

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: XXX /Wind Tre XXX (già H3G XXX)**

Presenti:

ENZO BROGI *Presidente*

CHETI CAFISSI *Componente*

ELETTRA PINZANI *Componente*

MASSIMO SANDRELLI *Componente*

Assenti:

ALBERTO LAPENNA *Vice Presidente*

Presiede: **Enzo Brogi**

Segretario: **Luciano Moretti** *Dirigente della struttura di assistenza al Comitato incaricato della redazione del presente atto*

II 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";

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 della Toscana in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, 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. 173/07/CONS, All. A "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*" e successive modifiche ed 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 l'istanza n. 455 del 21 dicembre 2015 con cui il Sig. Simone Gacci 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. (già H3G S.p.A., di seguito, per brevità, H3G) 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 n. 173/07/CONS, Allegato A;

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

L'istante, titolare di un contratto residenziale sulle utenze n. 339 4963xxx e n. 392 1874xxx con la società H3G, lamenta, da parte dell'operatore, la fatturazioni di importi superiori a quanto pattuito contrattualmente, l'addebito di costi sull'utenza dati n. 392 1874xxx per traffico non riconosciuto, nonché la sospensione del servizio sull'utenza n. 339 4963xxx.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- in data 8 novembre 2011 stipulava un contratto sull'utenza n. 339 4963xxx con piano tariffario "Top Infinito" che prevedeva "al costo di 25 € mese, iva compresa, traffico illimitato verso fissi e mobili ed SMS illimitati, 20 GB sotto rete H3G, 100 MM di traffico internet su roaming estero e 100 min di chiamate in Europa" e "nessun addebito per tassa di conc. gov.";

- successivamente, attivava la sim dati n. 392 1874633 su modem wi-fi ("cubo") con profilo tariffario "formula WEB light, € 3,00 al mese per 1.0 GB";

- in data 14 aprile 2015 variava il profilo tariffario aderendo alla "formula WEB light, € 3,00 al mese per 10 GB e, dal 14.4.201, con piano tariffario TRE dati Plus., € 10,00 al mese per 30 GB"; constatava, tuttavia, che i costi imputati in fattura risultavano superiori all'"offerta contrattuale sottoscritta per entrambi i profili" (collegati alle utenze n. 339 4963xxx e n. 392 1874xxx);

- l'operatore non provvedeva, tra l'altro, alla spedizione delle fatture, nonostante il regolare pagamento del servizio di spedizione;

- con riferimento alla SIM dati n. 392 1874xxx, collegata al modem-wi-fi, constatava "la fatturazione per traffico mai effettuato", atteso che risultavano registrate "connessioni alla rete internet anche in momenti in cui nessuno era presente in casa e pacificamente non utilizzava la connessione medesima". Constatava, altresì, che la fatturazione non risultava mai "corrispondente al reale tempo di connessione" provocando, così, "un costo esorbitante del servizio e non giustificato né giustificabile"; stante "l'esorbitante fatturazione", richiedeva "più volte chiarimenti presso centri H3G" ove apprendeva "che doveva trattarsi di erroneo funzionamento del "CUBO";

- in data 13 agosto 2015, l'operatore sospendeva il traffico in uscita su un'utenza (n. 339 4963xxx) non interessata da alcuna contestazione; contattato il servizio clienti veniva comunicato che sarebbe stata riattivata l'utenza de qua a condizione che fosse effettuato "il pagamento ANTICIPATO (!) della metà di una fattura ancora da emettere (e mai pervenuta...) per l'importo di € 189,28" riferita all'utenza dati oggetto di contestazione.

In data 16 ottobre 2015 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore H3G 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 l'"equo indennizzo di € 5.000,00 a fronte sia dell'ingiustificato distacco della utenza 3394963xxx in pendenza di contestazioni relative al traffico su sim dati 3921874xxx sia dell'erronea fatturazione relativa all'utenza 3393963xxx".

2. La posizione dell'operatore.

In data 22 gennaio 2016, l'operatore H3G ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato, con la quale ha precisato preliminarmente quali sono le numerazioni oggetto delle contestazioni:

- “ + 39 339-49.63.xxx, attivata in data 26.04.2013 con piano tariffario "TOP3000 e associata all'offerta "Usim Sciolta Abb", ossia senza alcun terminale in abbinamento (Cfr. doc. 1)”; detta numerazione “è attualmente attiva e funzionante sulle reti di H3G S.p.A. (doc. 2);
- “+39 392-18.74.xxx, attivata in data 14.04.2015 con piano tariffario "Tre.Dati Plus 2015" ed associata all'offerta commerciale "Vendita Rate Abb 30" che prevedeva (i) l'acquisto, tramite rateizzazione del prezzo, dell'apparato "Web Cube 21.6 New OL" (Codice Imei 866986014381076) ed (ii) un vincolo contrattuale di trenta mesi (Cfr. doc. 1)”;
- “utenza n. +39 392-18.74.xxx è disattiva dal 03.09.2015 in quanto migrata verso altro operatore di telefonia mobile (doc. 2)”

L'operatore ha eccepito, in primis, l'“inammissibilità e/o improcedibilità dell'istanza di definizione per inapplicabilità della disciplina invocata al caso di specie (TCG)”, atteso che “l'art. 2 del Regolamento in materia di procedura di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS, esclude dal proprio ambito applicativo le controversie attinenti profili tributari o fiscali”.

L'operatore ha, inoltre, dedotto “l'infondatezza delle avverse doglianze in merito alla mancata attivazione della "Promo No Tax", osservando che:

- la “TCG è un tributo che, per legge, il Gestore, in qualità di sostituto di imposta, ha il dovere di richiedere ai propri abbonati per poi corrisponderlo, per loro conto, all'Erario”, mentre “la promozione in questione, trasversale a più piani tariffari, consiste in uno sconto sul canone pari all'importo della tassa stessa che, ovviamente, continuerà ad essere versata da H3G, nella sua interezza, all'Erario”;
- “Ogni fattura reca, nel Glossario di pag. 2, l'indicazione che: "L'importo relativo all'eventuale sconto applicato alla TCG (Promo no tax) non estingue la titolarità del versamento dell'imposta. In caso di mancato pagamento, gli importi relativi alla Tassa di Concessione dovranno quindi essere corrisposti direttamente presso gli Uffici delle Autorità competenti.”;
- “a pag. 3 delle fatture (doc. 10), nella sezione "Importi fissi - Addebiti/accrediti", è chiaramente indicato "Accredito Promo No Tax -10,32": ne consegue che l'importo della tassa è stato scontato al cliente in fattura”.

Riguardo alla “richiesta di Euro 5.000,00”, l'operatore ha osservato che “è inammissibile e/o improcedibile in quanto maschera, nonostante il nomen juris, una evidente richiesta di risarcimento del danno, non demandabile (oltre che non provata), per espressa previsione normativa (Cfr. art. 19, commi IV e V - Allegato A Delibera 173/07/CONS), all'Autorità adita”.

L'operatore ha, inoltre, contestato, “la genericità ed indeterminatezza delle contestazioni avversarie in quanto il sig. Gacci lamenta "un'erronea ed eccessiva fatturazione", sin dall'inizio del rapporto contrattuale, a fronte della quale chiede la corresponsione di un "equo indennizzo di € 5.000" senza fornire alcuna ulteriore specificazione e senza tuttavia mettere in luce, neppure nel corso del presente procedimento, i criteri che hanno determinato tali calcoli”.

L'operatore ha, quindi, dedotto “l'infondatezza di quanto ex adverso lamentato, osservando come la condotta posta in essere da H3G xxx sia sempre stata conforme a principi di lealtà e correttezza, senza violazione di alcuna disposizione normativa e contrattuale”.

Nel merito, in relazione agli “addebiti in contestazione” ha osservato “che la numerazione + 39 339-49.63.xxx è stata attivata in data 26.04.2013 (doc. 1) (anziché nel 2011 come riferisce l'istante) ed è stata abbinata ab origine al piano tariffario "Top 3000" che assumeva, a partire dal 1 luglio 2013, la denominazione di "Top Infinito"; piano che prevede (...) a fronte della corresponsione del canone (...) un numero infinito di chiamate nazionali ed SMS nazionali (senza limiti di soglie, come previsto nel precedente "Top 3000") e una analoga soglia mensile di 20 GB di traffico dati, da fruire sotto rete Tre (Cfr. doc. 6)”.

