

CO.RE.COM. CAL/Bia

DETERMINAZIONE DIRETTORIALE N. 96 DEL 24.04.2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

(XXXXXXXXX Prenestini c/ Wind Tre XXXX. (ex XXX) – n. utenza 392XXXXXXXX e 393XXXXXXXX)

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 del 28 novembre 2017 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, conforme al testo approvato dall'Autorità con delibera n. 395/17/CONS;

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 19/21 dicembre 2017;

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, acquisita al prot. n. 25969 del 15 giugno 2017, con cui il 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 22 giugno 2017, prot. 27137, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

VISTA la memoria pervenuta a mezzo e-mail il 21 luglio 2017, con cui la Società resistente ha prodotto la propria memoria difensiva con i relativi allegati nel termine di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento;

VISTA la memoria di replica pervenuta a mezzo e-mail il 29 luglio 2017, con cui il ricorrente ha prodotto la propria memoria replica nel termine di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento;

VISTO il verbale dell'udienza di discussione dell'1 marzo 2018;

RILEVATO, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del presente procedimento, che l'istante il 13 agosto 2012 ha stipulato due contratti aventi ad oggetto l'acquisto di due terminali/videofonini con il piano tariffario "Top 400", successivamente modificato con il piano tariffario "Top Unlimited", contratti che, nonostante una serie di richieste e segnalazioni, non gli venivano mai inviati. L'utente lamenta addebiti sul proprio conto corrente di costi non dovuti rispetto a quelli previsti dai contratti stipulati e dai relativi piani tariffari per alcuni servizi mai attivati (Contenuti Portale 3, Internet sotto rete 3, Pagine Portale 3, Internet sotto altri operatori ecc.) e per presunto traffico extrasoglia, evidenziando l'illegittimità degli importi addebitatigli a tale titolo non essendo mai stato avvisato del superamento della propria soglia di traffico disponibile. Richiama a tale proposito l'art. 3 comma 6 della Delibera Agcom n. 126/07/CONS, la Delibera n. 90/2014 del Co.re.com. Calabria, nonché le Delibere n.

25265 del 13/01/2015 e n. 25667 del 14/10/2015 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. A fronte di tali addebiti illegittimi l'istante effettuava una serie di reclami telefonici e dei reclami scritti del 7 marzo 2013 e del 13 novembre 2013, nonché, a mezzo PEC, il reclamo del 3 settembre 2016, rimasti privi di riscontro. Nel mese di ottobre 2016 effettuava il recesso dai contratti, cui seguiva l'invio della fattura n. 1649161XXX dell'8 ottobre 2016, contenente i costi per recesso anticipato che l'utente sostiene non siano dovuti.

DATO ATTO che il tentativo di conciliazione, tenutosi in data 31 marzo 2017, si è concluso con il mancato accordo delle parti, come da verbale di mancata conciliazione, in atti;

Per quanto sopra, il ricorrente ha richiesto: l'annullamento/storno dell'eventuale posizione debitoria; il rimborso di tutte le somme illegittimamente addebitate a titolo di traffico a consumo e/o extrasoglia e/o per attivazione di servizi a pagamento e/o per cambio profilo tariffario; il rimborso della somma addebitata a titolo di recesso anticipato; l'indennizzo per l'attivazione dei servizi non richiesti; l'indennizzo per il mancato preavviso relativo al traffico extrasoglia e a consumo; l'indennizzo per la violazione degli obblighi informativi, l'inadempimento contrattuale, la mancanza dei contratti, la pubblicità ingannevole e per tutti i disagi creati a causa dei suddetti disservizi; la somma di € 300,00 per mancata risposta al reclamo; il risarcimento dei danni.

Il 21 luglio la società resistente ha fatto pervenire, nel rispetto dei termini procedurali, una memoria difensiva con cui ha eccepito in via preliminare l'improcedibilità e/o l'inammissibilità ai sensi dell'art. 2, Allegato A, delibera 73/11/CONS della richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo in quanto la società resistente nell'ambito della procedura conciliativa, si è impegnata a corrispondere la somma di € 60,00 conformemente all'art. 24 della Carta Servizi, successivamente erogata mediante emissione di assegno, nonché l'improcedibilità e/o l'inammissibilità ai sensi dell'art. 19, comma 4 e 5, Delibera 173/07/CONS della richiesta di risarcimento danni per incompetenza dell'organo adito. In merito alla richiesta di rimborso degli addebiti contestati l'operatore, in relazione agli importi fatturati per servizi a pagamento indicati in fattura sotto la voce "Pagine Portale 3" e "Contenuti Portale 3", ha evidenziato che tali servizi, vengono 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 (m-site). L'operatore afferma che *"il contenuto è erogato dal partner (provider) con cui Wind Tre ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori, i quali effettuano controlli molto stringenti da una specifica piattaforma (HUB) che controlla sui servizi wap billing (Contenuti Portale 3), le fasi di attivazione, addebito, caring, billing e disattivazione. La piattaforma tecnologica di "3"(HUB) verifica che il cliente abbia cliccato sul tasto di conferma/acquisto compreso nella landing page (ossia, pagina di attivazione) del partner provider autorizzando la positiva conclusione della fase di attivazione e il susseguente addebito, solo se tale azione viene compiuta da parte dell'utente. Contestualmente alla fase di attivazione, il partner provider provvede ad inviare il c.d. "Welcome Message" che informa il cliente sulle modalità di disattivazione e sulle modalità di fruizione del servizio erogato."* Il cliente inoltre, secondo gli accordi conclusi dal gestore con i partner provider, riceve ogni settimana un sms con lo stato di attivazione del servizio, le modalità di disattivazione e di fruizione dei contenuti acquistati. La società resistente evidenzia dunque come il metodo di attivazione dei servizi contestati dall'utente è stato predisposto sia per rispettare le norme vigenti, sia per accertare la volontà del cliente, evitando sottoscrizioni "casuali", e sottolinea quindi l'attivazione volontaria e consapevole di tali servizi da parte dell'istante, non essendo intervenuto per richiederne la disattivazione. L'operatore evidenzia altresì che gli altri addebiti extra, presenti all'interno delle fatture sono dovuti, per traffico non incluso nei piani o generato extra soglia. In merito agli

importi addebitati nelle fatture sotto la voce "Traffico a consumo ed extra soglia" in cui sono ricompresi gli extrasoglia tipo chiamate, sms, servizi a sovrapprezzo, traffico internet all'estero ecc., la società resistente evidenzia che l'art. 3, ultimo comma, della Delibera 326/10/CONS ha sancito quale soglia unica per tutti gli utenti consumer, l'importo di € 50,00 al mese oltre IVA come limite massimo di consumo per il traffico dati facendo salva l'ipotesi in cui l'utente abbia comunicato al gestore la propria volontà di fissare un diverso limite quale soglia di blocco del traffico prodotto dalle proprie SIM. Nel caso di specie l'odierna istante non ha mai optato per una diversa soglia di "sicurezza" del traffico dati per cui l'operatore ha mantenuto la soglia preimpostata che, a suo dire, non è mai stata superata. La società resistente rileva altresì che l'utente non ha mai attivato il servizio gratuito "Sms Infosoglie" che consente di ricevere, automaticamente, mediante un sms le notifiche in prossimità dell'esaurimento delle soglie previste dalle opzioni tariffarie, dai Bonus, dalle soglie dei piani dati e dalle soglie dati dei piani voce. In ogni caso l'utente avrebbe potuto monitorare, in tempo reale in ogni momento, il traffico generato ed il livello di soglia raggiunto tramite gli strumenti che il gestore offre alla clientela gratuitamente, mettendo a disposizione un numero gratuito e un'apposita sezione dell'Area Clienti sul sito dell'operatore. Infine in merito al traffico effettuato e ricevuto all'estero il gestore sottolinea come lo stesso non sia compreso all'interno delle soglie dei piani tariffari, e pertanto va considerato traffico a consumo. Da ultimo l'operatore evidenzia l'esistenza di una morosità a carico dell'utente di € 931,65 e la legittimità delle fatture emesse a titolo di somme dovute per recesso anticipato e rate residue. Ciò in quanto il contratto a suo tempo stipulato tra le parti, prevedeva condizioni di favore per il cliente, quest'ultimo a fronte di tali vantaggi, offriva la sua fedeltà e si impegnava a rimanere vincolato per un certo periodo di tempo verso il gestore, garantendogli così i tempi necessari ad ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio dei contratti. L'interruzione prematura dei rapporti ha creato uno squilibrio contrattuale, che sfocia nella richiesta dei costi di risoluzione, legittimati dalla necessità di riallineare le migliori condizioni tariffarie fruite dalla società istante rispetto a quelle generalmente praticate alla propria clientela. L'istante, al momento della sottoscrizione del contratto ha infatti accettato i termini e le condizioni contenute nel *Regolamento di Servizio vendita a rate* che, come precisato da H3G nella sua memoria, prevede espressamente, a fronte dell'applicazione di condizioni migliorative dell'offerta l'impegno per l'utente, in caso di recesso anticipato, non solo a versare in un'unica soluzione le rate residue, non ancora corrisposte, relative all'acquisto del terminale, ma anche, venendo meno i requisiti per l'applicazione delle Condizioni migliorative, a pagare un importo, quale *"riallineamento forfettario alle condizioni economiche base per il periodo contrattuale precedente la data di efficacia del recesso, pari a quanto indicato dalla tabella 1, a seconda dello sconto praticato sul canone mensile e del numero delle rate mensili previste per l'acquisto del terminale"*.

