

IL CO.RE.COM. DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 20 dicembre 2017;

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 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”;

VISTE le istanze dell’utente D. Diotallevi, rappresentato dall’Associazione Movimento Difesa del Cittadino - Roma Ovest, presentate in data 31.5.2016; 11.10.2016; 12.10.2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

Istanza 412/2016

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato - nei confronti dell’operatore H3G – con la prima istanza del 31.5.2016, l’addebito di importi per traffico extrasoglia da inizio contratto.

Ha assunto di avere inviato due distinti reclami in data 17.11.2015 e 11.1.2016 che non venivano riscontrati.

Ha lamentato, pure, sospensione delle utenze dal 21.12.2015 al 5.2.2016.

In base a tali premesse, ha richiesto:

- Storno delle fatture non ancora saldate;
- Restituzione delle somme illegittimamente richieste per traffico extrasoglia;
- Indennizzo a norma delle delibere AGCOM e del Regolamento CORECOM LAZIO

2. La posizione dell'operatore

L'operatore ha eccepito, in via preliminare, l'improcedibilità/inammissibilità dell'istanza per genericità e indeterminatezza delle domande, nonché ex art. 2, comma 1, Allegato A Delibera 73/11/CONS.

A puntello delle eccezioni preliminari ha specificato che:

- All'udienza di conciliazione tenutasi dinanzi al Corecom Lazio il 19.5.2016 H3G si è assunta l'impegno ad erogare all'istante l'indennizzo previsto dalla Carta dei Servizi, ed ha poi provveduto al pagamento della somma di Euro 120,00 per la mancata risposta ai reclami presentati dal 7.11.2015 in avanti mediante storno parziale dell'insoluto presente sulla posizione contabile dell'istante (pari ad € 507,83) con emissione della Nota di Credito n. 1690136513 dell' 8.6.2016;
- Parimenti, nell'ambito della procedura GU5, ha comunicato la riattivazione delle linee sin dal 23.2.2016 impegnandosi, ed informando l'utente, a corrispondere l'indennizzo della Carta dei Servizi di € 19,00 per i 19 giorni di sospensione, ponendolo in compensazione con l'insoluto del cliente.

Nel merito, sugli addebiti extrasoglia ha confermato la correttezza del proprio operato avvenuto nel rispetto dei piani tariffari sottoscritti dall'utente e, quanto al traffico dati, nel rispetto della delibera 326/10/CONS.

Ha evidenziato, inoltre, che il contratto originario è stato sottoscritto in data 13.10.2012 e che, fino alla data del 17.11.2015 e con specifico riferimento alla fattura xxxxx051 dell' 8.10.2015, alcuna contestazione è mai stata mossa avverso le fatture emesse fino all'8.10.2015.

A ciò ha aggiunto che, anche alla luce delle disposizioni di cui all'art. 123, comma 1e 2, d.lgs 196/2003, può essere eventualmente valutato e preso in considerazione, solo il traffico risalente ai sei mesi antecedenti la contestazione e non oltre.

Ulteriormente ha aggiunto che, in conseguenza del reclamo del 17.11.2015 di contestazione della fattura xxxxx051 di € 428,57 il servizio clienti ha accolto la richiesta e rimborsato € 175,00 mediante le note di credito 1591229503 di € 146,00 iva inclusa e n. 1690001256 di € 29,00 iva inclusa stornando parzialmente la fattura successiva xxxxx695 scaduta il 7.1.2016.

Ha concluso richiamando un principio espresso dall'AGCOM secondo cui “l'addebito di somme maturate per traffico extrasoglia non dà luogo di per sé all'indennizzo non essendo tale fattispecie prevista tra quelle tipiche di cui alla delibera 73/11/CONS” e chiarendo che, in ipotesi, “ non trattandosi di attivazione di servizio non richiesto ma 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”.

Ha confermato, a carico dell'istante, un insoluto di € 541,48.

La replica dell'istante

L'istante con memoria del 11.7.2016 ha negato valenza di “indennizzo” alle somme corrisposte ante litem da H3g.

