Carta dei servizi dell'operatore all'epoca vigente il pagamento con bollettino postale soltanto nel caso in cui si sia verificato un errore nell'addebito su Rid e carta di credito limitatamente al periodo necessario al ripristino della corretta modalità di pagamento - confligge con la facoltà prevista dalla normativa di settore di liberarsi - per evitare la sospensione - dalla propria obbligazione con il pagamento parziale delle somme richieste, atteso che l'utente non può disporre un prelievo parziale mediante addebito su conto corrente o carta di credito.

Chiarito ciò e rilevato l'inadempimento del gestore per mancato preavviso, spetta all'utente un indennizzo per sospensione delle due utenze mobili XXXXXX9429 e XXXXXX5618 dal 29.12.2015 sino 10.2.2016 (data di disattivazione di entrambe le linee risultante dalla schermata di sistema versata in atti dal gestore), con conseguente riconoscimento, ai sensi dell'art. 4, comma 1, Allegato A alla Delibera n. 73/11/CONS, di una somma pari a € 322,50.

Per la mancata fruizione del servizio dovuta all'illegittima sospensione non preavvisata, il gestore è tenuto altresì a stornare dalla fattura n. 154292158 dell'8.12.2015 il 50% del Canone Full Unlimited per un importo di € 35,00 e il 50% del Canone Web Light per un importo di € 3,00, per una somma complessiva pari ad € 38,00, Iva inclusa.

4.3 Sulla risoluzione e sulla fattura n. 1649072830

L'utente ha contestato la fattura n. 1649072830 dell'8.4.2016 di € 172,35 per somme addebitate a titolo di recesso anticipato, che ritiene non dovute poiché collegate alla fruizione di una promozione legata all'acquisto a rate dei terminali, per i quali all'atto di stipula era stato bensì pagato l'intero corrispettivo.

E' bene precisare che la risoluzione contrattuale disposta dall'operatore è conforme alle c.g.c che prevedono all'art. 20 la facoltà da parte dello stesso di risolvere il contratto entro 30 giorni dalla sospensione dei servizi per mancato pagamento dell'importo dovuto. Nel caso di specie l'importo di € 329,51 di cui alla fattura n. 1542921580 la cui scadenza era fissata il 7.1.2016.

Pur avendo accertata la illegittimità della sospensione delle linee avvenuta il 29.12.2016, può comunque ritenersi idonea quale comunicazione di preavviso la lettera di risoluzione del 12.1.2016, a fronte della quale l'istante, per non incorrere nella risoluzione del rapporto contrattuale, avrebbe dovuto liberarsi con il pagamento del minor importo ritenuto dovuto della fattura n.1542921580 (contenente peraltro canoni afferenti il mese di dicembre 2015 e traffico dei mesi ottobre/novembre e, dunque, somme dovute per il regolare utilizzo del servizio nel periodo antecedente la sospensione del 29.12.2015), e procedere contestualmente alla contestazione dell'ulteriore importo, conformemente alla normativa di settore richiamata. Dalla documentazione in atti non risulta invece né il pagamento parziale della fattura in questione né alcuna contestazione in merito.

Precisato ciò, la tesi dell'istante sull'illegittimità degli addebiti degli importi scontati non è accettabile. Ed infatti l'applicazione dello sconto mensile, ovvero di condizioni più favorevoli rispetto al piano tariffario base, è legata ad una scelta commerciale dell'operatore sulla misura dello sconto promozionale da praticare ai clienti (nel caso di specie, coincidente con la rata del cellulare) che nulla ha a che vedere con il pagamento anticipato degli apparati asseritamente acquistati dall'utente, il cui accertamento peraltro non è stato oggetto di esame della presente pronuncia per inammissibilità della richiesta di storno delle rate dei terminali in questione, addebitate prima dell'interruzione del rapporto contrattuale.

L'utente pertanto non ha diritto allo storno della fattura contestata.

4.4 Sui reclami

L'istante chiede altresì un indennizzo per mancata risposta ai reclami, deducendo al riguardo di aver effettuato varie segnalazioni telefoniche in merito all'errata fatturazione, prima di procedere al blocco dell'addebito sulla propria carta di credito.

Dalla documentazione in atti non risulta l'allegazione di alcuna segnalazione telefonica o scritta da parte dell'utente, circostanza confermata dallo stesso gestore che nella propria memoria ha dichiarato di non aver ricevuto alcuna contestazione in merito alla asserita indebita fatturazione, mosse soltanto per la prima volta con il deposito dell'istanza di conciliazione. Pertanto la domanda non può trovare accoglimento.

5. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n.173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di € 100,00 da porsi a carico di Tre, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTO la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del Sig.re M. R. Miah nei confronti di Wind Tre XXX.
2. La Wind Tre XXX è tenuta a stornare parzialmente le fatture nn. 1542921580 dell'8.12.2015, n154292158 dell'8.12.2015 nei termini e nella misura di cui in motivazione.
3. La Wind Tre XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre la somma di € 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, il seguente importo maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - € 322,50 (trecentoventidue/50) a titolo di indennizzo ex art. 3, comma 1, Allegato A alla Delibera 73/11/CONS.

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

5. La Wind Tre XXX è, altresì, tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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

7. Il presente atto 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 sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 15/10/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto