

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

M. BRUCIAFERRI Ditta Individuale / WIND TRE XXX

(LAZIO/D/1084/2016)

Registro Co.Re.Com. n. 58/2018

IL DIRIGENTE

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 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018.

VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente M. Bruciaferri del 21.12.16;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’utente ha introdotto il presente procedimento di definizione lamentando, in ordine a tre utenze mobili attivate con il gestore Wind Tre XXX(di seguito, “Tre”) tra gennaio ed aprile 2016 , il malfunzionamento dei servizi, l’applicazione di costi difforni da quanto stipulato e la mancata risposta ai reclami.

In particolare deduceva che sin dall’attivazione la copertura di rete del gestore era inadeguata ad un uso regolare delle utenze; quanto alle fatture disconosceva i costi di attivazione non previsti dal contratto, come pure le imposte di bollo applicate sui contratti e l’onerosità dell’opzione 4G LTE, che invece doveva essere compresa nell’offerta.

Su tali basi ha richiesto:

- I. la riattivazione gratuita dell'opzione 4G LTE con restituzione dei costi indebitamente applicati;
- II. la soluzione del malfunzionamento riscontrato;
- III. il rimborso di tutti gli altri costi anomali relativi a servizi mai richiesti e mai attivati (fatture n°:1674692469; 1674444514; 1681324405; 1681637251)";
- IV. indennizzo per mancata risposta ai reclami
- V. indennizzo come da delibera AGCOM 73/11/Cons.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore ha precisato quanto segue:

-l'istante riferisce le odierne contestazioni alle seguenti numerazioni:

- +39393****500, attivata in data 04.02.2016 e legata all'acquisto del terminale modello "Samsung Galaxy Tab A 9.7", mediante la formula della vendita a rate in 30 mesi. La scadenza del vincolo contrattuale è prevista per la data del 03.08.2018;

- +39392****88, attivata in data 12.02.2016 ed a seguito di portabilità, veniva associata il piano tariffario voce ricaricabile denominato "My Business Ricaricabile formula 400" mediante l'offerta Solo Sim Ricaricabile (doc. 1). La scadenza del vincolo contrattuale è prevista per il 12.02.2018;

- +39348****511, attivata in data 30.04.2016 ed a seguito di portabilità, la stessa veniva associata al piano tariffario voce ricaricabile "My Business". La scadenza del vincolo contrattuale è prevista per la data del 30.04.2018.

Ha eccepito preliminarmente l'improcedibilità della domanda di attivazione gratuita dell'opzione 4GLTE in quanto estranea alla cognizione del Corecom ai sensi dell'art.19, comma 4 del Regolamento; parimenti ha eccepito l'improcedibilità della domanda di indennizzo per mancata risposta ai reclami in quanto già indennizzata ai sensi dell'art.2 Allegato A alla Delibera Indennizzi.

In ordine poi al malfunzionamento, rilevava la genericità ed indeterminatezza della contestazione formulata in quanto, lamentando l'utente problemi di copertura tali da non poter neppure effettuare e ricevere le chiamate o caricare le pagine o accedere alle App, non ha fornito un idoneo riscontro probatorio su quanto asserito nelle proprie memorie; inoltre, non ha mai contestato la sussistenza di tali disservizi, se non in data 4.10.2016, ovvero a distanza di ben dieci mesi dall'attivazione delle utenze. La convenuta ha fatto notare altresì che dall'esame dei tabulati del traffico depositati unitamente alla memoria, si evince come controparte abbia sempre utilizzato le proprie utenze senza alcuna difficoltà, effettuando e ricevendo regolarmente chiamate, nonché navigando costantemente sotto la rete del gestore convenuto anche usufruendo del servizio 4G LTE che permette di accedere alla rete dati ad alta velocità di "3". Inoltre, nonostante una analoga procedura di conciliazione, precedentemente avviata dinanzi al Co.Re.Com. Lazio, per gli stessi presunti disservizi di rete e conclusasi, per mero spirito conciliativo, con la disattivazione delle numerazioni senza alcun costo, oltre allo storno dell'insoluto e alla chiusura della posizione contabile, segnalava che l'istante, a distanza di qualche mese, aveva, inspiegabilmente sottoscritto nuovi contratti con la compagnia telefonica, fatto improbabile qualora fosse stato insoddisfatto del servizio reso.

