

Verbale n. 13

Adunanza dell'8 settembre 2017

L'anno duemiladiciassette, il giorno otto del mese di settembre, alle ore 9.30 in Torino presso la sede del Corecom, piazza Solferino n. 22, nell'apposita sala delle adunanze, si è riunito il Comitato con l'intervento di Alessandro DE CILLIS, Presidente, Gianluca Martino NARGISO, Vicepresidente, Vittorio DEL MONTE, Commissario e con l'assistenza della Signora Pina Rosa Serrenti nella funzione di Segretario verbalizzante.

Delibera n. 63 – 2017

Oggetto: Definizione della controversia GU14 323/216 – XXX S.r.l. / WIND TRE S.p.A. (già H3G S.p.A.).

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

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;

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*;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., *Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni*;

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, *Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS e s.m.i., recante il *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito, Regolamento);

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 Assemblies 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, il Consiglio regionale del

Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte in data 17 settembre 2012, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 276/13/CONS, *Approvazione delle linee guida relative alla attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*;

VISTA l'istanza GU14 1.11.12.5/323/2016 con cui XXX, s.r.l., in persona del legale rappresentante, chiedeva l'intervento del Comitato regionale per le comunicazioni (di seguito, per brevità, Corecom) per la definizione della controversia in essere con Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A., di seguito, H3G), ai sensi dell'art. 14 del Regolamento;

VISTA la nota con cui il Corecom comunicava alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della predetta controversia, fissando i termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTE le memorie difensive presentate dal gestore e le repliche dell'istante;

UDITE le parti nell'udienza del di discussione;

VISTI gli atti relativi all'espletato tentativo obbligatorio di conciliazione;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario avv. Vittorio Del Monte;

CONSIDERATO

quanto segue:

1. Oggetto della controversia.

L'istante, nella propria istanza introduttiva, in riferimento alle utenze relative al codice cliente 14286780 rappresenta:

- che a decorrere dalla fattura del 8/5/2015 sono stati addebitati servizi a contenuto non richiesti per un totale di € 350,00;

- che a partire dalla seconda fattura (1475331841) viene addebitato il servizio Kasko per € 10,00/mese oltre IVA;

che come si evince dal contratto tale servizio non è stato richiesto e che la copia contrattuale in possesso dell'operatore è difforme da quella rilasciata.

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

- 1) il rimborso integrale dei costi sostenuti per servizi a contenuto pari a € 350,00;
- 2) il rimborso come da art. 8 e art. 12 della delibera 73/11/CONS per € 2.125,00;
- 3) il rimborso di € 292,80 l'errata applicazione della Kasko;
- 4) il rimborso di € 300,00 per gestione pratica.

L'operatore, nella memoria difensiva, in sintesi rappresenta:

- che l'operatore ha fatturato tutto il traffico generato secondo quanto pattuito contrattualmente e secondo i costi previsti dai piani tariffari per cui il traffico tariffato in extrasoglia e non incluso nell'offerta è stato tariffato secondo i costi previsti dai citati piani tariffari;
- che il cliente ha sempre la possibilità di monitorare il traffico effettuato attraverso numeri gratuiti o accedendo all'Area clienti del sito nonché di attivare il servizio gratuito "Sms Infosoglie" che consente di ricevere le notifiche in prossimità dell'esaurimento delle soglie previste dalle opzioni tariffarie;
- che le voci addebitate per "Pagine Portale 3" e per "Contenuti Portale 3" si riferiscono a servizi erogati in abbonamento e consistono in contenuti scaricabili la cui attivazione può avvenire solo da parte dell'utente sia da "Portale 3" sia da siti internet mobile esterni;
- che detti contenuti sono erogati dal *provider* con il quale H3G ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori;
- che il rapporto tra H3G e questi *provider* garantisce controlli stringenti e prevede che vengano inviati settimanalmente sms gratuiti di *caring* con lo stato di attivazione del servizio e le modalità di disattivazione dei contenuti acquistati in modo che il cliente possa sempre conoscere dell'attivazione in corso e intervenire nella disattivazione;
- che a fronte della ricezione dei predetti sms non risulta che l'abbia mai provveduto a inviare alcun reclamo scritto se non con il deposito dell'istanza di conciliazione risultando pertanto la contestazione tardiva in quanto formulata oltre il termine di 90 giorni dalla data di emissione di ogni singola fattura, così come previsto dall'art. 25, comma 2 delle c.g.c. e risultando quindi le fatture accettate;
- che, in subordine, si richiama l'art. 123, comma 2 del D. Lgs. 196/2003 (Codice della privacy) che vieta di conservare i dati di traffico oltre i sei mesi per cui, qualora dovesse essere riconosciuto il diritto dell'istante alla ripetizione delle somme versate per quanto oggetto di contestazione, ci si potrà riferire unicamente alle fatture emesse nei sei mesi anteriori all'istanza di conciliazione;
- che il servizio Kasko era previsto nell'offerta commerciale cui XXX aveva aderito per le numerazioni XXX e XXX, entrambe attivate in data 26/3/2014 e abbinata al profilo tariffario "inTREnet.data3" (pacchetto "Internet M");
- che le condizioni generali di contratto prevedono a partire dalla seconda fattura il pacchetto "Internet M" al costo mensile di € 19,00 oltre IVA includente una chiavetta Internet, il piano tariffario "inTREnet.data3", "l'opzione B.fast S" e il canone di assistenza tecnica Kasko mini da 5,00 €;
- che in virtù di una promozione la società istante beneficiava di uno sconto in fattura denominato "Sconto internet business" pari a € 10,00/mese per ogni utenza dati che andava a incidere sul costo mensile di ciascuna SIM dati rideterminandolo nell'importo complessivo di € 9,00 oltre IVA.

Sulla base di tale rappresentazione, l'operatore chiede il rigetto delle domande avversarie.

L'istante, nelle memorie di replica, in sintesi rappresenta:

- che i riferimenti ai piani tariffari e ai costi extrasoglia fatti dall'operatore e la relativa documentazione sono superflui in quanto non oggetto di controversia che riguarda l'attivazione di servizi a contenuto e l'opzione Kasko mai richiesti e indebitamente attivati;
- di non aver mai ricevuto gli sms di *caring* settimanali del cui invio, peraltro, l'operatore non fornisce prova;
- che all'udienza di conciliazione le copie contrattuali erano difformi.

2. Risultanze istruttorie e valutazioni in ordine al caso in esame

A) Sul rito

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento.

B) Nel merito

B.2 Sull'addebito di servizi a contenuto non richiesti

L'utente lamenta l'addebito di servizi a contenuto e ne chiede il rimborso, oltre l'indennizzo (qualificato dall'istante come rimborso) per attivazione di servizi non richiesti ex art. 8 del Regolamento Indennizzi.

L'operatore esclude la propria responsabilità, dichiarando che i servizi a sovrapprezzo addebitati sarebbero stati attivati dall'utente.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato.

Sul punto si evidenzia che il D. M. 2 marzo 2006, n. 145, "Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo", all'art. 12 dispone che "le informazioni o prestazioni dei servizi a sovrapprezzo sono precedute, indipendentemente dalla durata del servizio, da un messaggio di presentazione, chiaro ed esplicito" e all'art. 13 che "il servizio a sovrapprezzo è erogato solo dopo l'esplicita accettazione da parte dell'utente finale".

Inoltre, l'art. 3 della delibera 664/06/CONS testualmente prevede che "ai sensi dell'art. 57 del Codice del consumo, è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente".

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass. 9 febbraio 2004, n. 2387; Cass. 26 gennaio 2007 n. 1743; Cass. 19 aprile 2007, n. 9351; Cass. 11 novembre 2008, n. 26953; Cass. 3 luglio 2009, n. 15677 e Cass. 20 gennaio 2010, n. 936), secondo il quale il creditore (nella fattispecie, l'istante) 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 e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto (ossia l'operatore) a dover fornire la prova del

fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Spettava dunque all'operatore provare che l'utente avesse effettivamente richiesto e sottoscritto il servizio attivato, prova che non è stata fornita da H3G.

Si evidenzia che, ai sensi di quanto prescritto dalla delibera 664/06/CONS già richiamata, in presenza di contestazioni concernenti l'attivazione di servizi non richiesti l'operatore deve provare di avere ottemperato agli oneri di cui all'art. 2, commi 5, 6 e 7.

Ebbene, nel caso oggetto di disamina, H3G non ha fornito alcun documento da cui risulti l'esistenza di una manifestazione di volontà dell'utente di attivare i servizi a sovrapprezzo.

E' ragionevole ritenere che l'operatore non avrebbe potuto addebitare il relativo costo sul conto telefonico dell'utente, stante la mancata acquisizione, da parte del fornitore del servizio, dell'esplicito consenso da parte dell'utente stesso.

Peraltro, il Codice del Consumo, così come da ultimo riformato in attuazione della Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, stabilisce che prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista deve chiedere il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha dedotto, utilizzando opzioni predefinite, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento.

H3G, che ha descritto la procedura di attivazione dei servizi a sovrapprezzo scaricabili da "Pagine Portale 3" e "Contenuti Portale 3", soffermandosi sui particolari accorgimenti posti in essere a tutela dell'utenza e volti ad evitare attivazioni involontarie ed inconsapevoli, non ha però fornito la prova che gli addebiti in fattura siano riferibili ad attivazioni volontarie e consapevoli dell'utente, né che siano stati inviati all'utente gli sms di *caring* per avvisarlo degli abbonamenti attivi.

Tanto premesso, attesa la condotta inadempiente da parte di H3G alla luce della normativa sopra citata, è ragionevole accogliere la domanda dell'utente e quindi riconoscere che egli abbia diritto al rimborso delle somme addebitate per servizi a sovrapprezzo.

E' tuttavia necessario tenere in conto il rilievo di H3G sui limiti imposti dall'art. 123, commi 1 e 2 del D.lgs. 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. A conferma di quanto sostenuto dall'operatore si richiamano le determinazioni 49/15/DIT, 75/15/DIT, 100/15/DIT e 101/15/DIT che, in aderenza con la norma sopra richiamata, 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 del 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".

Conseguentemente, considerato che non risultano agli atti reclami precedenti alla istanza di conciliazione della controversia depositata in data 11/4/2016, l'operatore sarà tenuto a rimborsare i costi addebitati per servizi a sovrapprezzo a partire dalla fattura n. 1577035845 del 8/11/2015 (relativa al traffico di ottobre 2015). Considerato altresì che l'istante non ha dettagliato gli addebiti per servizi a sovrapprezzo né ha prodotto alcuna fattura a cui riferirsi, il rimborso potrà essere effettuato tenuto conto delle produzioni dell'operatore e pertanto fino alla fattura n. 1675213349 del 8/5/2016 per un totale di € 139,33 oltre IVA.

Quanto alla richiesta di rimborso (*rectius* indennizzo) per l'attivazione di servizi non richiesti, secondo l'orientamento dell'Autorità, espresso nelle più recenti decisioni (*ex multis*, delibera Corecom Abruzzo n. 18/16), "la fornitura di contenuti digitali *premium* non può essere ricompresa tra le fattispecie per le quali è applicabile l'apparato indennitario predisposto nell'ambito della definizione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, attesa l'impossibilità tecnico-giuridica di qualificare tali contenuti quali servizi di comunicazione elettronica, sebbene accessori".

Va pertanto rigettata la richiesta di indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti.

B.2 Sull'addebito del canone Kasko

In merito alla contestazione dell'utente sull'addebito del canone Kasko per due sim si rileva che le proposte di abbonamento cartacee prodotte dall'istante e dall'operatore differiscono in alcune parti. In particolare, per quanto riguarda l'offerta Internet M, la copia dell'operatore è flaggata alle voci "inTREnet.data3" e "B.fast S". Nella copia prodotta dall'istante, oltre ai flag presenti nella copia dell'operatore, vi è una scritta pressoché illeggibile sotto all'indicazione "Terminale/Colore/GB", il n. 2 sotto all'indicazione "Quantità" e, in relazione ai "Dati rateizzazione", la cifra di 129,00 € per quanto riguarda il "Prezzo al pubblico", 0,00 € per "Anticipo", 129,00 per "Importo rateizzato", 4,30 € per "Rata" e 30 per "N. rate". Nessun flag è presente, né nella copia dell'istante né in quella dell'operatore, accanto all'opzione "5 €" sotto alla dicitura "Canone di assistenza tecnica Kasko Mini". Inoltre, la copia prodotta dall'operatore relativa all'offerta "Internet M è parzialmente illeggibile" ("tagliata" su un lato e in fondo) e, comunque, non chiarisce le modalità di applicazione dell'offerta, indicando peraltro nel frontespizio l'assistenza Kasko Mini come inclusa. Di contro, le fatture contengono gli addebiti sia per le "opzioni inTREnet.data3" e "B.fast S", che, come visto risultano flaggate, che per il canone "Kasko Mini 5 euro", non flaggato.

Ora, le parti di un contratto sono tenute a comportarsi, ai sensi degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., secondo buona fede e correttezza sia nella fase contrattuale che in quella dell'esecuzione del contratto.

Il principio di buona fede contrattuale costituisce oggetto di un vero e proprio obbligo giuridico che si considera violato dalla parte contrattuale che, anche non dolosamente, ometta di tenere un comportamento improntato alla diligente correttezza.

Esso, peraltro, si impone con maggior forza nei contratti di adesione, in cui è una sola delle parti a predisporre unilateralmente il contenuto dell'accordo, senza la possibilità per l'altra di disporre o modificare le clausole inserite.

Si deve evidenziare, inoltre, che l'operatore di comunicazioni elettroniche risponde, ai sensi dell'art. 1228 c.c. e ad ogni effetto di legge, dell'operato di coloro i quali agiscono in nome e per conto dello stesso operatore; si ritiene, conseguentemente, che l'operatore – relativamente alla conclusione di contratti attraverso la propria rete di vendita anche se

svolta in *outsourcing* - sia ugualmente responsabile della condotta degli agenti, nonché delle informazioni contrattuali dagli stessi rese all'atto della stipula della proposta contrattuale.

Inoltre, in base a quanto disposto dalla normativa di settore, e in particolare in ossequio al principio di trasparenza di cui all'art. 70 Codice delle comunicazioni elettroniche, alle delibere 179/03/CSP (art. 4) e 418/07/CONS (all. A, art. 3), gli operatori devono assicurare agli utenti un'informazione chiara, precisa, dettagliata e completa in relazione ai costi relativi a tutte le diverse tipologie di servizi acquistati.

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che la domanda dell'istante volta al rimborso del canone "Kasko Mini 5 euro" addebitato sulle fatture in relazione a n. 2 sim del contratto in oggetto possa essere accolta.

C) Sulle spese del procedimento

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è prevista dall'art. 19, comma 6) del Regolamento, che sancisce che "l'Autorità [...] può riconoscere anche il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura" e che nel determinare rimborsi e indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, considerato il comportamento delle parti durante i procedimenti di conciliazione e definizione e le difese svolte nonché il valore della controversia, si ritiene congruo liquidare in via equitativa in favore dell'istante l'importo onnicomprensivo di € 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura di conciliazione e di definizione.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

DELIBERA

per i motivi sopra indicati, in parziale accoglimento dell'istanza presentata da XXX s.r.l., corrente in XXX, nei confronti dell'operatore Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A.), XXX, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, corrente in XXX, il quale operatore è tenuto:

- **rimborsare** in favore dell'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, la somma di € 139,33 oltre IVA relativa a servizi a sovrapprezzo;
- **rimborsare** in favore dell'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, i canoni Kasko Mini 5 addebitati in relazione a n. 2 SIM;
- **corrispondere** in favore dell'istante la somma di € 100,00 a titolo di spese di procedura.

E' fatta salva la facoltà per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'at. 19, comma 5 del Regolamento.

In forza dell'art. 19, comma 3 del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del d. lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. B), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento 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.

A cura dell'Ufficio la comunicazione alle parti e la pubblicazione del presente atto.

IL PRESIDENTE
Alessandro De Cillis

Il Commissario relatore
Vittorio Del Monte