



CONSIGLIO
REGIONALE
DEL LAZIO

DETERMINAZIONE N. 432 del 29/04/2019

Servizio Tecnico, Organismi di controllo e garanzia

Struttura proponente: Struttura amministrativa di supporto al Co.Re.Com. Lazio

OGGETTO: Definizione della Controversia U. Falco/WINDTRE XXX (già H3G spa)(SpA) (Lazio/D/1155/2017)

Con impegno contabile

Senza impegno contabile

L'estensore
Dott.ssa Raffaela Anello

**Il Responsabile
del procedimento**

Il Direttore
Ing. Vincenzo Ialongo

Funzione Direzionale di Staff - Bilancio, Ragioneria.

Data di ricezione: _____

Protocollo N° _____

ANNO FINANZ.	CAPITOLO	C/R/P	IMPEGNO			STANZIAMENTO BILANCIO	DISPONIBILITÀ RESIDUA	IL DIRIGENTE
			NUMERO	DATA	IMPORTO			

Data registrazione impegno di spesa _____

Si attesta la regolarità contabile del presente atto e la copertura finanziaria dello stesso.

**Il dirigente della struttura
competente in materia
di bilancio e ragioneria**

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

U. FALCO/WIND TRE XXX.

(LAZIO/D/1155/2017)

Registro Corecom n. 20

IL DIRETTORE

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 ed 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. 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 la Deliberazione n. 1 del 9 gennaio 2019 "Riorganizzazione delle strutture amministrative del Consiglio regionale. Modifiche al Regolamento di organizzazione"

VISTA la Determinazione del Segretario Generale n. 54 del 22 gennaio 2019 "Istituzione delle Aree e degli Uffici presso il Consiglio regionale. Revoca della determinazione n. 777 del 30 ottobre 2018"

VISTO il Decreto del Presidente del Consiglio regionale del Lazio 1 febbraio 2019, n. 1 con il quale, previa deliberazione dell’Ufficio di Presidenza 31 gennaio 2019 n. 22, è stato conferito all’Ing. Vincenzo Ialongo, ai sensi dell’articolo 38, comma 3, della l.r. 6/2002 e successive modifiche, l’incarico di Direttore del Servizio “Tecnico, Organismi di controllo e garanzia”;

VISTA l’istanza dell’utente U. Falco del 27 dicembre 2017;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

L'utente con l'istanza depositata ha lamentato nei confronti di H3G Spa (ora "Wind Tre Spa" e di seguito solo "Tre"), in relazione a due utenze mobili l'indebita fatturazione, fin dalla fattura dell'8.12.2014, di somme per servizi non richiesti e costi e oneri di incasso.

Nell'istanza di definizione e nella memoria difensiva, l'utente ha specificato che il gestore avrebbe:

- proceduto ad una doppia fatturazione con riferimento alle fatture indicate;
- nella fattura indicata avrebbe erroneamente calcolato la Tassa di Concessione Governativa;
- in tutte le fatture avrebbe preteso "costi e oneri di incasso" non dovuti;
- nelle fatture sarebbero presenti servizi a pagamento non richiesti;
- in alcune fatture sarebbero presenti gettoni extrasoglia internet non dovuti.

Su quanto assunto ha chiesto:

- Rimborso di € 670,00;
- Indennizzo di € 660,00 per attivazione servizi non richiesti;
- € 1825,00 a titolo di indennizzi da ottobre 2016 nonostante espresso blocco;
- € 600,00 per 5 reclami.

2. La posizione dell'operatore.

Tre con la memoria difensiva ha dedotto:

- Quanto alla doppia fatturazione che la stessa si riferiva alla disattivazione di un'utenza ed all'attivazione di una nuova senza che tra le due ci fosse una sovrapposizione di periodi (circostanza ammessa dall'utente nella memoria di replica);
- quanto ai "costi e oneri di incasso" ha invocato l'art. 1826 cc che espressamente li legittima;
- quanto all'attivazione di "servizi non richiesti" che in realtà si tratterebbe di "contenuti digitali Portale 3" forniti da soggetti terzi richiamando la pronuncia Agcom (Det. n. 49/15/DIT), che nega l'accoglimento della pretesa agli indennizzi per tale fattispecie, in quanto trattasi di fatturazione indebita e, in quanto tale, debba essere soddisfatta attraverso il rimborso e/o storno degli addebiti contestati;
- quanto ai "gettoni extrasoglia internet" che gli stessi sarebbero stati fatturati nei limiti di soglia stabiliti dalla Delibera AGCOM 326/10/CONS;
- Invocava, poi, le disposizioni di cui all'art. 123, commi 1 e 2, d.lgs 196/2003, alla luce del quale può essere eventualmente valutato e preso in considerazione, solo il traffico risalente ai sei mesi antecedenti la contestazione e non oltre.

Ha concluso per il rigetto dell'istanza.

3. Motivazione della decisione.

L'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Preliminarmente si dichiara l'improcedibilità della domanda relativa alla Tassa di Concessione Governativa in quanto sottratta alla cognizione del procedimento ex articolo 2, comma 3 della delibera n. 173/07/CONS.

3.1 Sul rimborso della somme extra

L'istante contesta gli addebiti presenti nelle fatture emesse dal mese di dicembre 2014 al mese di luglio 2017 per servizi a pagamento.

Con riferimento alla richiesta di rimborso di somme imputabili a servizi 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.

Delineato il quadro normativo applicabile al caso in esame, Tre non ha provato nulla sulla volontarietà dell'attivazione dei servizi a sovrapprezzo oggetto di doglianza, ovvero di aver acquisito il consenso espresso dell'utente, limitandosi invece alla mera descrizione dei servizi erogati tramite il proprio portale, tra cui quello oggetto di contestazione, invocando altresì la chiarezza dei servizi offerti e delle relative tariffe, nonché i meccanismi di conclusione del contratto che avverrebbero 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 provare di avere acquisito la volontà inequivoca ed espressa del cliente di attivare il servizio contestato, prova 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 dei servizi in questione da parte dell'istante.

Accertata quindi la responsabilità del gestore per l'attivazione indebita di servizi a sovrapprezzo, l'utente ha il diritto, ai sensi della normativa sopra citata, al rimborso delle somme illegittimamente fatturate e prelevate.

Tuttavia non è possibile accogliere integralmente la domanda, in quanto i periodi di fatturazione che possono essere oggetto di disamina in questa sede, sono limitati da 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 tal senso è accoglibile l'eccezione di Tre relativa all'impossibilità di esibire i dati di traffico telefonico oltre il semestre antecedente la contestazione della singola fattura. Al riguardo, l'art. 123, comma 1 del Decreto citato 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 scritta, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre 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 avverso la fattura.

Dai documenti agli atti emerge che l'utente, con reclamo del 28.9.2016, ha contestato le fatture n.1533118634 di febbraio 2016; n. 1535217778 di aprile 2015; n.1537266597 di giugno 2015; n. 1539222842 di agosto 2015. Le fatture reclamate, alla luce della normativa sopra richiamata, non possono essere oggetto di rimborso perché di gran lunga antecedenti il termine di sei mesi dalla data di emissione.

Analoghe considerazione valgono per il reclamo del 30.9.2016, relativo alla fattura n. 1632542238 dell'8.2.2016, per quello del 5.10.2016 afferente la fattura n. 1632542238 di febbraio 2016 e per quello del 13.10.2016 relativo alla fattura n. 1635789751 dell'8 luglio 2016.

Pertanto risultano esaminabili sotto il profilo degli addebiti di servizi a sovrapprezzo unicamente le fatture n. 1634197704 emessa l'8.4.2016, reclamata in data 10.10.2016 e la n. 1635789751 dell'8.6.2015 reclamata in data 13.10.2016.

Nello specifico l'operatore è tenuto a stornare/rimborsare le seguenti somme:

1) dalla fattura n. 1634197704 gli importi relativi alle voci “Contenuti e Servizi di Tre Italia e suoi partner”, per un totale di € 28,64 + iva;

2) dalla fattura n. 1635789751 gli importi relativi alle voci “Contenuti e Servizi di Tre Italia e suoi partner”, per un totale di € 42,45 + iva;

Non può invece essere accolta, conformemente all'orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (tra cui la Delibera 29/17/CIR), la richiesta dell'istante di liquidazione dell'indennizzo per attivazione di servizi non richiesti, tenuto conto che quanto ai servizi digitali deve rammentarsi 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 dell'attivazione in senso stretto.

Quanto al 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, commi 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”.

Ebbene, quanto al traffico extrasoglia effettuato nel periodo esaminabile, atteso che dalle due fatture dichiarate esaminabili si evince il superamento 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.

Spetta, pertanto, sulla fattura n. 1634197704 il rimborso/storno della somma di € 5,00 + iva e sulla fattura n. 1635789751 il rimborso/storno della somma di € 5,00 + iva.

3.2 Sull'indennizzo da mancata risposta al reclamo

L'utente ha chiesto, pure, l'indennizzo da mancata risposta ai reclami presentati.

Proprio dalla documentazione prodotta dall'istante si evince che il gestore ha riscontrato tutti i reclami presentati.

Si ritiene, pertanto, di non riconoscere alcun indennizzo a tale titolo.

4. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, delle difese svolte, del modico valore della controversia si ritiene equo compensare le spese tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di € 500,00

DETERMINA

1. di accogliere parzialmente l'istanza del sig. U. Falco nei confronti di Wind Tre XXX.
2. che la Wind Tre XXX è tenuta a stornare/rimborsare le seguenti somme:
 - 1) dalla fattura n. 1634197704 gli importi relativi alle voci “Contenuti e Servizi di Tre Italia e suoi partner”, per un totale di € 28,64 + iva nonché, a titolo di gettoni extrasoglia internet, la somma di € 5,00 + iva;
 - 2) dalla fattura n. 1635789751 gli importi relativi alle voci “Contenuti e Servizi di Tre Italia e suoi partner”, per un totale di € 42,45 + iva nonché, a titolo di gettoni extrasoglia internet, la somma di € 5,00 + iva;
3. 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.
4. che 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. che è fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. che 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 (www.corecomlazio.it) e dell'Autorità (www.agcom.it).

Il Direttore

Ing. Vincenzo Ialongo