



*Co.Re.Com. Cal/Rep*

DETERMINA DIRETTORIALE N. 216 DEL 25-05-2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA  
Marra xxxxx c / H3G xxx – utenze n xxxxxxxx

#### IL DIRETTORE

VISTI:

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";

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, lett. a), n. 14;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons, "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" ed, in particolare, l'art. 19, comma 6, che così recita: *"la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente 500,00 (cinquecento/00) euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Direttore, salvo nei casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, che possono essere rimessi alla decisione dell'Organo Collegiale"*;

il Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, adottato con delibera n. 73/11/CONS. del 16 febbraio 2011;

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com" e successive modifiche. ed integrazioni;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria, in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

DATO ATTO della deliberazione Co.Re.Com. Calabria n. 234 del 17 luglio 2014, con cui il Comitato ha conferito al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all'adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (*cinquecento/00*) euro, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, sopra citata;

RICHIAMATO il punto III.5.5. dell'Allegato alla delibera AgCom 276/13/CONS "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", secondo cui: *"al fine di determinare il valore della controversia per l'applicazione della procedura semplificata di cui all'art. 19, comma 7, si avrà riguardo al valore del decisum, e non di quanto dichiarato all'atto dell'istanza. Pertanto, seppure l'utente chieda una somma superiore come indennizzo per il disservizio subito, se l'importo effettivamente liquidato è inferiore ad euro cinquecento, si provvederà con determina direttoriale"*;

VISTA l'istanza presentata il 28 settembre 2015, prot. n. 43969, con cui la ricorrente in oggetto ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società in epigrafe, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, di seguito "Regolamento";

VISTA la nota del 7 ottobre 2015, prot. n. 45603, notificata al gestore a mezzo pec, con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia.

Successivamente, poiché in occasione dell'invio della nota di convocazione per l'udienza, quest'Ufficio ha riscontrato che il gestore non ha ricevuto la documentazione per mancata ricezione da parte delle caselle ordinarie di comunicazioni inviate a mezzo pec, in via del tutto eccezionale, con nota del 21 gennaio 2016, prot. n. 2217, il gestore è stato rimesso nei termini, assegnandogli il termine di giorni quindici, per la produzione di memorie e documenti, e di cinque, per eventuali repliche;

VISTE le note pervenute a mezzo e-mail il 3 febbraio 2016, con cui la Società resistente ha prodotto le memorie difensive e gli allegati;

VISTE le memorie di replica prodotte dal legale del ricorrente;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

RILEVATO che l'istante, in data 6 marzo 2013, ha sottoscritto un contratto con la società in epigrafe, riferito alle utenze 392 3906XXX e 3924497XXX, con piani tariffari denominati "Top 400" e "Top 800".

In particolare, nell'istanza introduttiva del 28 settembre 2015, prot. n. 43969 e, successivamente, nella memoria integrativa, il ricorrente ha lamentato di aver ricevuto fatture con addebiti maggiorati rispetto ai piani tariffari sottoscritti, per internet sotto rete 3, internet sotto altri operatori e pagine portale 3, specificando che: *"... uno degli abbonamenti alla scadenza è stato rinnovato e H3G ha continuato ad*

addebitare i costi (...) rappresenta inoltre che H3G è responsabile dell'inosservanza dell'art. 3, comma 6, della delibera Agcom n. 126/07/CONS, in quanto non ha comunicato all'utente il superamento del traffico voce. Sono state numerose le segnalazioni al centro assistenza, ma non hanno portato al fine sperato, per cui l'utente, dato il grave inadempimento contrattuale, ha deciso di recedere dal contratto. Infine, contesta la fattura n. 1549075XXX, in quanto non dovuta".

Per tutto quanto sopra, l'istante ha richiesto:

1. Il rimborso delle somme "riferite alle voci contestate";
2. Lo storno della fattura n. 1549075XXX;
3. L'indennizzo per pratica commerciale scorretta;
4. Le spese di procedura.

Il tentativo di conciliazione, promosso dall'utente in relazione alla controversia *de qua*, si è concluso con il mancato accordo delle parti, come da verbale di mancata conciliazione del 16 luglio 2015.

La società convenuta respinge gli addebiti, eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità e/o l'improcedibilità della istanza ex art 14, comma 1, delibera 173/07/CONS, relativamente alla domanda di indennizzo per pratica commerciale scorretta, poiché esula dai poteri concessi all'Autorità adita dall'art. 19 del Regolamento.