L'operatore ha precisato *"di aver tariffato tutto il traffico generato dall'utenza secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto del costo previsto dal relativo piano tariffario prescelto. Ciò detto, preme rilevare che la prima segnalazione/ reclamo avanzato dal Sig. Gacci in merito ad una presunta "errata fatturazione" è quella avanzata con la ricezione del formulario UG del 2.09.2015 (!) (doc. 5). Del resto, non vi sono segnalazioni in tal senso sporte dall'istante nei confronti di H3G xxx. né in allegato all'istanza di conciliazione né in allegato alla presente istanza di definizione, tanto è vero che il Gestore apprendeva, con stupore, di tale problematica nel momento in cui veniva depositata la domanda di conciliazione nei suoi confronti, trovandosi così, suo malgrado, nell'impossibilità di verificare e vagliare le (presunte) pregresse anomalie ivi segnalate" (...)* Tali addebiti non sono stati, infatti, oggetto di specifica contestazione da parte dell'istante, neppure tardivamente, oltre il termine di 90 giorni dalla data di emissione delle relative fatture in cui sono contenuti, come previsto dall'art. 9 Carta dei Servizi (doc. 7) e dall'art. 25, comma 2, Condizioni Generali di contratto (doc. 7). Ne consegue che la mancata contestazione delle fatture nei termini previsti ne comporta la loro completa accettazione".

L'operatore ha, altresì, osservato *"come una così tardiva contestazione dei fatti, come quella che qui si discute, comporta inevitabilmente l'impossibilità per il Gestore di verificare quanto contestato, anche alla luce dei limiti imposti dall'art. 123, comma 1 e 2 D.Lgs. n. 196/2003 secondo cui è consentito al Gestore, in caso di contestazione di fatture, conservare il tabulato del traffico "per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale".*

Sul punto l'operatore ha richiamato *"le Determinazioni AGCOM n. 49/15/DIT, n. 75/15/DIT, n. 100/15/DIT e n. 101/2015/DIT (doc. 13) che, in aderenza a quanto disposto dall'art. 123 Codice della Privacy statuiscono che: "Gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione scritta possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre, e pertanto, dovendo consentire agli stessi l'esercizio pieno del proprio 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".*

Con riferimento all'addebito del *"costo di spedizione della fattura"* l'operatore ha rappresentato che *"3 imputerà al Cliente i costi di spedizione della fattura qualora questa venga spedita in formato cartaceo anziché visualizzata in via telematica". Del resto, non risulta che il Signor Gacci abbia attivato il servizio "Conto 3 On Une" - di cui si dirà meglio in seguito - tramite il quale è possibile visualizzare, in formato PDF, e Indi scaricare il Conto 3, cioè la fattura, valido ai fini fiscali, evitando i costi di spedizione (<http://www.tre.it/business/assistenza/servizio-clienti/proceduredocumenti/quida-al-conto-31>). Né prova l'avvenuta ricezione delle stesse on line".*

Con riferimento alla *"erronea ed eccessiva fatturazione dei servizi internet"* relativa alla numerazione +39 392-18.74.xxx l'operatore ha evidenziato che *"il sig. Gacci ha effettuato traffico dati in extrasoglia, non incluso quindi nel plafond fissato nel profilo tariffario "Tre.Dati Plus 2015" cui la numerazione +39 392- 18.74.xxx risulta abbinata (Cfr. doc. 1)". Infatti, come chiaramente riportato nel relativo prospetto (doc. 8), il piano tariffario in questione prevede una soglia di traffico dati pari a 30 GB al mese, da fruire sotto esclusiva copertura 3 con un limite massimo di 1 GB giornaliero (Cfr. Box 2, doc. 8). L'eventuale traffico sotto copertura 3, oltre la soglia contrattualmente stabilita, è soggetta ad una specifica tariffazione, meglio descritta nel piano tariffario allegato (Cfr. Box 2, doc. 8). L'offerta non include il traffico dati in Roaming GPRS nazionale che subisce, anche in questo caso, una specifica tariffazione (Cfr. Box 2, doc. 8). Preme inoltre rilevare che l'istante avrebbe potuto monitorare il livello di soglia raggiunto ricorrendo agli strumenti che il Gestore offre a tutta la Clientela, peraltro menzionati in ogni fattura, monitorando sin da subito il traffico in contestazione".* Ha, tra l'altro, precisato che era *"possibile attivare il servizio gratuito "InfoSoglie" tramite il quale viene notificato,*

con un SMS, il prossimo esaurirsi delle soglie previste dai piani tariffari, dai bonus, dalle soglie dei piani dati e dalle soglie dati dei piani voce”.

Inoltre ha rappresentato come, “attesa l'anomalia rispetto al traffico medio prodotto dalla stessa utenza nei periodi precedenti, abbia provveduto tempestivamente alla sospensione, in via cautelativa, dell'utenza de qua non appena resasi conto dell'aumento del traffico dati generato rispetto ai mesi precedenti. Si evidenzia, infatti, che detta sospensione, avvenuta in data 13.08.2015 (doc. 9) è stata preannunciata all'istante tramite SMS ricevuto dal cliente come dallo stesso riferito e documentato (cfr. allegato Formulario GU14, agli atti)”.