Ad ogni buon conto, evidenziata la tardività della contestazione e l'assenza di qualsivoglia elemento probatorio a supporto di quanto dedotto, il Gestore ha escluso che possa essersi trattato di precarietà e/o assenza di copertura del segnale radiomobile "3" in quanto nel comune di Roma (RM), ove l'istante ha la propria sede e svolge la propria attività di impresa, la rete "3" è disponibile con la possibilità di navigare anche con il servizio Dati 4G LTE e con velocità fino a 100 mega. Peraltro l'assenza del segnale radiomobile, non impedisce la completa e totale fruizione del servizio dati grazie al roaming GPRS nazionale, grazie all'appoggio dell'utenza H3G sulle frequenze di altro operatore di telefonia mobile.

Tali circostanze del resto, erano già state rese note all'utente in occasione della risposta al suo reclamo, avvenuta con e mail del 12.10.2016 allorquando spiegava al cliente che: *"in merito alla Sua segnalazione del 04/10/2016 le comunichiamo che ad oggi non riscontriamo disservizi tecnici che impattano le sim a Lei intestate nè problemi di copertura che impattano l'indirizzo di sede legale da Lei indicato. Le sim risultano essere correttamente profilate ed agganciano rete 3. Qualora riscontrasse problemi di invio/ricezione chiamate la invitiamo a comunicarci data/ora di almeno due eventi tracciabili, controllando per ognuno: se avvenuto in invio o ricezione, se è presente rete 3G o 2G, se il disservizio si presenta in un luogo specifico verificare se il disservizio si presenta anche utilizzando la sim in un altro terminale"*

Sempre con tale risposta informava l'utente della correttezza degli addebiti da lui contestati, nonché della variazione tariffaria dell'opzione 4G LTE.

Infatti, i costi di attivazione relative alle utenze ricaricabili erano previsti dalle condizioni generali di contratto, mentre l'addebito dell'importo di € 16,00, quale bollo sul contratto, è applicato "una tantum" per legge alla sottoscrizione di nuovi contratti, come pure richiamato dall'art. 13.2 delle Condizioni Generali di contratto prevede che: *"in ogni caso, sono a carico del Cliente tutte le imposte e le tasse previste dalla legislazione vigente"*.

Tali informazioni vengono anche riportate sulle fatture emesse ed inviate agli utenti, così da consentire agli stessi una corretta lettura degli importi addebitati.

Quanto alla variazione tariffaria del servizio accessorio 4GLTE, il Gestore sottolinea di avere provveduto ad informare l'utente di tale variazione sul costo dell'opzione e sulla possibilità di disattivarla gratuitamente entro il 22.08.2016, qualora non fosse stato interessato, tramite due SMS, uno del 27.07.2016 e uno del 5.08.2016.

L'informazione era pure stata fornita mediante comunicazione allegata alle fatture.

Alla luce di quanto esposto la compagnia Wind Tre evidenziava l'infondatezza dell'avversa domanda insistendo per il rigetto della stessa.

3. Motivazione della decisione.

Sono fondate le eccezioni di inammissibilità/improcedibilità promosse da Tre : la richiesta infatti di attivazione dell'opzione gratuita 4g LTE , ovvero del profilo tariffario antecedente alla variazione apportata, poiché esclusa dalla cognizione del Corecom che è limitata alla condanna ai dovuti rimborsi/storni di somme e liquidazione di indennizzi come conseguenza di eventuali inadempimenti accertati. Oltretutto la nuova tariffa è conseguente all'esercizio riconosciuto agli operatori economici dello *jus variandi* e pertanto non annullabile.