Nel merito, chiede, il rigetto di tutte le domande avversarie, compresa la domanda per le spese di procedura.

In particolare, la resistente precisa. " ... di aver tariffato tutto il traffico generato dalle utenze - oggetto di contestazione - secondo quanto pattuito contrattualmente e nel rispetto dei costi previsti dai piani tariffari prescelti ... ". Inoltre, chiarisce che:

1. Si tratta di piani a soglia, i quali prevedono, a fronte del versamento di un canone mensile, un plafond predeterminato (mensile o settimanale) di minuti voce, di sms e di traffico dati per navigare sotto rete " 3 ";
2. Tutto il traffico generato oltre le soglie contrattualmente stabilite, deve essere oggetto di specifica tariffazione, secondo i costi fissati nel piano tariffario per ciascun servizio fruito;
3. L'istante avrebbe potuto monitorare i livelli di soglia raggiunti, ricorrendo agli strumenti che il gestore mette a disposizione di tutta la clientela, per controllare, in ogni momento, i livelli di spesa raggiunti, richiamando, a tal fine, l'art. 4 della Carta Servizi, al punto " *Trasparenza dei prezzi*", Nel caso di abbonamento, come la fattispecie in esame, l'utente avrebbe potuto verificare lo status delle soglie abbinate all'abbonamento, gratuitamente, accedendo all'apposita sezione dell'Area Clienti, oppure contattando i numeri telefonici a ciò preposti o, infine, utilizzando da smartphone, l'applicazione Area Clienti "3 ".

Quanto alle voci di traffico extra soglia, precisa che in ogni fattura emessa è riportata la definizione di ogni specifica voce di spesa.

Nel merito, riguardo gli importi fatturati sotto la voce " *Contenuti portale 3*" specifica che sono " *quelli scaricati o fruiti dal Portale 3, la tariffazione è 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 può avvenire solo da parte dell'utente sia da portale 3, sia da siti internet mobili esterni. Il contenuto è erogato dal partner (provider) con cui H3G xxx ha precisi rapporti contrattuali ... Il rapporto tra H3G e questi provider garantisce verifiche molto stringenti ... effettuate da una specifica piattaforma (HUB) che controlla, sui servizi wap billing - Contenuti Portale 3 - le fasi di attivazione, addebito, caring billing e disattivazione (...)*". Chiarisce ancora che dopo l'attivazione dei servizi " *wap billing, il partner provider provvede ad inviare il c.d. Welcom Message che informa il cliente sulle modalità di disattivazione e sulle modalità di fruizione del servizio*". Inoltre, H3G, prima di autorizzare la richiesta di addebito del servizio, verifica, tramite la piattaforma HUB, che la procedura di attivazione si sia svolta correttamente e che il cliente sia stato informato, mediante messaggio gratuito. Specifica che il "Portale 3" è un " *sito di accesso a numerosi servizi, tra cui applicazioni, loghi, suonerie e altro ancor, offerti da società diverse da H3G (la*

*quale rimane estranea ad eventuali rapporti contrattuali tra tali società e utenti), fruibili da terminale (...) gli addebiti sono visibili in fattura, sotto la voce "Pagine portale 3".*

La resistente eccepisce, la contestazione tardiva della maggior parte delle fatture emesse, in quanto formulata oltre il termine di 90 giorni dalla data di emissione di ogni singola fattura, come previsto dall'art. 9 Carta dei servizi e dall'art. 25, comma 2, delle condizioni generali di contratto. A sostegno di tale argomentazione, la convenuta richiama alcuni precedenti giurisprudenziali, le sentenze n. 12054/12 del Tribunale di Milano e n. 9292/13 del Tribunale di Roma, che considerano come accettate le fatture non contestate.