Per tali motivi la resistente ha chiesto il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, perchè infondate sia in fatto sia in diritto.

Il 29 luglio 2017, la parte istante ha fatto pervenire memoria di replica in cui ha contestato il contenuto della memoria della parte resistente, evidenziando in particolare che gli addebiti contestati sono illegittimi atteso che l'utente, al momento della sottoscrizione del contratto, ha richiesto esplicitamente la disattivazione del roaming dati, di ogni servizio e di ogni tipo di connessione a pagamento. In ogni caso non ha mai richiesto l'attivazione di alcun servizio a pagamento né ha mai prestato il suo consenso per usufruire di connessioni e/o servizi a pagamento e non è mai stato avvisato del superamento della propria soglia di traffico. L'istante sottolinea altresì l'illegittimità dei costi di recesso/disattivazione, atteso che, secondo l'art. 1, comma 3, del Dlgs n. 7 del 31/01/2007, così come modificato dalla legge del 2 aprile 2007 n. 40, il recesso stipulato con un operatore di telefonia non può comportare alcun costo e che l'utente non ha ottemperato al pagamento delle fatture insolute, avvalendosi dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c.. Per tali motivi insiste nelle proprie richieste.

In occasione dell'udienza di discussione, tenutasi davanti a questo Co.Re.Com. l' 1 marzo 2018, le parti, presenti a mezzo dei propri delegati, hanno esposto e precisato le rispettive posizioni. Al termine dell'attività istruttoria, il fascicolo è stato trattenuto per la decisione.

NEL MERITO, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste della parte istante possono essere accolte parzialmente, come di seguito precisato.

In via preliminare occorre evidenziare che le domande di indennizzo per la violazione degli obblighi informativi, l'inadempimento contrattuale, la mancanza dei contratti, la pubblicità ingannevole e di risarcimento del danno sono inammissibili per incompetenza dell'Organo adito, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento.