E' altresì fondato il rilievo di improcedibilità della domanda relativa alla mancata risposta ai reclami poiché è già stato liquidato l'indennizzo contrattuale nella misura di euro 60,00 ai sensi dell'art.24 della Carta Servizi Tre, come da impegno verbalizzato all'udienza per il tentativo di conciliazione del 16.12.2016. Tale somma è stata corrisposta mediante assegno bancario inviato all'indirizzo indicato dall'istante tramite raccomandata a/r n. 151472040981.

Perciò, in conformità a quanto stabilito dall'art.2 , la domanda non è esaminabile.

3.1 Sul costo dell'opzione 4G LTE.

In via preliminare, si osserva che la ratio degli obblighi informativi previsti dagli artt. 70 e 71 del Codice consiste nel garantire agli utenti il diritto di ottenere informazioni chiare, complete e trasparenti al fine di poter orientarsi in un mercato fortemente concorrenziale e operare scelte consapevoli.

In questa prospettiva, la diffusione delle informazioni tariffarie secondo determinate modalità, disciplinate dalla normativa vigente, è finalizzata a favorire al massimo la comparabilità tra le diverse offerte mediante la piena conoscenza delle condizioni giuridiche ed economiche dei singoli servizi offerti dai diversi operatori presenti nel medesimo mercato.

L'Autorità, in base all'espresso potere conferitole dalle richiamate disposizioni del Codice, è in più occasioni intervenuta a regolamentare la disciplina di dettaglio che gli operatori devono seguire allo scopo di dare piena attuazione alle tutele predisposte in via generale dalla normativa di rango primario. È il caso della delibera n. 96/07/CONS, come successivamente sostituita dalla delibera n. 252/16/CONS, con cui sono stati fissati chiari principi in materia di trasparenza tariffaria, atti a far sì che gli utenti potessero apprendere, attraverso canali informativi differenziati, le condizioni delle diverse offerte proposte dagli operatori medesimi.

Sotto diverso profilo, in materia di modifiche contrattuali disciplinate dall'art. 70, comma 4, del Codice, l'Autorità, con la delibera n. 519/15/CONS, ha adottato il "Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche", il quale, da un lato, all'art. 3, comma 2, prevede l'obbligo degli operatori "di adeguare i propri modelli contrattuali e adottare tutte le misure necessarie affinché gli utenti dispongano, prima della conclusione del contratto, di tutte le informazioni elencate dall'articolo 70 del Codice, che devono essere riportate in modo chiaro, dettagliato e facilmente comprensibile" e, dall'altro, all'art. 6, rubricato "Modifica delle condizioni contrattuali", ribadisce il preavviso di almeno 30 giorni per consentire l'esercizio consapevole del diritto di recesso, fissando anche le modalità delle informative da rendere ai clienti (secondo quanto contenuto nell'Allegato 1 alla medesima delibera).

In base al quadro normativo come sopra descritto, dunque, è agevole ritenere che il principio vigente in tema di contratti per la fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche sia quello per cui l'utente abbia il diritto, e dunque la libertà, di scegliere l'operatore e l'offerta di servizi più convenienti, sulla base delle condizioni di contratto comunicategli al momento della stipula, ferma restando la facoltà di recesso dal contratto a fronte di un sopravvenuto esercizio di ius variandi da parte del fornitore dei servizi.

Alla luce di tali criteri, è possibile verificare la correttezza della manovra attuata dall'operatore Tre.

In particolare, l'operazione di rimodulazione posta in essere da Tre è consistita nella variazione tariffaria di un'offerta che, inizialmente attivata in modalità gratuita, è poi diventata a pagamento con la previsione di un costo mensile pari a 1,00 euro incidendo, dunque, sul piano tariffario dell'utente.