Ha insistito nella richiesta di storno del traffico extra soglia perché fatturato in violazione della delibera 126/07/CONS.

La replica del gestore

Il gestore, con memoria del 21.6.2016, ha insistito nelle proprie richieste specificando che, con riferimento alla richiesta di storno del traffico extrasoglia, la domanda, nella denegata ipotesi di fondatezza, andrebbe limitata al periodo dei sei mesi antecedenti la richiesta e cioè a partire da giugno 2015.

Istanza 759/2016

In data 11.10.2016, l'istante ha inoltrato le medesime richieste di cui all'istanza del 19.5.2016 con l'unica differenza che ha invocato un reclamo del 9.3.2016 per la contestazione dell'addebito del traffico extrasoglia, per € 85,00, sulla fattura xxxxx680 del 8.2.2016.

Istanza 761/2016

In data 12.10.2016, l'istante ha inoltrato le medesime richieste di cui all'istanza del 19.5.2016 con l'unica differenza che ha invocato un reclamo del 9.5.2016 per la contestazione dell'addebito del traffico extrasoglia, per € 60,00, sulla fattura xxxxx886 del 9.5.2016.



Il gestore invocava la violazione del principio dell'*abuso del diritto* dal momento che le istanze hanno medesime richieste e, soprattutto, presentate in epoche diverse quando, a ben vedere, potevano tutte essere presentate con la prima istanza; la violazione del principio del *ne bis in idem* per l'identità delle questioni sottoposte al giudizio del Corecom con le tre distinte istanze depositate; l'applicazione dell'art. 2 della Delibera 73/11/CONS per avere corrisposto, in entrambi i casi, l'indennizzo di cui alla Carta dei Servizi prima dell'istanza di definizione.

Motivazione della decisione

Le istanze sono trattate in maniera congiunta.

Preliminarmente, si osserva che le istanze soddisfano i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento e sono pertanto proponibili.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste avanzate dalla parte istante sono parzialmente accolte, per le seguenti ragioni.



Sulla eccezione di improcedibilità/inammissibilità per violazione del principio dell'abuso del diritto

Preme una preliminare considerazione sulla richiesta di improcedibilità/inammissibilità delle domande per violazione del principio dell'*abuso del diritto* invocato dal gestore perché si intende prendere, una volta per tutte, posizione su un'eccezione sovente sollevata avverso una prassi che si sta rilevando assai frequente nelle istanze sottoposte alla valutazione del Corecom.

Si ritiene, perciò, che, con i dovuti limiti e peculiarità connessi alla natura del contenzioso proprio del Corecom, il principio, con i correttivi del caso, meriti di trovare applicazione anche in questa sede.

L'abuso del diritto, figura normativamente non regolata, si ravviserebbe tutte le volte in cui il creditore *frazioni* il proprio credito per sua esclusiva utilità con unilaterale aggravamento della posizione del debitore. Siffatto comportamento processuale si porrebbe in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede contrattuale sia con il principio costituzionale del giusto

processo in quanto la parcellizzazione della domanda diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria si tradurrebbe in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo diritto.

Tralasciando le questioni processuali sulla improcedibilità della domanda di un credito assunto come *frazionato*, (improcedibilità tra l'altro rigettata da recentissima sentenza delle sezioni unite della Cassazione) valga qui rilevare che la giurisprudenza delle Sezioni Unite è da tempo tesa ad evitare, ove possibile, la *duplicazione* di attività istruttoria; il rischio di giudicati contrastanti; la dispersione dinanzi a giudici diversi della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale.

Tanto nella consapevolezza che la trattazione dinanzi a giudici diversi di una medesima vicenda *esistenziale*, sia pure connotata da aspetti in parte dissimili, incide negativamente sulla giustizia *sostanziale* della decisione fornendo al giudice la conoscenza parziale di una realtà artificiosamente frammentata, sia in contrasto con il principio di economia processuale.

Queste ultime considerazioni meritano di trovare ingresso anche nei procedimenti di definizione del Corecom nella misura in cui gli istanti devono farsi carico di un esercizio consapevole e responsabile del diritto di azione che viene loro riconosciuto e che deve essere improntato, anche in questa sede, ai principi di buona fede e correttezza contrattuale oltre che di economia processuale.



Qui la parte istante ha violato tutti i principi sopra richiamati.

La prima istanza di conciliazione è del 18.2.2016 epoca in cui, tutte le contestazioni e censure mosse dall'istante avrebbero potuto essere mosse dal momento che le fatture contestate erano state tutte già emesse all'epoca del primo UG.

Le istanze di definizione sono del 31.5.2016; 11.10.2016; 12.10.2016.

Le ultime a distanza di un giorno una dall'altra.

L'istante ha scelto di *frazionare* il proprio credito attraverso distinte istanze dando così vita ad un inutile e dispendioso aggravamento dell'attività dell'organo giudicante e del debitore che si è sostanziata in una palese violazione del principio di economia processuale oltre che di buona fede e correttezza contrattuale.

Scelta di *frazionare* la propria pretesa, che, si ribadisce, non si condivide nonostante la tardiva richiesta di riunione avanzata da parte istante con la memoria depositata in data 12.10.2016.

NEL MERITO

Venendo al merito delle domande dell'utente, in occasione dell'esperimento dei tentativi di conciliazione delle istanze presentate innanzi al Corecom Lazio, H3G ha offerto ai sensi dell'art. 2 della Delibera n. 73/11/CONS l'indennizzo automatico, previsto dalla propria Carta Servizi, mediante storno degli importi ivi previsti dall'insoluto dell'utente.

Nonostante l'istante non abbia accettato tale indennizzo in sede di conciliazione, la somma è stata comunque riconosciuta all'utente a mezzo delle note di credito in atti.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, dell'Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS "*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*".

Pertanto, le domande di pagamento di un indennizzo ai sensi del richiamato Allegato A alla Delibera 73/11/CONS non può trovare accoglimento, essendo l'utente già stato soddisfatto ai sensi del regolamento contrattuale e, in particolare, dell'art. 24 Carta Servizi H3G (cfr. decisione conforme AgCom Delibera 12/14/CIR).

Si osserva, inoltre, che non varrebbe, nel caso *de qua* – ad escludere l'applicabilità del richiamato art. 2, comma 1 allegato A Delibera 73/11/CONS – la circostanza che l'utente non abbia incassato la somma corrisposta dall'operatore a titolo di indennizzo contrattuale.

A ciò si aggiunga che, il comma 2 della medesima disposizione regolamentare, a mente del quale *“Resta salva l'applicazione, nella decisione delle controversie ai sensi del comma 1, degli indennizzi contrattualmente stabiliti qualora di importi unitari superiori a quelli di cui al presente regolamento, indipendentemente dai limiti massimi eventualmente previsti”*, riguarda le sole controversie per le quali l'operatore non 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 non risultino l'impegno dell'operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi.



Sullo storno delle fatture da inizio contratto

Non può essere accolta la domanda di storno/rimborso delle fatture da inizio contratto per una duplice motivazione.

Le fatture non sono agli atti così come non sono agli atti contestazioni fino alla data del reclamo del 17.11.2015.

Si condivide, inoltre, perché conforme alla normativa vigente, la difesa del gestore laddove alla luce delle disposizioni di cui all'art. 123, comma 1 e 2, d.lgs 196/2003, comunque, può essere eventualmente valutato e preso in considerazione, solo il traffico risalente ai sei mesi antecedenti la contestazione e non oltre.



Sullo storno delle fatture da giugno 2015

Si tratta di verificare, pertanto, la legittimità dell'addebito di somme in extra soglia nelle fatture in atti e a partire da giugno 2015.

La domanda dell'istante è fondata per le motivazioni che seguono.

L'operatore ha eccepito la corretta contabilizzazione in conformità ai costi previsti dal rispettivo piano tariffario ed in relazione alla tipologia di traffico generato (entro la soglia e in extra-soglia).