In relazione alla richiesta di rimborso delle somme illegittimamente fatturate a titolo di servizi a pagamento mai attivati dall'utente, dalla verifica delle fatture depositate dall'operatore emerge che in alcune di esse vengono addebitati dei costi per servizi a pagamento non richiesti dall'utente sotto le voci Contenuti Portale 3, Internet sotto rete 3, Pagine Portale 3, Internet sotto altri operatori ecc. e contestati nel reclamo del 13 marzo 2013. A tale proposito occorre evidenziare che l'operatore ha violato le norme dettate dall'Autorità in materia di attivazione di servizi a pagamento non richiesti. Sul punto si osserva che l'art. 67 quinquiesdecies Codice del Consumo statuisce al comma 1 che: " Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso, l'assenza di una risposta non implica consenso del consumatore". Il Codice del Consumo, così come da ultimo riformato in attuazione della Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, in particolare 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 prestabilite, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento. Ancora, l'art. 7, comma 5, della Direttiva di cui alla Delibera Agcom 179/03/CSP stabilisce che: " gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalla conseguenze economiche e pregiudizievoli delle attivazioni di servizi non richiesti e che in caso di contestazione, ove l'operatore non sia in grado di dimostrare, nelle forme dovute, la ricezione di una richiesta dell'utente ovvero le eventuali problematiche tecniche – non imputabili all'operatore stesso – che hanno determinato l'attivazione contestata, l'utente ha diritto allo storno dei corrispettivi addebitati per il traffico generato con l'operatore responsabile, nonché ad un indennizzo proporzionato al disservizio causato, per ogni giorno di attivazione del servizio non richiesto". Quindi, in difetto di prova contraria, deve affermarsi l'esclusiva responsabilità della resistente ex art. 1218 del codice civile per l'indebita attivazione di servizi a pagamento non richiesti con il conseguente diritto per l'utente ad un indennizzo proporzionato al disagio causato ed allo storno (o al rimborso, qualora il relativo pagamento risulti essere già stato effettuato) di quanto addebitatogli a tale titolo. La società resistente, nel caso di specie, non ha fornito alcun documento da cui risulti l'esistenza di una manifestazione di volontà dell'utente di attivare i servizi a sovrapprezzo *de quibus*. L'operatore, 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. Inoltre, pur volendo prendere in considerazione i rilievi della Società circa l'estraneità della stessa al rapporto tra il fornitore del servizio a sovrapprezzo e l'utente, essa è comunque tenuta, in base a quanto disposto all'articolo 5, comma 4, della delibera n. 418/07/CONS, a disattivare immediatamente i servizi a sovrapprezzo in abbonamento e ad interrompere i conseguenti addebiti, a decorrere dalla semplice richiesta dell'utente. Tanto precisato, attesa la

condotta inadempiente da parte dell'operatore alla luce della normativa sopra citata, è ragionevole accogliere la domanda dell'utente e quindi riconoscere che egli ha diritto al rimborso (ovvero, ove non fossero state saldate, allo storno) delle somme addebitate per servizi a sovrapprezzo.

L'utente, nonostante la responsabilità dell'operatore, non ha però diritto ad alcun indennizzo per l'attivazione dei servizi non richiesti, in quanto si tratta di servizi digitali che, secondo quanto evidenziato di recente dall'Autorità nella Delibera 29/17/CIR, devono ritenersi diversi dai servizi di comunicazione elettronica cui si riferiscono gli indennizzi di cui all'All.A alla delibera n. 73/11/CONS.

Dalla verifica delle fatture allegate dall'operatore emerge altresì la fatturazione di importi a titolo di traffico extrasoglia. A tale proposito uno dei principi fondamentali in materia di tutela dei consumatori prevede a carico dei gestori, l'impegno di avvertire l'utente nelle ipotesi in cui vengano superate le soglie di traffico consentite dal piano tariffario in essere. L'articolo 3, comma 6, della delibera n. 126/07/CONS, infatti, prevede che *" nel caso di promozioni o offerte, che a titolo oneroso diano luogo ad usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, l'operatore di telefonia informa il consumatore in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità, dell'imminente ripristino delle condizioni economiche previste dall'offerta precedentemente sottoscritta"*. Inoltre, gli utenti possono monitorare il livello dei propri consumi, grazie a specifiche disposizioni vigenti in materia di controllo della spesa. In particolare l'articolo 6, comma 1, Allegato A, della delibera 179/03/CSP prevede che *"gli organismi di telecomunicazioni forniscono agli abbonati, a richiesta e senza aggravio di spesa almeno uno strumento o una modalità che consenta di limitare o controllare il livello dei consumi derivanti dall'uso del servizio oggetto del contratto"*. Il medesimo articolo, al comma 2, prevede il diritto dell'operatore di adottare *"strumenti di autotutela in caso di traffico anomalo, in particolare per i casi di possibile uso fraudolento del servizio, quali l'avviso dell'abbonato o l'invio di fatture anticipate rispetto all'ordinaria cadenza di fatturazione"* (cfr. delibera Agcom n. 109/14/CIR). Inoltre, per quanto riguarda i sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile, occorre precisare che l'articolo 2, comma 1, della delibera n. 326/10/CONS prevede che gli operatori mobili rendano *"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.... Gli operatori mobili rendono disponibili gratuitamente a tutti gli utenti sistemi di immediata comprensione e facilità di utilizzo per il controllo in tempo reale della spesa utili a fornire informazioni sul consumo accumulato espresso in volume di traffico, tempo trascorso o importo speso per i servizi di traffico dati, nonché un servizio supplementare gratuito per abilitare o disabilitare la propria utenza al traffico dati. Gli operatori mobili offrono gratuitamente anche agli utenti con piani tariffari a consumo, diversi da quelli di cui al comma 1, la possibilità di predefinire una soglia massima di consumo mensile per traffico dati scelta dall'utente tra le diverse opzioni proposte dall'operatore. A tutti gli utenti che, entro il 31 dicembre 2010, non abbiano provveduto a scegliere tale soglia o a dichiarare di non volersene avvalere, si applica automaticamente, a decorrere dal 1 gennaio 2011, il limite massimo di consumo per traffico dati nazionale pari a 50 euro per mese per utenze private e pari a 150 Euro per utenze affari oltre ad un limite di 50 euro per il traffico dati nei Paesi esteri diversi da quelli dell'Unione europea, fatto salvo il limite di 50 euro previsto dal regolamento europeo per il traffico dati in roaming nei paesi dell'Unione europea. Per la cessazione del collegamento e le relative notifiche e consensi si applicano le medesime disposizioni di cui ai commi 2 e 3."*

La delibera citata obbliga dunque il gestore ad avvertire l'utente (ad esempio con un sms o un messaggio di posta elettronica) che si sta raggiungendo il tetto prefissato di spesa, indicando il prossimo passaggio a un'eventuale altra tariffa e il relativo costo, e a bloccare automaticamente il collegamento dati, se il tetto è stato sforato. La soglia massima di spesa oltre cui essere avvertiti può essere individuata preventivamente

dall'utente e nel caso l'utente non abbia provveduto ad indicare, anticipatamente e per iscritto, alcuna soglia entro il 31 dicembre 2010. Dall' 1 gennaio 2011 il gestore deve automaticamente interrompere la connessione al raggiungimento del limite di 50 euro per il traffico dati nazionale per i clienti privati. Al raggiungimento di queste soglie (o di quelle specificamente indicate dall'utente) l'operatore dovrà interrompere la connessione, evitando consumi oltre soglia difficilmente controllabili e quantificabili dagli utenti. L'operatore deve poi mettere a disposizione dell'utente strumenti gratuiti, immediatamente comprensibili e facilmente utilizzabili per assicurare il controllo in tempo reale della spesa e tutte le informazioni relative al consumo accumulato, espresso in volume di traffico, tempo trascorso o importo speso per i servizi di traffico dati, nonché un servizio supplementare gratuito per abilitare o disabilitare la propria utenza al traffico dati. Devono poi considerarsi i principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali, e, in particolare, quanto prescritto dagli articoli 1175 e 1375 del codice civile rispettivamente in materia di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto, principi che, vista la natura professionale del soggetto coinvolto, devono essere interpretati, in conformità a quanto previsto dall'articolo 1176 del codice civile, con particolare rigore. L'art. 1176, comma 2, del codice civile, difatti, graduando la violazione della diligenza sulla natura dell'attività esercitata, esige dall'operatore professionale un grado di perizia qualificata nell'adempimento delle obbligazioni. Con riferimento a queste ultime disposizioni, il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, *"si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto dall'art. 2 cost.) che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico»* (Cass., n. 5240/2004; *ex plurimis*, Cass., n. 14605/2004.)

Sulla base di tutto quanto sin qui esposto e richiamato, nella fattispecie oggetto della presente definizione, l'operatore era dunque tenuto a fornire all'utente, in costanza del rapporto, un sistema di allerta e/o un adeguato idoneo preavviso circa il traffico anomalo riscontrato al superamento della soglia dei 50,00 euro mensili come limite massimo di consumo per il traffico dati, come stabilito dall'art.3 della delibera Agcom 326/10/CONS, non avendo l'utente optato per una diversa soglia di sicurezza del traffico dati. Invero l'operatore non ha prodotto alcuna documentazione probatoria in ordine alle misure adottate per la prevenzione ed il controllo del traffico, sia sotto il profilo della protezione della rete, che sotto il diverso profilo di avviso all'utente di traffico anomalo o di attivazione dei servizi di blocco; ed è pertanto tenuto a rimborsare all'utente le somme fatturate a titolo di traffico extrasoglia. Tanto premesso, in considerazione della previsione normativa di cui all'art. 123, comma 2, del Dlgs 196/2003 (Codice Privacy)" secondo cui gli operatori possono conservare il dettaglio del traffico relativo all'ultimo semestre dalla data della contestazione, dovendo essere riconosciuta all'operatore la facoltà di esercitare il diritto di difesa depositando il dettaglio del traffico dati da cui potrebbe risultare l'invio di un messaggio di *alert* indirizzato al cliente, tale da informarlo del raggiungimento del proprio *plafond*, ovvero il mancato superamento del limite di spesa di 50,00 € mensili, si ritiene che la resistente dovrà stornare/rimborsare tutti gli importi addebitati extra soglia, oltre i costi per i servizi a pagamento per le motivazioni già espresse, al netto dei costi addebitati per il traffico effettuato e ricevuto all'estero che, come correttamente evidenziato dall'operatore, non è compreso all'interno delle soglie dei piani tariffari. Ciò a partire dalla fattura emessa l'8 ottobre 2012 fino alla fattura dell'8 dicembre 2013, in considerazione dei reclami del 7 marzo 2013 e del 13 novembre 2013, nonché a stornare/rimborsare gli importi addebitati oltre soglia a partire dalla fattura emessa l'8 aprile 2016 fino alla fattura n. 1638588XXX emessa in data 8 ottobre 2016, in considerazione del reclamo del 3 settembre 2016. Si ritiene di dover considerare solo la fatturazione emessa nei 6 mesi antecedenti i reclami,

anche in quanto l'utente, lasciando trascorrere un lungo lasso di tempo tra i primi due reclami e il terzo (circa tre anni), non ha consentito all'operatore l'esercizio corretto e puntuale del proprio diritto di difesa, oltre ad aver dimostrato disinteresse per il disservizio subito, non essendosi attivato in alcun modo per un lungo arco di tempo per porre fine agli addebiti illegittimi, benchè questi proseguissero dopo i reclami, atteso che non vi è prova agli atti di alcuna segnalazione telefonica effettuata dall'utente in tale periodo. Pertanto, nel caso di specie, deve configurarsi un concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227, comma 2 c.c., tale da far venir meno il diritto al rimborso degli importi richiesti in relazione ai periodi al di fuori di quelli sopra indicati.

Per quanto riguarda le altre due fatture emesse l'8 ottobre 2016 occorre rilevare che la n. 1649161XXX non deve essere rimborsata in quanto riporta dei costi per recesso anticipato legittimi, atteso che le condizioni contrattuali relative all'offerta cui ha aderito l'utente prevedevano per quanto riguarda il telefono con vendita a rate 3 che *"in caso di recesso anticipato verrà addebitato, nella prima fattura utile, il contributo di € 49,00 in promozione non addebitato al momento dell'attivazione e sarà previsto il pagamento in un'unica soluzione delle rate residue non ancora corrisposte relative all'acquisto del telefono"*. Per cui anche la fattura n. 1648178XXX che riporta i costi relativi alle rate residue del terminale è legittima, e poichè non è stata pagata, secondo quanto affermato dall'operatore, l'importo dovuto (pari ad € 527,7) deve essere detratto dalle somme che la società resistente è tenuta a rimborsare all'istante. L'utente risulta altresì moroso per il mancato pagamento delle fatture n. n. 1637079XXX e n. 163858 che vanno parzialmente rimborsate in relazione ai costi per traffico extrasoglia e servizi pagamento e pertanto dagli importi che la società resistente dovrà rimborsare all'utente occorrerà detrarre anche la differenza dovuta dall'istante per tali fatture (pari ad € 144,26 sulla fattura n. 1637079XXX e ad € 8,67 sulla fattura n. 1638588XXX).

In merito alla mancata risposta al reclamo da parte della società resistente e alla liquidazione del relativo indennizzo occorre rilevare che, a fronte dei reclami inoltrati dall'utente il 7 marzo 2013, il 13 novembre 2013 e il 3 settembre 2016, non emerge dall'istruttoria condotta alcun riscontro per iscritto dell'operatore, valido nei termini indicati dalla normativa di settore in violazione di quanto disposto dall'articolo 4 della delibera n. 179/03/CSP, nonché del successivo articolo 11, comma 2. L'operatore nondimeno ha già proceduto alla liquidazione del relativo indennizzo, essendosi impegnato nell'ambito della procedura conciliativa a corrispondergli la somma di € 60,00, conforme ai parametri di cui all'art. 2, Allegato A, delibera 73/11/CONS, successivamente erogata mediante assegno inviato con racc. n. 151472694711. In base a tali premesse la richiesta deve pertanto ritenersi inammissibile ai sensi dell'art. 2 All. A Delibera 173/07/CONS in base al quale *"le disposizioni del presente regolamento non si applicano nei casi in cui l'operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia, o quando, all'esito della fase conciliativa, dal relativo verbale risultino l'impegno dell'operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi"*.

Si rigettano le ulteriori richieste.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del *Regolamento*, l'importo di euro 150,00 (cento/00), considerato che il tentativo di conciliazione promosso dall'istante si è concluso con un verbale di mancata conciliazione e che, attesa la fondatezza parziale della domanda, questi è stato onerato di ulteriori spese, per presentare l'istanza di definizione e per presenziare all'udienza di discussione, davanti a questo Co.Re.Com.

Per tutto quanto sopra esposto

DETERMINA

L'accoglimento parziale delle istanze presentate dalla Sig.ra **Prenestini S. M.** nei confronti della società Wind Tre (ex H3G) per come di seguito riportato:

1. La società Wind Tre (ex H3G) è tenuta a rimborsare all'utente le somme addebitate per servizi a pagamento e traffico extrasoglia al netto dei costi dei costi per il traffico effettuato e ricevuto all'estero e della morosità a carico dell'utente, a partire dalla fattura n.1252778XXX emessa l'8 ottobre 2012 sino alla fattura n.1344130XXX emessa l'8 dicembre 2013, nonché quelle addebitate dalla fattura n. 1633887XXX emessa l'8 aprile 2016 sino alla fattura n. 1638588XXX emessa in data 8 ottobre 2016, nonché a liquidare, tramite assegno o bonifico bancario, in favore dell'istante Euro 150,00 (centocinquanta/00) per le spese di procedura;
2. E' in facoltà del ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;
1. 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";
2. La presente determinazione è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web, sia dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sia 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.

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 davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell' art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

Reggio Calabria, 24 aprile 2018

Il Responsabile del Procedimento
Avv. Daniela Biancolini

IL DIRETTORE DEL CO.RE.COM.
Avv. Rosario Carnevale