In merito alla “sospensione del servizio” l'operatore ha evidenziato “di aver sospeso, in data 13.08.2015, il servizio erogato sull'utenza n. + 39 339-49.63.xxx, peraltro limitatamente al solo traffico in uscita, ex art. 18.4 ma precisa che la sospensione è stata limitata ad una sola giornata. Come infatti si evince dal print di sistema l'utenza è stata inibita al produzione di traffico in data 13.08.2015 ed è stata riabilitata in pari data (doc. 14)”.

Con riferimento al “presunto mancato recapito delle fatture riconducibili alla numerazione + 39 339-49.63.xxx l'operatore ha rappresentato “di aver emesso tutte le fatture riconducibili alla numerazione di cui si discute, provvedendo alla relativa spedizione all'indirizzo, riportato in ciascuna di esse, di "Via Antonio Granisci n. 25 - 51031 Montale (PT)", indicato dall'istante nel relativo contratto alla sezione "Indirizzo di spedizione della fattura" (Cfr. doc. 1). Ricordando che è onere dell'istante comunicare per Iscritto al Gestore "ogni cambiamento dei propri dati identificativi e, in particolare, dei dati relativi alla residenza e/o domicilio (...) ai fini della fatturazione" (Cfr. art. 17.4 Condizioni Generali di contratto - doc. 7), H3G xxx osserva di non aver ricevuto, da parte dell'istante, comunicazioni relative a variazioni dell'indirizzo di spedizione. Per tali ragioni, il Gestore ha continuato ad inoltrare le fatture all'indirizzo sopra riportato. Né, de resto, H3G xxx può essere ritenuta responsabile della mancata consegna di tali fatture, atteso che tale incumbente è posto a carico di altri soggetti. E comunque, si osserva che H3G xxx offre a tutta la sua Clientela la possibilità di sottrarsi a simili problematiche, evitando i costi di spedizione delle fatture cartacee, attraverso l'adesione al servizio "Conto 3 On Line".

Infine l'operatore ha precisato che l'istante risulta debitore “della somma complessiva di € 10,00 dovuta al mancato pagamento della fattura 1582295977, scaduta in data 19.04.2015” e comunque per spirito conciliativo e a componimento della presente vertenza ha proposto “la somma di Euro 50,00 in favore dell'istante e la regolarizzazione della posizione contabile tramite lo storno della somma di Euro 10,00 ancora dovuta al Gestore”.

3. La replica dell'istante.

L'istante, per il tramite dell'Avv. xxx Stefanacci, in data 1° febbraio 2016, ha fatto pervenire una propria memoria di replica, con la quale ha ribattuto quanto sostenuto dall'operatore nella propria memoria, evidenziando che:

- in merito all'eccezione sollevata sull'inammissibilità della richiesta attinente le tasse di concessione governativa, la contestazione è stata “equivocata” dall'operatore, atteso che la stessa fa riferimento alla “circostanza che l'abbonamento da lui sottoscritto prevedeva lo “sconto” della tassa di concessione governativa con ciò evidentemente significando non certo che lo Stato potesse esonerare H3G dal relativo versamento, bensì che H3G accordasse uno sconto pari all'importo della predetta tassa di concessione governativa. Del resto è lo stesso gestore che evidenzia il meccanismo dello “sconto” ossia della “promo no tax”, per poi evidenziare come nel caso del Gacci tale sconto sia stato praticato: a sostegno di tale assunto tuttavia fa riferimento soltanto alle sole tre fatture di cui all'allegato n. 6 e non a tutte le fatture correttamente allegate dal Gacci alla sua istanza che, pacificamente riportano tutte l'addebito della tassa di concessione governativa, con prova per tabulas che la promo no tax non è

stata praticata per la durata di tutto il rapporto contrattuale. Dunque, in rito, la domanda è pienamente ammissibile e, nel merito, dimostrata la fondatezza della pretesa”;

- sull’attivazione della numerazione n. 339 4963xxx, il contratto è stato sottoscritto in data 8 novembre 2011, come dimostra *“la fattura n. 1146265792 relativa alla predetta utenza e tutte le seguenti fatture dimostrative che il rapporto contrattuale ebbe ad iniziare nella data indicata e non in quella voluta da controparte [26 aprile 2013] ”*;

- in merito alla *“ritardata segnalazione”* degli addebiti in relazione all’utenza n. 339 4963xxx, *“gli unici elementi censurati attengono alla fatturazione di elementi che per tabulas, ossia dall’esame del profilo tariffario sottoscritto, non dovevano essere fatturati, come , ad esempio, la “promo no tax” di cui sopra si è detto. La censura, dunque, è infondata in fatto ed in diritto poiché nessuna lesione del diritto di difesa si realizza potendosi gli addebiti mossi essere replicati a mezzo di mero esame dei documenti contabili (fatture) allegate sia al ricorso introduttivo, sia al GU14”*;

- in merito alla *“contestazione relativa al traffico dati con CUBO”* (utenza n. 392 1874xxx), non è corretto considerare l’addebito del traffico come *“traffico dati in extrasoglia”* in quanto detto traffico è stato *“registrato in orario notturno ed in giorni in cui la abitazione era, perché tutti in vacanza, priva di soggetti che potessero anche solo potenzialmente essere utilizzatori del servizio”*; inoltre *“l’assunto di controparte del difetto di diligenza del Gacci nell’esercizio del dovere di custodia ed altresì di difetto di verifica devono essere rigettati perché infondati in fatto ed in diritto, e riscontrati per tabulas dai medesimi documenti allegati al ricorso. Come non infrequente accade, dunque, è da attribuirsi ad un qualsiasi vizio di funzionamento del CUBO, che non è certo onere del consumatore finale dimostrare, non possedendo egli le necessarie competenze tecniche, la richiamata esorbitante registrazione di consumi extrasoglia. Non è del resto conforme a vero la circostanza che l'utilizzo del CUBO (e quindi la sospensione della utenza a cui esso era collegato) sia avvenuta in tal caso in via cautelativa per iniziativa di H3G (!): è stato il Gacci che, recandosi presso un punto H3G ha disattivato il relativo servizio”*.

- in merito alla sospensione dell’utenza n. 339 4963xxx il servizio è stato sospeso dal 13 agosto 2015 e riattivato solo in data 18 agosto 2015, a differenza di quanto sostenuto dall’operatore che afferma che il traffico sia stato sospeso nella sola giornata del 13 agosto 2015; *“risulta, dalla ricevuta del bonifico allegata in atti (doc.3) che il bonifico richiesto a condizione della riattivazione del servizio sia stato effettuato in data 14.8.2015 e che, stante la festività del 15 agosto, la valuta fosse il 18 agosto data in cui, effettivamente, venne riattivata l’utenza. Preme precisare che l’ingiustizia della sospensione della predetta utenza deriva dalla arbitrarietà della sospensione rispetto ai servizi connessi a quella utenza per i quali non vi era e non vi era mai stato alcun inadempimento da parte del Gacci. Egli aveva soltanto chiesto chiarimenti e sospeso il pagamento della parte relativa all’utenza 3921874xxx connessa al traffico dati con il CUBO ed il gestore H3G anziché sospendere quest’ultima, ha sospeso l’altra sapendo di poter avere certamente maggior potere contrattuale (trattandosi di linea telefonica usata anche per traffico voce)”*.

4. 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 via preliminare si osserva che:

- a fronte dell’eccezione formulata dall’operatore nelle memorie autorizzate secondo cui deve la *“richiesta di Euro 5.000,00”* debba considerarsi *“inammissibile e/o improcedibile in quanto maschera, nonostante il nomen juris, una evidente richiesta di risarcimento del danno”*, si osserva che, secondo disposto dall’Autorità in un’ottica di tutela dei contraenti più deboli e di efficienza e ragionevolezza dell’azione (cfr. Linee Guida Agcom, III.1.2 e III.1.3), il contenuto delle singole richieste avanzate

dall'istante non verrà interpretato in maniera letterale, ma secondo il loro significato più logico e pertinente rispetto alla questione da esaminare in considerazione del fatto che - ex art. 19 del Regolamento indennizzi – la pronuncia di definizione è in ogni caso a contenuto vincolato e prevede esclusivamente la possibilità di condannare l'operatore al rimborso o storno di somme non dovute e alla liquidazione d'indennizzi; pertanto, nel caso di specie, la domanda dell'istante verrà interpretata come:

- i) richiesta d'indennizzo per la sospensione amministrativa dell'utenza n. 339 4963xxx;
- ii) l'illegittima fatturazione relativa all'utenza n. 339 3963xxx per la mancata applicazione della "promo no tax";
- iii) l'illegittima fatturazione a titolo di "traffico extrasoglia" relativa all'utenza n. n. 392 1874xxx per traffico dati sconosciuto.

Sulla mancata applicazione dell'opzione tariffaria "promo no tax" sull'utenza n. 339 4963xxx.

L'istante contesta la mancata erogazione, da parte dell'operatore, dello sconto "Promo no Tax", laddove l'operatore ha evidenziato *"a pag. 3 delle fatture (doc. 10), nella sezione "Importi fissi - Addebiti/accreditati", è chiaramente indicato "Accredito Promo No Tax -10,32": ne consegue che l'importo della tassa è stato scontato al cliente in fattura"*.

La doglianza dell'istante è accoglibile nei limiti di seguito indicati.

Agli atti del procedimento risultano prodotte:

- dall'istante a corredo dell'istanza GU14 in maniera non completa (atteso che è allegata solo la prima pagina) le seguenti fatture:

- n. 1335539233 dell'8 maggio 2013 di euro 209,04;
- n. 1337823939 dell'8 luglio 2013 di euro 96,39;
- n. 1340128490 dell'8 settembre 2013 di euro 87,08;
- n. 1342431825 dell'11 novembre 2013 di euro 90,12;
- n. 1431145551 dell'8 gennaio 2014 di euro 103,52;
- n. 1433473372 dell'8 marzo 2014 di euro 88,90;
- n. 1435796651 dell'8 maggio 2014 di euro 87,89;
- n. 1438101781 dell'8 luglio 2014 di euro 32,78;
- n. 1440376725 dell'8 settembre 2014 di euro 91,99;
- n. 1442597399 dell'8 novembre 2014 di euro 118,06.

- dall'operatore le seguenti fatture (complete di tutte le pagine) n. 1535403737 dell'8 maggio 2015, n. 1537467894 dell'8 luglio 2015 e n. n. 1539436858 dell'8 settembre 2015.

Dall'osservazione della documentazione in atti risulta che l'operatore ha applicato lo sconto nelle fatture:

- n. 1335539233 dell'8 maggio 2013 di euro 209,04;
- n. 1337823939 dell'8 luglio 2013 di euro 96,39;
- n. 1340128490 dell'8 settembre 2013 di euro 87,08;
- n. 1342431825 dell'11 novembre 2013 di euro 90,12;
- n. 1431145551 dell'8 gennaio 2014 di euro 103,52;
- n. 1433473372 dell'8 marzo 2014 di euro 88,90;
- n. 1435796651 dell'8 maggio 2014 di euro 87,89;
- n. 1438101781 dell'8 luglio 2014 di euro 32,78;
- n. 1440376725 dell'8 settembre 2014 di euro 91,99;
- n. 1442597399 dell'8 novembre 2014 di euro 118,06;
- n. 1535403737 dell'8 maggio 2015 di euro 164,45;
- n. 1537467894 dell'8 luglio 2015 di euro 403,04.

Di contro non risulta applicato nella fattura n. 1539436858 dell'8 settembre 2015 di euro 443,35; con riferimento alle fatture n. 1531114400 dell'8 gennaio 2015 e n. 1533286937 dell'8 marzo 2015 non è possibile accertare l'applicazione dovuta dello sconto "promo no tax" atteso che nessuna delle parti ha prodotto detta fatturazione in modo completo.

Pertanto l'operatore è tenuto a rimborsare quanto addebitato nella fattura n. 1539436858 dell'8 settembre 2015 a titolo di sconto per "promo no tax" nonché nelle fatture n. 1531114400 dell'8 gennaio 2015 e n. 1533286937 dell'8 marzo 2015, nel caso in cui non sia stato applicato.

Sulla fatturazione di somme per traffico dati non riconosciuto sull'utenza n. 392 1874xxx fatturato come traffico extra soglia.

L'istante disconosce il traffico dati addebitato in quanto, dal dettaglio del traffico, risulta effettuato in un periodo di non utilizzo; viceversa l'operatore ha sostenuto che "il sig. Gacci ha effettuato traffico dati in extrasoglia, non incluso quindi nel plafond fissato nel profilo tariffario "Tre.Dati Plus 2015" cui la numerazione +39 392- 18.74.633 risulta abbinata".

La doglianza è fondata e meritevole di tutela nei termini che seguono.

In via generale, ai fini della definizione della controversia in esame, si rammenta che, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (*ex pluribus*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947) 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). Le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi.

Conformemente a tale orientamento giurisprudenziale, l'Agcom ha più volte ribadito che "è compito del gestore della rete assicurare tutte le misure necessarie, compatibili con l'evoluzione tecnica, atte a tutelare gli utenti da possibili furti di traffico, nonché assicurare un efficace controllo del collegamento in centrale dell'utenza" (Delibera Agcom n. 10/03/CIR) e che "la bolletta telefonica, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria e la società telefonica è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra i dati forniti da esso e quello trascritto nella bolletta" (*ex plurimis* Delibera Agcom n. 10/05/CIR, n. 85/09/CIR, n. 86/09/CIR, n. 23/10/CIR e n. 33/10/CIR).

Ciò premesso si evidenzia come, in caso di contestazione, l'operatore deve fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme fatturate nonché documentare le proprie affermazioni. In caso contrario, quanto addebitato, relativamente al traffico anomalo contestato dall'utente, è da dichiarare come non dovuto; rimane fermo il diritto dell'utente al rimborso/storno.

In relazione alla *res controversa* la società H3G si è limitata a ribadire la correttezza degli addebiti contestati, ma non ha prodotto elementi probatori attestanti la regolarità del traffico addebitato tale da legittimare la pretesa creditoria vantata nei confronti dell'istante; tra l'altro le predette informazioni non risultano fornite neppure a seguito dell'introduzione del tentativo di conciliazione.

Ad abundantiam, nel caso di specie l'istante deposita il dettaglio del traffico per il mese di luglio 2015 (allegato n. 4 al formulario GU14) dalla cui osservazione emergono numerosi casi di identità o di contiguità di orario della connessione, pur tuttavia comportanti addebito plurimi. Infatti, con riferimento alla data del 1° luglio 2015, nel resoconto *de quo* si registrano, innumerevoli connessioni al medesimo orario: alle 00:00 n. 22 connessioni di durata 0h:00m:00s, che, tuttavia, hanno comportato l'addebito complessivo di euro 171,23. Non si comprende come sarebbe stato possibile per l'utente effettuare una simile quantità di connessioni.

In conclusione l'esame del dettaglio del traffico non dimostra la fondatezza della pretesa creditoria dell'operatore, bensì una possibile disfunzione del servizio, non segnalata dall'operatore al titolare dell'utenza che maturava addebiti per ciascuna connessione (*ex plurimis* Delibera Corecom Lazio n. 100/13).

Per quanto sin qui significato, deve ritenersi fondata la richiesta formulata dall'istante e, pertanto, la società H3G è tenuta a stornare (o a rimborsare in caso di avvenuto pagamento) le somme addebitate a titolo di "Gettoni extrasoglia Internet" a partire dalla fattura n. 1535403737 dell'8 maggio 2015, prima fattura emessa dall'operatore dopo la variazione contrattuale sottoscritta in data 14.04.2015 con piano tariffario "Tre Dati Plus 2015" con riferimento all'utenza dati n. 392 1874xxx.

Viceversa non è possibile riconoscere l'erogazione di un indennizzo per l'errata fatturazione. La fattispecie, infatti, non è prevista tra le fattispecie indennizzabili tipiche dell'Allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS; consolidata giurisprudenza dell'Agcom, così come dei Corecom, conferma che l'addebito di somme maturate per traffico extrasoglia non dà luogo di per sé, al diritto all'indennizzo, in quanto deve ritenersi che il disagio patito dall'utente venga sanato, in maniera soddisfattiva, mediante lo storno e/o il rimborso delle somme indebitamente addebitate (*ex plurimis* Delibera Agcom n. 4/16/CIR, Delibera Corecom Umbria n. 20/2016, Delibera Corecom della Toscana n. 4/2017 Delibere Corecom Lazio n. 54/13/CRL e n. 7/15/CRL).

Sulla sospensione amministrativa dell'utenza n. 339 4963xxx.

L'istante ha dedotto l'illegittima sospensione dell'utenza nel periodo 13 agosto 2015 – 18 agosto 2015, laddove l'operatore ha rappresentato "di aver sospeso, in data 13.08.2015, il servizio erogato sull'utenza n. + 39 339-49.63.xxx, peraltro limitatamente al solo traffico in uscita, ex art. 18.4 ma precisa che la sospensione è stata limitata ad una sola giornata. Come infatti si evince dal print di sistema l'utenza è stata inibita al produzione di traffico in data 13.08.2015 ed è stata riabilitata in pari data (doc. 14)".

La doglianza dell'istante è fondata e meritevole di accoglimento nei limiti di seguito esposti.

Sul punto viene in rilievo l'articolo 5, commi 1 e 2, del Regolamento, che prevede:

"1. 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.

2. Ai fini del comma precedente:

a. 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;

b. il ritardato o mancato pagamento non può intendersi come ripetuto se nei sei mesi precedenti la scadenza della fattura in questione i pagamenti sono stati effettuati senza ritardi;

c. si può considerare ritardato unicamente il pagamento avvenuto almeno quindici giorni oltre la scadenza e fatti comunque salvi i casi di ritardo nella emissione o consegna della fattura”.

Nel caso di specie, agli atti del procedimento, risulta che l’operatore abbia sospeso il servizio a partire dal 13 agosto 2015 per la sola giornata, mentre l’istante ha replicato che il servizio riattivato solo in data 18 agosto 2015 e solo a seguito della ricevuta del pagamento producendo copia del “*bonifico richiesto a condizione della riattivazione*”. L’operatore, sul punto, non ha controreplicato e dimostrato di aver erogato il servizio nel periodo 13 – 18 agosto 2015. Dunque, l’operatore, dagli atti del procedimento, non risulta che abbia fornito adeguata prova di aver effettuato alcuna efficace comunicazione del preavviso previsto dall’art. 5, comma 1, del Regolamento, in quanto il preavviso è stato inviato per attestare la sospensione su un’utenza per altro non oggetto di morosità.

E’ da evidenziarsi, al riguardo, che la sospensione amministrativa del servizio lamentata dall’istante, quand’anche si ritenga che l’utente fosse tenuto al pagamento parziale delle fatture contestate (come previsto dall’art. 4 dell’Allegato A alla delibera n. 664/06/CONS, in vigore ai tempi della controversia), è da ritenersi illegittima tenuto conto che, come si è sopra evidenziato, non è stata oggetto di un valido preavviso da parte dell’operatore.

Per il calcolo dell’indennizzo viene in rilievo l’art. 4, comma 1, del Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, approvato con Delibera n. 73/11/CONS, il quale prevede che “*nel caso di sospensione o cessazione amministrativa di uno o più servizi avvenuta senza che ve ne fossero i presupposti, ovvero in assenza del previsto preavviso, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 7,50 per ogni giorno di sospensione*”. Ne discende che l’istante, per i 5 giorni di sospensione del servizio sull’utenza *de qua*, giorni decorrenti dal 13 agosto 2015 (data in cui l’operatore ha sospeso il servizio, in difetto di preavviso) al 18 agosto 2015 (data in cui l’operatore ha riattivato il contratto) ha diritto alla corresponsione di un indennizzo pari a euro 37,50 (euro 7,50 x n. 5 giorni).

L’istante ha altresì diritto allo storno (o al rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato nel periodo della sospensione (13 agosto 2015 – 18 agosto 2015), oltre al ritiro, a cura e spese dell’operatore, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta per l’insoluto.

Infine, si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell’istante, ai sensi dell’art. 19, comma 6, del Regolamento, la somma forfettaria di euro 50,00 a titolo di spese di procedura.

VISTI la relazione istruttoria redatta dalla Dott.ssa Francesca Sarti Fantoni, responsabile del procedimento e lo schema di decisione predisposto dal Dirigente Dott. Luciano Moretti, ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

UDITA l’illustrazione del Dirigente, Dott. Luciano Moretti, svolta su proposta del Presidente nella seduta del 29 novembre 2017;

DELIBERA

in parziale accoglimento dell’istanza avanzata in data 21 dicembre 2015 dal Sig. xxx Gacci nei confronti di Wind Tre xxx (già H3G xxx), che l’operatore provveda:

- 1) a corrispondere all'istante, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:
- a) euro 37,50 a titolo di indennizzo per la sospensione dell'utenza n. 339 4963xxx;
 - b) euro 50,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e della Delibera Agcom n. 276/13/CONS;
- 2) a regolarizzare la posizione amministrativa dell'istante mediante:
- a) lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato a titolo di "Gettoni extrasoglia Internet" a partire dalla fattura n. 1535403737 dell'8 maggio 2015, prima fattura emessa dall'operatore dopo la variazione contrattuale sottoscritta in data 14.04.2015 con piano tariffario "Tre Dati Plus 2015" con riferimento all'utenza dati n. 392 1874xxx;
 - b) il rimborso di quanto fatturato a titolo di sconto "promo no tax" nella fattura n. 1539436858 dell'8 settembre 2015 nonché nelle fatture n. 1531114400 dell'8 gennaio 2015 e n. 1533286937 dell'8 marzo 2015, nel caso in cui non sia stato applicato detto sconto;
 - c) lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) della fatturazione relativa al periodo della sospensione (13 agosto 2015 – 18 agosto 2015).

Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o rimborso di cui ai precedenti punti 1) lettera a) e 2) lettere a), b) e c) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

E' 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
Luciano Moretti

Il Presidente
Enzo Brogi