Nella fattispecie in esame, sono emerse diverse criticità relative alla mancanza di trasparenza e completezza delle informazioni concernenti la natura e i possibili effetti della rimodulazione tariffaria effettuata, la tempistica e le modalità di esercizio del diritto di recesso e le procedure di disattivazione del servizio interessato.

In ordine al rispetto delle prescrizioni attinenti alla forma delle comunicazioni in caso di modifiche contrattuali, si evidenzia che la predetta delibera n. 519/15/CONS, all'Allegato A, così dispone: *"l'informativa sul diritto di recesso deve contenere, oltre alla indicazione delle modalità per l'esercizio di tale diritto, la seguente dicitura <<Hai diritto entro il gg.mm (o entro il gg/mm se già indicata la data della modifica) di recedere dal contratto, o di passare ad altro operatore, senza penali>>"*; diversamente la Società non solo ha contemplato unicamente un diritto di disattivazione/recesso dalla sola opzione, ma non ha ritenuto neanche necessario informare i clienti della facoltà di passare ad altro operatore senza dover sostenere alcun costo. Per questo aspetto, si rileva che tale carenza informativa, per la rimodulazione, non è stata di certo colmata con il rimando alla *orphan page*: info su www.tre.it/lte utilizzato sia nell'SMS che nella comunicazione di avviso allegata alla fattura.

Come evidenziato in memoria, Tre ha inteso inquadrare la rimodulazione dell'opzione 4G LTE nell'alveo della facoltà di modifica delle condizioni economiche di un servizio accessorio (e non del contratto principale) che sarebbe riconosciuta agli operatori dal citato art. 70, comma 4, del Codice, prevedendo un meccanismo di opt-out (e, quindi, unicamente la disattivazione dell'opzione ovvero il recesso dall'opzione) a favore dei clienti che non intendano accettare tali modifiche.

Purtuttavia, siffatta misura non può certo considerarsi condizione sufficiente a tutelare l'utente. Nello specifico, nell'ambito dell'unico regolamento negoziale sussistente tra le parti, l'utente deve essere libero di poter valutare la convenienza o meno di mantenere l'intero contratto sottoscritto, oppure recedere dal solo servizio oggetto di modifica.

In tal senso, l'Autorità ha statuito che *"il diritto di recesso è esercitabile anche soltanto con riferimento ai servizi e/o opzioni aggiuntivi interessati dalla modifica unilaterale, senza che ne consegua necessariamente il recesso dall'intero contratto, ma a condizione che l'operatore comunichi, in maniera chiara, completa e tempestiva, gli esatti termini della variazione contrattuale al fine di consentire una scelta consapevole da parte degli utenti"*. Appare evidente che, da un punto di vista soggettivo, il titolare del diritto di recesso è e resta il solo l'utente a cui, pertanto, il gestore non può precludere di scegliere tra un recesso dall'intero contratto o soltanto dal singolo servizio/opzione rimodulato.

Per quanto suesposto, si deduce, quindi, che, in relazione alla trasparenza, immediatezza e completezza delle informazioni relative alla modifica delle condizioni economiche dell'opzione "4G LTE", la Società ha fornito al proprio cliente una informativa incompleta su termini e modalità per esercitare il diritto di recesso. La Società, omettendo di evidenziare elementi contrattuali rilevanti, ha condizionato il diritto di scelta dell'utente e non ha adottato misure di tutela efficaci al fine di evitare addebiti inconsapevoli.

Pertanto, per la violazione degli artt. 70 e 71 del Codice, in combinato disposto con gli artt. 3 e 6, dell'allegato A, della delibera n. 519/15/CONS, l'istante ha diritto al rimborso delle somme indebitamente pagate a titolo di opzione 4G LTE, addebito invero presente in una sola fattura, la n.1676153370 per l'importo di Euro 1,00.