Sulla domanda di restituzione di importi e storni, la convenuta richiama la determina n. 49/15/DIT dell'AgCom, la quale, in aderenza a quanto disposto dall'art. 123 del codice della Privacy, statuisce 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"*; evidenzia altresì che, contrariamente a quanto sostenuto dall'istante, non sono stati mai avanzati reclami, prima della data del 1 luglio 2015, che coincidente con la data di presentazione dell'istanza VG dinanzi a questo Co.Re.Com.. Evidenzia che l'invio di un reclamo avrebbe sicuramente consentito alla società di apportare le opportune verifiche, nonché di procedere alla disattivazione dei servizi di abbonamento contestati. Viceversa, la mancanza di una contestazione dell'utente, ha generato nella convenuta, la convinzione che gli addebiti, di ciascuna fattura, fossero corretti. Difatti, dalla data di deposito dell'istanza VG non ha addebitato più servizi a pagamento all'istante. Per questo motivo, la stessa sostiene che non può essere condannata a corrispondere somme fatturate a partire dal 2011, in assenza di un reclamo, poiché ciò lederebbe i principi di diritto, in quanto *"... l'utente avrebbe maggiore interesse a denunciare tardivamente una data problematica per far così lievitare l'ammontare degli importi dovuti, ed al tempo stesso usufruire dei servizi ..."*. Sottolinea ancora che dai controlli effettuati nei sei mesi precedenti la presentazione del formulario VG (da febbraio a luglio 2015), risulta che le somme fatturate per i servizi in contestazione ammontano ad euro 16,28. Perciò, in via residuale, la convenuta potrebbe essere tenuta a rimborsare solo le somme fatturate negli ultimi sei mesi per i servizi in contestazione.

Per quanto riguarda la richiesta di storno della fattura n. 1549075XXX, rileva che l'odierna istante ha un insoluto, pari ad euro 603,51, per mancato pagamento del canone di abbonamento concordato e per i relativi consumi dovuti, oltre all'insoluto per mancato pagamento delle rate residue del terminale e per i costi di recesso dal contratto, somme certamente dovute, in base a quanto dispone l'art. 11, comma 2, del Regolamento di servizi a rate.

In conclusione, la società resistente, precisa che, al fine di dirimere la vertenza ed in aderenza "alla politica di massima attenzione per la clientela", in sede di udienza di conciliazione ha avanzato la proposta *pro bono pacis*, offrendo all'utente lo storno di euro 300,00 dall'insoluto, a fronte del pagamento del restante importo, ma l'istante ha ritenuto di non accettare.

L'istante ha presentato le memorie di replica, al fine di confutare il dedotto avversario.

Quanto al comportamento delle parti, valutabile ai fini della liquidazione delle spese di procedura, si rileva che entrambe hanno aderito al tentativo di conciliazione, senza raggiungere l'accordo.

IN VIA PRELIMINARE, in rito, si rileva l'inammissibilità della domanda di indennizzo per pratica commerciale scorretta, poiché esula dai poteri concessi all'Autorità adita dall'art. 19 del Regolamento.

NEL MERITO l'odierno ricorrente lamenta svariati addebiti per servizi contenuti portale 3, accessi a pagine 3, traffico extra soglia, nonché la mancata informazione circa il superamento del limite di spesa previsto dal piano tariffario, per il che, avanza richiesta di rimborso.

Dall'istruttoria, è emerso che le parti hanno stipulato un contratto di somministrazione di servizi telefonici di rete mobile, associati alle utenze di cui in premessa, su cui sono attivi piani tariffari a soglie, con vendita a rate di un terminale di ultima generazione "Iphone 5 16 GB bianco" (con pagamento in abbonamento in 30 mesi).

Ciò rammentato, e alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte possono essere accolte parzialmente, come di seguito precisato.

In merito alla richiesta di rimborso degli importi indebitamente riportati nelle fatture, occorre fare una breve chiosa. La disciplina in materia di tutela dei dati personali, D. Lgs. 1 giugno 2003, n. 196 e ss.mm. ii., all'art. 123, comma 1, prevede che: *" i dati relativi al traffico riguardanti abbonati ed utenti trattati da un fornitore di rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico 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 successivo comma 2 dispone che: *" il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato (...) è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la presenza 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."*

Di conseguenza, gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione scritta, per consentire il pieno diritto di difesa, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre. Per cui, nel caso di specie, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi, dalla data in cui è stato presentato reclamo. Ciò precisato, si accoglie la domanda di rimborso formulata dall'istante, con riferimento agli importi relativi a "contenuti portale 3", "pagine 3" e per il traffico "extra soglia", presenti nelle fatture emesse dall'operatore H3G, nel semestre antecedente il reclamo datato 1 luglio 2015, coincidente con la data di presentazione dell'istanza VG dinanzi a questo Co.Re.Com..

Non trova accoglimento, invece, la richiesta di storno della fattura n. 1549075XXX, relativamente alla somma addebitata a titolo di recesso anticipato, sulla base dell'art. 11, comma 2, del Regolamento di Servizi Vendita a Rate.