Tuttavia, ciò che rileva ai fini dell'accertamento del diritto di rimborso/storno delle somme contestate, è la mancata informazione, da parte dell'operatore, del superamento o dell'approssimarsi del limite di spesa previsto dal piano tariffario prescelto, nonché dell'effettuazione di tipologia di traffico a consumo *ab origine*.

In punto di diritto si osserva che il disposto dell'art. 3, comma 6 della delibera Agcom n. 126/07/Cons, stabilisce che *“nel caso di opzioni o promozioni che a titolo oneroso diano luogo al diritto di usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, l'operatore di telefonia informa il consumatore, in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità, dell'imminente ripristino delle condizioni economiche previste dall'offerta precedentemente sottoscritta”*.

La norma appena richiamata pone a carico del soggetto erogatore della fornitura un dovere di “protezione” nei confronti del cliente, che si sostanzia nell’obbligo di preventiva informazione dell’esaurirsi della promozione/opzione pattuita, ovvero dell’imminente superamento del limite di spesa, con conseguente addebito di costi aggiuntivi. Del resto, in generale, l’obbligo di informazione chiara, corretta e tempestiva nei riguardi degli utenti è posto a carico dei gestori di servizi di comunicazione elettronica dall’art. 5 della delibera 179/03/Cons, in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, e costituisce diretta estrinsecazione dei fondamentali principi civilistici di buona fede, lealtà e trasparenza contrattuale.

Sullo specifico punto del traffico dati in extrasoglia, si richiama inoltre l’art. 2 Delibera 326/10/CONS (Sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile), prevede che *“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. 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”*.

La stessa Delibera 326/10/CONS prevede inoltre che *“Gli operatori mobili rendono disponibili gratuitamente a tutti gli utenti sistemi di immediata comprensione e facilità di utilizzo per il controllo in tempo reale della spesa utili a fornire informazioni sul consumo accumulato espresso in volume di traffico, tempo trascorso o importo speso per i servizi di traffico dati, nonché un servizio supplementare gratuito per abilitare o disabilitare la propria utenza al traffico dati”*.

Nella memoria difensiva il gestore non fa riferimento ad alcun preavviso inviato all’utente e rispondente alle previsioni regolamentari.

Deve pertanto dedursi che la società H3g non abbia rispettato le disposizioni sopra citate, consentendo il traffico voce e dati oltre la soglia contrattualmente prevista ed al di fuori della medesima, causando all’utente gli addebiti contestati, dei quali va disposto lo storno stante l’insoluto a carico dell’utente.

Ciò stante, ravvisata la violazione dell’obbligo di trasparenza contrattuale, si ritiene meritevole di accoglimento la richiesta di parte ricorrente, intesa ad ottenere, dall’operatore qui considerato, lo storno delle somme contabilizzate nelle fatture in contestazione e relative alla generazione di traffico in extrasoglia (voce e dati) da giugno 2015 fino a maggio 2016 compreso.



Sussistono giusti motivi per compensare le spese della procedura.

Il comportamento tenuto dall’istante, seppur non può portare alla grave conseguenza della improcedibilità/inammissibilità delle domande, non è stato improntato ai principi di buona fede, correttezza nel rapporto contrattuale e di economia processuale che devono permeare anche il contenzioso sottoposto alla decisione del Corecom.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente le istanze presentate dal sig. D. Diotallevi nei confronti della società Wind Tre XXX , rappresentato dall'Associazione Movimento Difesa del Cittadino - Roma Ovest, in data 31.5.2016, 11.10.2016, 12.10.2016, con compensazione delle spese.
2. La società Wind Tre XXX è tenuta a stornare dalla posizione contabile dell'istante, le somme contabilizzate nelle fatture in contestazione e relative alla generazione di traffico in extrasoglia (voce e dati) da giugno 2015 fino a maggio 2016 compreso.
3. La società Wind Tre XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
4. 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.
5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 20/12/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto