

DELIBERA N. 5/18
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
XXX DI NICOLA/WINDTRE S.P.A.
(RIF. PROC. GU14 N° 223/17)

IL CORECOM DELLA REGIONE ABRUZZO

NELLA riunione del 13 febbraio 2018 si è riunito, così costituito:

		Pres.	Ass.
Presidente	Filippo Lucci	x	
Componenti	Michela Ridolfi	x	
	Ottaviano Gentile		x

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 sottoscritto tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Presidente della Giunta regionale ed il Comitato regionale per le comunicazioni dell’Abruzzo in data 01 aprile 2011;

VISTA la delibera AGCOM 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 AGCOM 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 AGCOM n. 179/03/CSP “Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni”;

VISTA l’istanza di definizione presentata al Corecom Abruzzo ai sensi dell’art. 14 e ss. Delibera AGCOM 173/07/CONS dal Sig. XXX Di Nicola in data 25 luglio 2017 ed acquisita in pari data al prot. n. 19907;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante lamenta l'asserita indebita fatturazione operata da H3G, per servizi a pagamento mai richiesti, addebitati illegittimamente nel corso degli anni 2015-2016-2017. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e negli scritti difensivi depositati, l'utente ha dichiarato quanto segue:

- a) Di essere titolare dell'utenza mobile 391/110XXX, con sottoscrizione dell'offerta "Topo Unlimited" con l'operatore convenuto;
- b) In data 21/01/2017 con reclamo al servizio clienti segnala disservizio per totale isolamento continuato della linea internet e voce durante le giornate del 18 e 19 gennaio 2017 e fino ai giorni a seguire con tendenziale miglioramento;
- c) Ad aprile 2017 riceve dal gestore a mezzo sms l'avviso di attivazione di servizi a pagamento. In data 20/04/2017, a seguito di reclamo tramite il servizio clienti, l'operatore blocca i singoli servizi;
- d) A seguito di verifica delle fatture pagate (fatture del 08/02/17 euro 53,07, del 07/04/17 euro 74,05, del 07/06/17 euro 116,36 oltre modifiche unilaterali del contratto con l'addebito di euro 1,50 per servizio "Ti ho cercato" a partire dal mese di maggio, del 09/12/16 euro 41,16, del 08/10/16 euro 63,77, del 08/08/16 euro 29,10, del 07/06/16 euro 41,08, del 07/04/16 euro 18,46, del 08/02/16 euro 38,76, oltre modifiche unilaterali del contratto con l'addebito di euro 1,00/mese per servizio "4G LTE" a partire dal mese di agosto, del 01/07/15 euro 25,00, del 07/08/15 euro 0,37, del 08/10/15 euro 42,63 del 09/12/15 euro 74,43) si accorge dell'arbitraria attivazione di servizi a pagamento mai richiesti relativi a giochi e musica. Pertanto in data 21/05/17 espleta formale reclamo scritto trasmesso a mezzo e-mail attraverso il quale richiede il totale blocco di qualsivoglia opzione, oltreché dettagliate delucidazioni su tali arbitrarie attivazioni;
- e) L'operatore il 22/05/17 informa per iscritto sulla particolareggiata pseudo procedura di attivazione, accettazione e conferma delle opzioni: "clicca e acquista o clicca e abbonati".
- f) Contesta tali addebiti in quanto è rimasto ignaro e completamente inconsapevole delle attivazioni dei servizi a pagamento fatturati;

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- i. L'indennizzo per il malf funzionamento dei servizi voce e internet per 10 gg. per l'importo di euro 100,00;
- ii. L'indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti da calcolarsi per gg. 768 dal luglio 2015 al luglio 2017 per l'importo di euro 768,00;
- iii. Il rimborso parziale delle fatture pagate contenenti gli addebiti contestati per l'importo di euro 700,00;
- iv. L'indennizzo per la mancata risposta ai reclami per l'importo di euro 180,00;

v. Il rimborso delle spese di procedura in non meno di euro 250,00;

Allega: Reclamo scritto, fatture.

2. La posizione dell'operatore

Prima di entrare nel merito della contestazione relativa agli addebiti per servizi a pagamento, precisa di aver tariffato tutto il traffico generato secondo quanto pattuito contrattualmente e nel rispetto del piano tariffario prescelto.

Quanto alle voci “contenuti portale tre” e “pagine tre” ribadisce che si tratta di servizi erogati in abbonamento e consistono in contenuti scaricabili la cui attivazione può avvenire solo da parte dell'utente che dopo aver cliccato sul tasto conferma/acquisto, riceve anche un messaggio di benvenuto che informa sulle modalità di disattivazione e sulle modalità di fruizione del servizio erogato.

Rileva inoltre di essere l'unico operatore che prevede negli accordi con i partner provider che gli stessi inviino settimanalmente un sms gratuito di caring con lo stato di attivazione del servizio.

Appare quindi del tutto evidente come il metodo di attivazione di tali servizi sia stato studiato oltre per rispettare le norme vigenti anche per accertare la volontarietà del cliente, evitando sottoscrizioni causali.

Tra l'altro come è facilmente verificabile dai file log di attivazione forniti dai partners provider e prodotti con gli scritti difensivi, l'utente ha volontariamente attivato i servizi di cui oggi contesta gli addebiti.

Rileva altresì che l'istante non ha mai inviato reclami per contestare gli importi delle fatture emesse se non per la prima volta il 21/05/17, e ciò tardivamente rispetto a quanto previsto dalle condizioni generali di contratto, che all'art. 25, comma 2 prevede l'onere in capo all'utente di contestazione entro il termine di 90 gg. dalla data di emissione di ogni singola fattura. Ne consegue che la mancata contestazione delle fatture nei termini sopra previsti ne comporta la loro completa accettazione (ex pluribus, Tribunale di Milano sentenza n° 12054 del 05/12/12).

Segnala inoltre come in ragione dell'art. 123, comma 2 del D.lgs. 196/2003 (Codice della Privacy) è previsto che il gestore abbia l'obbligo di conservare i dati relativi al traffico strettamente necessari ai fini di fatturazione non oltre sei mesi antecedenti alla data della contestazione. Pertanto, se fossero presi in considerazioni addebiti in fattura antecedenti tale periodo si arriverebbe a violare il proprio diritto di difesa.

Relativamente alla presunta illegittima fatturazione di traffico extra soglia fa presente di aver messo a disposizione degli utenti diversi strumenti che consentono di monitorare e controllare in tempo reale i propri consumi. Ciò posto con la dovuta diligenza ed in modo semplice e veloce l'istante avrebbe potuto monitorare il traffico generato ed il livello di soglia raggiunto, onere che evidentemente non si è affatto premurato di osservare.

Sull'asserite modifiche unilaterali del contratto fa presente quanto di seguito. Relativamente al servizio “4G LTE” che consente all'utente di accedere alla rete dati ad alta velocità, precisa che inizialmente tale servizio è stato reso gratuitamente e che

prima che divenisse a pagamento ha provveduto ad informare l'istante, come si evince dalle fatture n° 1638177538 e n° 1639624771 con le quali veniva comunicato il costo di euro 1/mese e della possibilità di disattivare gratuitamente l'opzione qualora non volesse mantenerla attiva. Solo successivamente e dopo oltre 30 gg. dal ricevimento da parte dell'utente della predetta comunicazione ha provveduto a variare la tariffazione non avendo ricevuto nessuna comunicazione di disattivazione.

Relativamente al servizio "Ti ho cercato" precisa che prima che il servizio diventasse a pagamento ha inviato un sms all'istante informandolo prontamente sia della variazione relativa al nuovo costo, sia della possibilità di disattivare gratuitamente ed in qualsiasi momento il servizio medesimo al fine di non subire addebiti non voluti, nel pieno rispetto di quanto prescritto dall'art. 22 delle condizioni generali di contratto, secondo cui il gestore ha la facoltà di proporre modifiche ai piani tariffari, dandone comunicazione al cliente a propria scelta, mediante racc. A/R, posta ordinaria, prioritaria, SMS, MMS e mail. Tali modifiche diventano efficaci trascorsi trenta gg. dal ricevimento da parte del cliente della predetta comunicazione. A riprova di ciò produce il print estratto dal sistema dal quale risulta che il messaggio è stato consegnato all'istante

Quanto alla richiesta di indennizzo per servizi non richiesti fa presente che secondo l'attuale orientamento dell'Agcom tale richiesta non può trovare accoglimento in quanto la fattispecie in esame esula dall'ambito oggettivo di cui all'art. 8 della Delibera 73/11/CONS, non trattandosi di attivazione di servizio non richiesto bensì di fatturazione indebita che trova il suo soddisfacimento attraverso la restituzione degli importi addebitati in fattura o mediante lo storno degli stessi.

Con riferimento alla richiesta di indennizzo per la mancata risposta al reclamo, ribadisce di aver ricevuto il primo ed unico reclamo in data 21/05/17 e di aver fornito la relativa risposta in data 22/05/17, nel pieno rispetto delle tempistiche previste dalla Carta dei servizi.

Relativamente alla richiesta di indennizzo per malfunzionamento sottolinea al riguardo di aver avviato le opportune verifiche all'esito delle quali è emerso che tra il 18 e 19 gennaio il servizio è risultato perfettamente funzionante. Trattandosi, inoltre, di linea mobile, rammenta al riguardo la posizione dell'Agcom che sul tema della copertura di rete mobile e delle eventuali responsabilità dell'operatore ha precisato che: *"occorre fare riferimento alla stessa natura del servizio di somministrazione di telefonia mobile che, così come indicato nelle condizioni generali di contratto e nella carta dei servizi, consente al titolare la possibilità di fruire del servizio telefonico nella quasi totalità del territorio nazionale ed internazionale, fermo restando che in alcune zone territoriali è possibile che il servizio sia meno efficiente a causa della debolezza del segnale derivante da svariati motivi. Non esiste, al riguardo, alcun obbligo volto a garantire la totale copertura territoriale dei propri servizi, per il quale, in caso contrario, potrebbe essere invocato un qualsivoglia inadempimento. Conformi sul punto, sono le Condizioni generali di abbonamento ai servizi Mobili di Telecom (....). L'efficienza del servizio che permette la "connessione in mobilità", è quindi in re ipsa condizionata da fattori contingenti e variabili in relazione alle circostanze spazio-temporali che non consentono all'operatore di garantire l'accessibilità in uno specifico momento ed in ogni località in cui si sposti il fruitore e ciò vale a limitarne la responsabilità"*. Fa presente inoltre che proprio con riferimento agli obblighi di

copertura previsti per gli operatori mobili, il Ministero dello Sviluppo Economico, con comunicazione del 03/05/17 prot. n° 470/17, ha certificato che la Wind3 ha correttamente adempiuto agli obblighi di copertura sull'intero territorio nazionale.

Produce: Contratto utenza, Print stato sms, Reclamo del 21/05/2017, Condizioni generali di contratto, fatture, log di attivazione, sms informativo "ti ho cercato", verbale MISE, Copertura rete zona di residenza dell'istante, Carta dei servizi, Delibere Agcom e Corecom, Sentenza Tribunale di Milano.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante non possono essere accolte per le ragioni di seguito specificate.

Con riferimento al malfunzionamento del servizio di telefonia mobile verificatosi nei giorni 18 e 19 gennaio 2017 e nei giorni a seguire, occorre fare riferimento alla stessa natura del servizio di somministrazione di telefonia mobile che, così come indicato nelle condizioni generali di contratto e nella carta servizi, consente al titolare dell'utenza la possibilità di fruire del servizio telefonico nella quasi totalità del territorio nazionale ed internazionale, fermo restando che in alcune zone territoriali è possibile che il servizio sia meno efficiente a causa della debolezza del segnale derivante da svariati motivi. Non esiste, al riguardo, alcun obbligo volto a garantire la totale copertura territoriale dei propri servizi. Diversamente da quanto avviene per i contratti relativi alla telefonia fissa dove è ben circoscritto il luogo di esecuzione della prestazione, per la telefonia mobile il gestore non è nelle condizioni di sapere il luogo di esecuzione del contratto, ben potendo il luogo dell'acquisto, la residenza dell'acquirente, nonché l'effettiva zona dell'uso del credito corrispondere a luoghi geograficamente distinti. Pertanto l'operatore assicura e pubblicizza una copertura territoriale dei propri servizi progressivamente estesa ma mai, una certa e totale copertura.

Dalla disamina della documentazione in atti ed in particolare del traffico riportato nella fattura n° 1732822592 del 08/03/17, riferita al periodo gennaio-febbraio 2017 si evince che l'utenza ha comunque funzionato, producendo, tra l'altro un volume di traffico (voce, dati, sms) simile a quello riportato nelle altre fatture emesse in altri periodi e che pertanto, trattandosi probabilmente di una cattiva ricezione del segnale e non di malfunzionamento del servizio, nella fattispecie in esame, come già chiarito dall'Agcom (cfr delibera 163/16/CIR, delibera 65/16/CIR), nessun indennizzo potrà essere riconosciuto all'istante in questa sede, ma soltanto la possibilità di recedere senza alcun costo effettuando port out verso altro operatore.

Relativamente alla richiesta di indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti di cui al punto ii), la stessa non può in alcun modo trovare accoglimento e ciò in quanto trattasi di servizi digitali che, come precisato in molte pronunce dell'Agcom (tra queste si citano le più recenti delibera 8/17, 29/17), sono: a) servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del Regolamento indennizzi; b) 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) servizi in relazione ai quali il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo e del

corrispondente meccanismo di liquidazione, attiene solo alla fase dell'addebito, e non a quello della attivazione in senso stretto.

Anche la richiesta di cui al punto iii) relativa al rimborso degli addebiti per servizi a pagamento contenuti nelle fatture degli anni 2015, 2016 e 2017, deve essere rigettata atteso che, relativamente al 2017, l'operatore convenuto ha dimostrato, attraverso la produzione documentale dei log di attivazione che l'istante ha volontariamente e consapevolmente accettato di attivare i detti servizi. Pertanto nessun rimborso può essere concesso. Mentre per gli anni 2015 e 2016 occorre effettuare una breve precisazione. L'attuale disciplina in materia di tutela dei dati personali, d.lgs. 1 giugno 2003, n. 196 e s.m.i., all'articolo 123, comma 1, prevede che "dati relativi al traffico riguardanti abbonati ed utenti trattati dal fornitore di una 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 comma 2 dispone inoltre che "il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale". Ne consegue, quindi, nel caso di specie, che la richiesta dell'istante di rimborso degli addebiti per servizi a pagamento contenuti nelle fatture del 2015 e del 2016 non può essere accolta, in considerazione del fatto che la tardività della contestazione avvenuta solo in data 22/05/2017 non consente all'operatore convenuto di sostenere che siano stati attivati servizi non richiesti dal cliente. Ne consegue pertanto l'impossibilità di accogliere tale richiesta.

Con riferimento alla richiesta dell'istante di cui al punto iv) la stessa non può essere accolta in quanto il reclamo inviato dall'istante in data 21/05/17 risulta riscontrato per iscritto in data 22/05/17 e quindi entro i termini previsti dalla Carta dei servizi.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, si ritiene che nulla può essere disposto a carico dell'operatore in tal senso, atteso che non è stato accertato nessun addebito nei confronti dello stesso.

UDITA la relazione del Responsabile del Procedimento, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Abruzzo rigetta l'istanza presentata dal Sig. XXX Di Nicola nei confronti della società Wind3 s.p.a., per le motivazioni espresse in premessa;
2. 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.
3. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

L'Aquila, 13 febbraio 2018

IL RELATORE

F. to Dott.ssa Annalisa Ianni

IL DIRIGENTE

F. to Dott.ssa Michela Leacche

IL PRESIDENTE

F. to Dott. Filippo Lucci

Copia informale, in versione informatica, di documento originale cartaceo, ai sensi degli artt. 22 e 40 del D.Lgs. n.82/2005. Accesso agli atti consentito in conformità al Capo V artt. 22-28 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s. m. e i.