Nel caso di specie, il divieto di addebito delle penali per recesso anticipato, contenuto nell'art.1 della Legge n. 40/2007 (c.d. Decreto Bersani) non trova applicazione, poiché il contratto in parola non è un normale contratto di abbonamento, ma presenta alcune "specificità", quali: l'applicazione di sconti tariffari, l'acquisto, mediante rateizzazione del prezzo, di un terminale di alto valore commerciale. Per poter accedere a tali agevolazioni, in effetti, l'utente si è impegnato a rimanere vincolato per un periodo di 30 mesi con H3G.

Il rilievo mosso dall'operatore è fondato e trova conforto anche nell'atto di indirizzo dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – Direzione Tutela dei consumatori (prot. n. 40905 del 30 giugno 2010), con cui si aderisce ai principi fissati con la sentenza del Consiglio di Stato n. 01442/2010, in ordine alla legittimità di tale comportamento. Secondo l'Autorità giudicante, infatti, l'operatore può mettere «a disposizione dell'utente due diverse offerte tra le quali egli è libero di scegliere: una "a prezzo pieno", dalla quale può in ogni momento recedere salvo preavviso, senza essere sottoposto a rimborsi per spese diverse da quelle sostenute dall'operatore per la disattivazione dell'impianto, come previsto dall'art. 1, comma 3; un'altra "promozionale" a prezzo ridotto, per la quale le parti accettano una durata minima, che non preclude all'utente il recesso anticipato, ma che consente all'operatore, che ha fatto affidamento su un arco temporale di vigenza del rapporto contrattuale per coprire i costi sostenuti e realizzare il corrispettivo che gli è dovuto in ragione della controprestazione offerta, di recuperare, al momento del recesso anticipato, quanto il ripensamento legittimo dell'utente non gli ha consentito di ottenere».

Si richiama inoltre la sentenza n. 5554/2012, del Tribunale di Milano in cui viene bene evidenziata la distinzione tra recesso da un abbonamento "tout court" e recesso da "specifiche offerte promozionali" – come nel caso del presente procedimento – riconoscendo, nel secondo caso, la legittimità delle c.d. penali.

In altri termini, l'offerta promozionale rappresenta un accordo accessorio a quello principale, ed è connotata da un vantaggio che viene attribuito all'utente rispetto alla stipula del contratto base. Di conseguenza il recesso anticipato dall'offerta, va inteso diversamente rispetto al recesso dal contratto base, e deve essere consentito il recupero degli importi ai quali l'operatore ha rinunciato a seguito dell'opzione effettuata dall'utente.

Nel caso di specie, l'importo addebitato, corrisponde effettivamente al costo di gestione previsto per l'acquisto di un terminale in 30 mesi, secondo l'entità dello sconto mensile praticato all'utente.

Per ultimo, ai sensi dell'art. 19, comma 6 del Regolamento, si accoglie la richiesta di liquidazione delle spese di procedura, per cui si dispone la corresponsione in favore dell'istante, della somma di euro 50,00.

Per tutto quanto sopra esposto

#### DETERMINA

Per i motivi riportati in premessa, che qui si confermano integralmente:

- L'accoglimento parziale delle richieste avanzate dalla sig.ra **Marra M.R.** con l'odierna istanza di definizione nei confronti della società H3G;
- La società H3G è tenuta a regolarizzare la posizione contabile amministrativa dell'istante, procedendo al rimborso degli importi relativi a contenuti portale 3, pagine 3 e traffico extra soglia, presenti nelle fatture emesse da H3G, nel periodo gennaio – giugno 2015, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza. Inoltre, la stessa dovrà corrispondere le spese di procedura, pari ad euro 50,00;
- Il rigetto, per le motivazioni di cui in premessa, di ogni altra domanda formulata nell'atto introduttivo del procedimento;
- E' in facoltà del ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;
- Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Regolamento "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità", come disposto dall'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259";
- La presente determina è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;
- La società resistente è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento della presente determina, entro il termine di 60 (sessanta) giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato entro 60 giorni davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Reggio Calabria, 25 maggio 2016

Il Responsabile del Procedimento  
F.to *Avv. Antonia Repaci*

IL DIRETTORE DEL CO.RE.COM.  
F.to *Avv. Rosario Carnevale*