

DETERMINA Fascicolo n. GU14/110826/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXXXXX S. - Wind Tre (Very Mobile) IL****RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

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”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

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 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS; VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018; VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com); VISTA la delibera n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, di seguito “Regolamento Indennizzi”;

VISTA l’istanza dell’utente XXXXXXXX S. , del 12/04/2019 acquisita con protocollo n. 0164100 del 12/04/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell'istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante, in relazione alla propria utenza telefonica mobile (n. 3313xxx), ha lamentato nei confronti di Wind Tre Spa (di seguito, per brevità “Wind Tre” o “operatore” o “gestore”), per il periodo intercorrente tra il 1° ottobre 2010 ed il 13 dicembre 2016, la fatturazione di traffico anomalo/non riconosciuto e l’attivazione di servizi mai richiesti per complessivi € 1.253,54. Nonostante i numerosi reclami telefonici, l’istante inviava un reclamo scritto in data 5 gennaio 2017, a cui l’operatore non faceva seguire alcun riscontro. In conseguenza di quanto sopra, l’istante richiedeva, oltre al rimborso degli importi illegittimamente fatturati, il riconoscimento

degli indennizzi previsti ai sensi dell'art. 9 dell'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS (Attivazione servizi non richiesti) da calcolarsi dalla data di attivazione dei servizi fino all'effettiva disattivazione (indennizzo calcolato forfettariamente in 2265 giorni x 2,5 euro totale: 4.530 €). Richiedeva, inoltre, l'indennizzo di € 300,00 per la mancata risposta al reclamo del 9 gennaio 2017 ed, infine, il riconoscimento di € 200,00 per rimborso spese di procedura. Quantificava i rimborsi/indennizzi richiesti in € 6.283,54, in ragione dei seguenti disservizi segnalati: - addebito per traffico non riconosciuto; - attivazione profilo tariffario non richiesto; - attivazione servizi non richiesti; - mancata/tardiva risposta a reclami; - applicazione di condizioni contrattuali diverse da quelle prospettate/pattuite.

Wind Tre, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata, rilevando, in via preliminare, l'inammissibilità e/o l'improcedibilità dell'istanza avversaria di ristoro delle spese di procedura in quanto non demandabili all'Autorità adita ai sensi dell'art. 20, comma 4, della Delibera n. 203/18/CONS. In rito, ha lamentato l'assoluta genericità e indeterminatezza delle domande avversarie relativamente ai fatti in questione, in quanto l'istante non ha indicato con esattezza gli addebiti contestati, nonché l'assenza di elementi di prova a fondamento delle domande medesime in spregio a quanto disposto dall'art. 14, comma 3, Delibera n. 173/07/CONS. Nel merito, Wind Tre precisava di aver tariffato tutto il traffico generato dall'utenza de qua, secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dai relativi piani tariffari prescelti nel tempo dall'istante. L'operatore, poi, ripercorreva la cronistoria del rapporto contrattuale, come segue: - in data 11.01.2011, veniva attivata l'utenza n. +39331xxxx, con piano abbonamento Power 800, sim sciolta; - in data 20.05.2013, l'istante effettuava il cambio piano verso Top Infinito, sim sciolta; - in data 24.10.2015, l'istante effettuava un cambio piano/offerta verso vendita a rate _ Top Infinito Plus _ iPhone 6S vincolo contrattuale di 30 mesi, scadenza 23/04/2018; - in data 09.01.2017 e 10.01.2017, l'istante inviava lo stesso fax con il quale reclamava le fatture emesse e veniva fornito riscontro in data 14/01/2017 (della cui evidenza veniva fornito uno screenshot nel corpo della memoria). L'operatore, inoltre, rilevava che l'istante non aveva mai inviato reclami scritti per contestare gli importi degli addebiti effettuati dal gestore, se non per la prima volta nel gennaio 2017, il che ha compromesso l'avvio di opportune verifiche ed ha precluso di fornire all'utente le delucidazioni del caso. A parere della difesa del gestore, ciò rappresentava un chiaro caso di concorso del fatto colposo del creditore, le cui conseguenze sono tali da far venire meno il diritto al rimborso di tali importi, come espresso dalle Linee guida di cui alla delibera n. 276/13/CONS. L'istanza di conciliazione veniva considerata come la prima contestazione scritta in tal senso, non avendo il gestore ricevuto in precedenza alcuna segnalazione simile. Segnalava la difesa dell'operatore che, in ragione dell'art. 123, comma 2, D. Lgs. n. 196/2003 (Codice della Privacy), "il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi". Poi, ai sensi dell'art. 25 delle Condizioni Generali di Contratto: "25.3 – I reclami relativi alla fatturazione ed al pagamento potranno essere inoltrati da parte del Cliente a "3", a propria scelta, contattando telefonicamente il Customer Care, via e-mail o mediante lettera raccomandata a.r. o posta ordinaria e fax entro 90 (novanta) giorni dalla data di emissione della fattura in contestazione, salvo i casi di ritardo nel recapito della fattura opponibili validamente dal Cliente. Se il Cliente reclama entro la data di scadenza della fattura, "3" si riserva la possibilità di sospendere il pagamento in attesa di verificare la fondatezza del reclamo. Qualora non sia riscontrata la fondatezza del reclamo, "3" comunicherà al Cliente, per iscritto, le motivazioni del rigetto, indicando gli accertamenti compiuti. Ove non abbia già provveduto, il Cliente dovrà pagare entro 10 (dieci) giorni dalla ricezione della comunicazione di rigetto del reclamo. "3" addebiterà al Cliente quanto dovuto a titolo di indennità di mora a far data dalla scadenza della fattura contestata dal Cliente; il suddetto importo verrà addebitato al Cliente nel primo conto utile, trascorsi inutilmente i predetti 10 (dieci) giorni verranno avviate le normali procedure di recupero crediti. Se il Cliente reclama dopo la data di scadenza della fattura sarà tenuto a pagare il relativo importo per intero, fermo restando che potrà reclamare comunque entro i predetti 90 (novanta) giorni dalla data di emissione della stessa. L'esito del reclamo sarà comunicato al Cliente, per iscritto, al massimo entro 45 (quarantacinque) giorni dal momento in cui il reclamo è pervenuto. Se l'esame del reclamo richiede un tempo maggiore, "3" informerà il Cliente, sempre entro 45 (quarantacinque) giorni, dei tempi necessari per la risposta". Il piano tariffario denominato "Top Infinito plus", poi, non prevedeva soglie per chiamate, SMS o traffico effettuato e/o ricevuto all'estero, né chiamate verso numerazioni speciali. Tutti i servizi non inclusi nell'offerta erano stati pertanto oggetto di specifica ed autonoma tariffazione. Venivano riportati nel corpo della memoria dell'operatore gli addebiti effettuati sull'utenza de qua nei sei mesi precedenti il reclamo del 09.01.2017. Wind Tre si rendeva disponibile

a fornire le fatture di riferimento in caso di necessità. Relativamente ai servizi a sovrapprezzo veniva precisato che le voci di traffico per servizi a pagamento venivano indicate in fattura sotto la voce “Pagine Portale 3” e “Contenuti Portale 3”. I “Contenuti Portale 3” sono quelli scaricati o fruiti dal Portale 3; la tariffazione è tariffata ad unità in base al numero e alla tipologia di contenuti scaricati. Tali servizi sono erogati in abbonamento e consistono in contenuti scaricabili la cui attivazione poteva avvenire solo da parte dell’utente sia da “Portale 3”, sia da siti internet mobili esterni (m-site). Relativamente, infine, al traffico dati extra soglia, si rammentava come nel caso di specie, l’odierno istante non avesse mai optato per una diversa soglia di “sicurezza” del traffico dati, ragion per cui Wind Tre S.p.A. ha correttamente mantenuto la soglia preimpostata, che, infatti, non è mai stata superata. Si osservava come l’istante non avesse mai attivato sulla sim oggetto di contestazione, tramite l’Area Clienti 3 o contattando il numero 4077, il servizio gratuito “SMS Infosoglie” (cfr. doc. 3 del fascicolo della convenuta – servizio infosoglie). Infine, veniva riferito che l’istante risultava essere debitore nei confronti di Wind Tre della somma complessiva di € 2,92. Concludeva, richiedendo, nel merito, il rigetto di tutte le domande proposte dall’istante, perché del tutto infondate in fatto ed in diritto; e, in subordine, ex art. 1241 c.c. e ss., chiedendo di operare un’eventuale compensazione tra le relative poste debito/credito, per le somme insolute indicate, in quanto credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile.

Va preliminarmente analizzata l’eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità sollevata dall’operatore, per valutare se l’istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall’art. 14 del Regolamento. L’eccezione preliminare riferita alla inammissibilità della domanda sul rimborso delle spese di procedura ex art. 20, commi 4 e 5, Allegato A alla delibera n. 353/19/CON, deve ritenersi infondata e, pertanto, rigettata perché la possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l’espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall’art. 20, comma 6, della citata delibera, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto “del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”. L’istanza, dunque, soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall’art. 14 del Regolamento ed è, pertanto, proponibile. Sull’errato addebito di traffico anomalo. L’istante ha contestato la fatturazione sulla propria utenza mobile per traffico anomalo, nel periodo intercorrente tra il 1° ottobre 2010 al 13 dicembre 2016, laddove invece l’operatore ha precisato “di aver tariffato tutto il traffico generato dalle utenze de quibus secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dai relativi piani tariffari via via prescelti dall’istante nel corso del rapporto contrattuale”. La domanda è parzialmente meritevole di accoglimento per le ragioni di seguito esposte. L’istante ha reclamato solo a gennaio 2017 addebiti assunti come illegittimi e risalenti al 2010. Si precisa, infatti, che nella procedura di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell’onere della prova fra le parti applicabili al rito ordinario. In particolare, sul punto, si richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass. Sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936), secondo il quale, “il creditore che agisce per l’adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, dovendo il debitore convenuto fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall’avvenuto adempimento”. Si richiama altresì, l’orientamento costante dell’Autorità Garante per le Comunicazioni, in materia di onere della prova, secondo cui, “l’istante è tenuto ad adempiere quanto meno all’obbligo di dedurre, con un minimo grado di precisione, quali siano i fatti e i motivi alla base delle richieste, allegando la relativa documentazione” e pertanto “la domanda dell’utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l’onere probatorio su di lui incombente” (ex multis, Delibere Agcom nn. 70/12 e n. 91/15/CIR e 68/16/CIR). Le fatture in questione non sono state contestate tempestivamente, bensì ben oltre il termine di 90 giorni dalla data di emissione di ogni singola fattura, così come previsto dall’art. 25, comma 2, Condizioni Generali di Contratto. Partendo, quindi, dal 9.1.2017, data del primo reclamo su detti addebiti da parte dell’istante, le fatture contestate tempestivamente sono quelle emesse conteggiando a ritroso i 90 giorni dal 9.1.2017). Sono da rimborsare, pertanto, nella fattura di dicembre 2016-gennaio 2017 € 20,47 a titolo di “traffico non incluso nell’offerta”. In quella di ottobre -novembre 2016 non si riscontrano addebiti non dovuti. La domanda dell’istante di indennizzo per attivazione servizi non richiesti non può essere accolta in quanto, per risalente e costante giurisprudenza dell’Autorità, l’extra-fatturazione non dà diritto ad autonomo indennizzo bensì solo al rimborso delle somme extra fatturate. Non solo. Quanto alle voci “Portale3” si rileva che trattasi: a) di servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del Regolamento indennizzi; b) di servizi forniti da soggetti terzi rispetto all’operatore di comunicazione elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l’utente ed il fornitore del servizio; c) di servizi in relazione ai quali il rapporto contrattuale con l’operatore, che costituisce fondamento per il riconoscimento dell’indennizzo e del corrispondente meccanismo di liquidazione, attiene solo alla fase dell’addebito, e non

a quello della attivazione in senso stretto. Quanto al reclamo, nella fattispecie è lecito ritenere che l'utente non abbia subito alcun disagio dalla fatturazione extra lamentata atteso che, si ribadisce, sorto nel 2010, il disservizio è stato lamentato nel 2017 a ben sette anni dalla prima presunta fatturazione illegittima rendendo la durata prolungata del disservizio dipendente anche dall'inerzia dell'istante, il quale, con il suo comportamento, ha contribuito a prolungare il periodo del disservizio. A tal fine si richiama il disposto dell'art. 1227 cod. civ. La pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 24406 del 21 novembre 2011, ha evidenziato come anche un comportamento del creditore-danneggiato, caratterizzato da "colpa generica", sia in grado di produrre concorso di colpa del medesimo. La sentenza citata testualmente afferma che "stante la genericità dell'art. 1227, c. I, c.c. sul punto, la colpa sussiste non solo in ipotesi di violazione da parte del creditore-danneggiato di un obbligo giuridico, ma anche nella violazione della norma comportamentale di diligenza, sotto il profilo della colpa generica". Occorre, pertanto, ai fini dell'applicabilità del 1° c. art. 1227 un contributo attivo del creditore nel fatto colposo del danneggiante, tale da assumere il valore di concausa nella determinazione dell'evento. Alla luce del comportamento assunto nella fattispecie dal creditore (che, pur avendo a disposizione diversi strumenti gratuiti per la verifica del traffico fatturato ha lamentato il disservizio dopo sette anni) si ritiene trovi applicazione il principio, espressamente richiamato al paragrafo III.5.3. delle Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, approvate con delibera n. 276/13/CONS dell'11 aprile 2013, secondo cui "per la liquidazione degli indennizzi, si deve fare attenzione alla possibile applicazione di alcuni principi generali stabiliti dall'ordinamento, come, appunto, quello di cui all'art. 1227 Cod. civ. sul concorso del fatto colposo del creditore. In altre parole, se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto." Pertanto, atteso che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questa Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'articolo 84 del codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità, si ritiene di applicare l'art. 1227 cc per la mancata risposta al reclamo si ritiene di riconoscere l'importo di € 75,00.

DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 12/04/2019, è tenuta a pagare in favore dell'istante la somma di 20,47 quale extra-fatturazione nonché la somma € 75,00 (75/00), oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo, a titolo di indennizzo per mancata risposta a reclamo.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura o suo delegato
franca cardinali