In ragione dell'accertata inadeguatezza/illegittimità dell'informativa collegata alla variazione tariffaria nei termini sopra evidenziati, è possibile altresì riconoscere l'indennizzo per l'applicazione di un profilo tariffario non richiesto ai sensi dell'art.8, comma 2 Allegato A alla Delibera Indennizzi, per il periodo che va dalla data di effettività della variazione, alla data di deposito dell'istanza di definizione, e perciò :

per l'utenza 393****500 dal 29.8.2016 al 22.12.2016;

per l'utenza 348****511 dal 22.11.2016 al 22.12.2016;

Per un totale di Euro 145,00.

3.2 Sugli altri costi.

L'utente contesta i costi per ricarica di attivazione e di attivazione del Piano Unlimited Plus presenti sulla fattura n. 1681637251 relativi all'utenza 393***509 attivata il 30.4.2016, rispettivamente di Euro 9,15 e 10,00 (i.i.) ; contesta inoltre il costo per ricarica di attivazione presente sulla fattura n. 1681324405 relativo all'utenza 393***288 attivata il 12.2.2016 per l'importo di Euro 10,00 (i.i.).

L'operatore deduce genericamente che la previsione di detti costi è contenuta nelle c.g.c. senza specificare quali e senza allegarle; in mancanza di prova sulla loro debenza l'operatore è tenuto alla restituzione di detti importi per la somma complessiva di euro 29,15.

Quanto alle imposte di bollo sui contratti, anche tralasciando la riserva di legge in materia, le questioni in materia tributaria e fiscali sono sottratte alle competenze del Corecom ai sensi dell'articolo 2, comma 3 del Regolamento.

3.3 Sul malfunzionamento dei servizi

Le richieste di liquidazione degli indennizzi per malfunzionamenti dei servizi voce e dati, non possono essere accolte sotto diversi profili.

Gli stessi non sono infatti provati, ma nemmeno circostanziati iniziati, a detta dell'utente, ad aprile 2016 e protrattisi per un tempo non meglio definito. A tal riguardo l'AGCOM (ex multis Delibera 3/11/CIR) ha più volte chiarito che *“qualora dalla documentazione prodotta agli atti non emergano elementi probanti e circostanzianti tali da rendere condivisibili le asserzioni mosse dalla parte istante circa il malfunzionamento dell'utenza non è possibile accogliere la domanda dell'istante. Invero in assenza di riferimenti dettagliati l'impossibilità di accertare l'an, il quomodo, ed il quantum del verificarsi del malfunzionamento non consente in questa sede una valutazione adeguata in ordine alla liquidazione di un congruo indennizzo”*.

Osta inoltre alla disamina l'assenza assoluta di prova in ordine alle segnalazioni inoltrate al gestore. Tale infatti non può configurarsi il reclamo del 4.10.2016, intempestivo e riferito anche ad altre problematiche. La mancata segnalazione del guasto, che non consente pertanto all'operatore di attivarsi per la sua risoluzione impedisce ogni iscrizione di responsabilità contrattuale a quest'ultimo.

Ad abundantiam si segnala che, sempre per consolidata giurisprudenza Agcom, la problematica della connessione e copertura di rete per le utenze mobili, osservati gli obblighi di legge e regolamentari in merito alla preventiva comunicazione delle zone territoriali raggiunte dal segnale, ogni contestazione in merito a presunte carenze di segnale – anche in zone indoor- non può essere sindacata per la natura stessa del servizio fruito in mobilità.

4. 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 previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed 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, attese le contestazioni ed il valore della controversia si ritiene equo disporre il pagamento a favore dell'utente di Euro 50,00.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

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

DETERMINA

1. L'accoglimento parziale, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata da M. Bruciaferri Ditta Individuale nei confronti dell'operatore WindTre XXX
2. La società WindTre XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre Euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, l'importo di Euro 145,00 a titolo di indennizzo ai sensi dell'art.8, comma 2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS;
3. La società WindTre XXX è tenuta inoltre a rimborsare all'utente i costi non dovuti addebitati nelle fatture per la somma complessiva di Euro 30,15 (trenta/15).
4. La Wind Tre XXX è, altresì, tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Roma, 11/12/2018

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto