

Oggetto: definizione della controversia F. Dxxx Axxx/WINDTRE (Rif. Lazio/D/829/2017)

IL DIRETTORE

- VISTO lo Statuto, approvato con legge statutaria 11 novembre 2004, n. 1, e successive modifiche e, in particolare l'art. 24;
- VISTA la legge regionale 18 febbraio 2002, n. 6 ("Disciplina del sistema organizzativo della Giunta e del Consiglio e disposizioni relative alla dirigenza ed al personale regionale") e successive modifiche;
- VISTO il "Regolamento di organizzazione del Consiglio regionale", approvato con deliberazione dell'Ufficio di Presidenza del 29 gennaio 2003, n. 3, e successive modifiche;
- VISTA la deliberazione 27 gennaio 2022, n. 10 (Riorganizzazione delle strutture amministrative del Consiglio regionale. Modifiche al Regolamento di organizzazione. Proposta.) e in particolare l'articolo 15 ter, lettera b);
- VISTA la determinazione 9 febbraio 2022, n. A00138 ("Istituzione delle aree presso il Consiglio regionale del Lazio. Revoca della determinazione 2 settembre 2021, n. 107");
- VISTO il decreto del Presidente del Consiglio regionale 28 febbraio 2022, n. 9, con il quale, previa deliberazione dell'Ufficio di presidenza 28 febbraio 2022, n. 21, al sottoscritto Dott. Aurelio Lo Fazio è stato conferito l'incarico di direttore del servizio "Coordinamento organismi di controllo e garanzia";
- VISTO il decreto del Presidente del Consiglio regionale 15 ottobre 2020, n. 5, con il quale, previa deliberazione dell'Ufficio di presidenza 6 ottobre 2020, n. 125, è stato conferito l'incarico di responsabile della Struttura Amministrativa di supporto al Comitato regionale per le Comunicazioni, al dott. Roberto Rizzi, a cui, a seguito della citata deliberazione 10/22, l'incarico è di responsabile della struttura amministrativa di supporto al Comitato regionale per le comunicazioni, al Consiglio regionale dell'economia e del lavoro e al Difensore Civico;
- VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità);
- VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 (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 (Codi ce delle comunicazioni elettroniche);
- VISTA la delibera 16 febbraio 2011, n. 73/11/CONS (Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori), di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;
- VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13 (*Disposizioni di riordino in materia di informazione e comunicazione*) istitutiva del Comitato regionale per le comunicazioni, di seguito denominato Corecom;
- VISTO il decreto del Presidente della Regione Lazio n. T00314 del 16 dicembre 2019, con il quale è stato costituito il Comitato regionale per le Comunicazioni ella Regione Lazio (Corecom Lazio);

VISTO	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, recentemente prorogato per l'anno 2022;
VISTA	la convenzione tra l'Autorità e il Comitato, stipulata dai rispettivi Presidenti in data 5 marzo 2018, con la quale si è provveduto all'attribuzione di nuove deleghe di funzioni allo stesso Comitato, anch'essa prorogata per l'anno 2022;
VISTO	il Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, tramite la piattaforma Conciliaweb, approvato con delibera dell'Autorità n. 339/18/CONS;
VISTA	l'istanza del Sig. F. Dxxx Axxx di cui al prot. D5465 del 28/09/2017;
VISTO	il tentativo di conciliazione avvenuto in data 25/09/2017;
VISTI	gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Posizione dell'Utente

L'istante, con modello GU14, protocollato in data 29/09/2017, istanza 829/2017, in relazione a servizi di telefonia mobile e personale e servizi internet ADSL utenza privata forniti da Wind Tre 3 S.p.A., sull'utenza 328xxxx lamentava mancata o parziale fornitura del servizio, prodotti/servizi non richiesti, modifiche contrattuali, spese/fatturazioni non giustificate, traffico non riconosciuto, mancata trasparenza contrattuale e attivazione costi per recesso.

In particolare, l'istante precisava che sottoscriveva un contratto con H3G, ma fin da subito la linea voce risultava disturbata con continue cadute di rete mentre l'ADSL non funzionava correttamente a causa della totale assenza di rete.

Improvvisamente gli venivano addebitati servizi a pagamento che non aveva mai richiesto.

Esponendo numerosi reclami al call center per tali attivazioni, chiedendone la cessazione immediata e la restituzione delle somme addebitate.

I reclami rimanevano senza esito, quindi passava ad altro operatore.

In relazione al malfunzionamento del servizio nelle memorie l'istante precisa che dopo numerosi reclami effettuati al call center a causa della discontinuità della linea, che si interrompeva a pochi secondi dalla chiamata o ricezione, e in relazione al fatto che la problematica non riusciva a risolversi e causa di tali disservizi, necessitando l'utilizzo del servizio, decideva di passare ad altro operatore.

In relazione all'attivazione di servizi non richiesti: a giugno 2016 l'utente scopriva che h3g aveva addebitato costi non dovuti.

Infatti, da marzo 2016 venivano attivati servizi accessori mai richiesti: "gettoni extra soglia + musica, giochi e altri servizi App & Store di 3 etc".

L'utente, tra l'altro, dichiara che non ha mai ricevuto alcun messaggio di attivazione dei servizi non richiesti o per la navigazione extrasoglia, nè tanto meno il gestore ne ha fornito la prova dell'invio e della ricezione.

A fronte di ciò ritiene che la fatturazione e l'addebito delle fatture pagate dall'istante costituisca un indebito oggettivo, per il quale è legittima la richiesta di restituzione.

Per l'insoluto l'utente precisa che la maggior parte riguarda fatture successive alla richiesta di migrazione.

In relazione alla mancata risposta ai reclami: l'utente comunica che ha piu' volte richiesto intervento per malfunzionamento dei servizi di linea voce e ADSL, il blocco dei servizi non richiesti e il rimborso delle somme illegittimamente corrisposte a H3g, sia al call center, che a mezzo raccomandata, ma l'operatore non ha mai ritenuto di rispondere a tali reclami, quindi non ha mai voluto instaurare un dialogo al fine di comprendere come mai vi fossero delle contestazioni sui servizi fatturati.

A differenza di quanto affermato da controparte sono stati presentati diversi i reclami, al call center e a mezzo raccomandata (quest'ultima allegata alle memorie), con i quali il sig. De Angelis ha contestato i malfunzionamenti e l'attivazione di servizi mai richiesti.

L'istante precisa che in ogni caso si contesta non il piano tariffario o la fatturazione delle telefonate a consumo effettuate dall'istante, quanto la fatturazione di servizi mai richiesti e mai voluti dall'istante.

Chiede quindi:

- storno totale dell'insoluto richiesto da Wind 3;
- rimborso somme pagate e non dovute, relative a servizi non richiesti per Euro 78,13;
- indennizzi per malfunzionamento del servizio come da All. A delibera 73/11/Cons, Euro 300,00;
- indennizzi per mancata risposta ai reclami come da All. A delibera 73/11/Cons, Euro 300,00;
- indennizzi come da All. A delibera 73/11/Cons, per attivazione di servizi non richiesti € 325,00;
- Euro 150,00 per spese di procedura.

In data 25/09/2017 veniva espedito tentativo obbligatorio di conciliazione con esito negativo.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore si difende eccependo innanzitutto che più volte si fa riferimento al servizio ADSL, ma in realtà parliamo di utenza mobile, quindi servita da servizio GPRS/UMTS/LTE.

Inoltre, precisa che Wind non ha mai ricevuto alcun reclamo, e questo è indice di mancanza di interesse concreto a voler risolvere in maniera bonaria il problema e quindi contraria al principio di correttezza e buona fede.

Ricostruisce i fatti come di seguito: in data 12/05/2015 veniva attivato abbonamento consumer con piano tariffario Top Unlimited sulla numerazione portata da altro gestore 328xxx. Con il medesimo contratto l'istante aderiva all'offerta di acquisto del terminale Samsung Galaxy NoG con finanziamento Compass. Pertanto il contratto era vincolato ad una durata di 30 mesi fino al 08/11/2017. In caso di disattivazione prima di tale data il sottoscrittore era comunque tenuto al pagamento delle rate residue nei confronti di Compass, nonché della fattura riferita alle somme dovute per recesso anticipato dall'offerta in quanto è la stessa promozionalità che legittima l'operatore a pretendere la somma stabilita nei casi di recesso anticipato dall'offerta per espressa indicazione dello stesso decreto Bersani.

Il contratto sarà poi risolto unilateralmente dal cliente a seguito di port out della numerazione verso altro operatore, in data 07/07/2016, senza alcun invio di comunicazione e/o reclamo da parte istante.

L'operatore precisa di aver applicato correttamente le tariffe, secondo quanto previsto dal piano Top Unlimited.

Tutto il traffico generato per servizi non compresi nel plafond è stato oggetto di specifica ed autonoma fatturazione.

Tali importi non sono mai stati oggetti di specifica contestazione.

Ne consegue che la mancata contestazione nei termini previsti degli addebiti nei termini previsti dall'art 9 della Carta dei Servizi e dall'art. 25, comma 2, delle Condizioni Generali di contratto ne comporta la loro completa accettazione (ex plurimis Tribunale di Milano; Sentenza n. 12054 del 05.11.2012; Tribunale di Roma, Sentenza n.9292/20L3I).

In ultimo, è bene osservare come una così tardiva e soprattutto generica contestazione dei fatti, come quella che qui si discute, comporta inevitabilmente l'impossibilità per il gestore di verificare quanto contestato.

In aderenza a quanto disposto dall'art. 123 del Codice della Privacy, che 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”.

In particolare, il gestore fa notare che tutto il traffico generato oltre le soglie contrattualmente stabilite e per servizi non compresi nel plafond è stato oggetto di specifica ed autonoma tariffazione, secondo i costi previsti dal piano tariffario TOP Unlimited. Il sig. De Angelis avrebbe potuto monitorare il traffico generato ed il livello di soglia raggiunto. Onere che invece non si è affatto premurato di osservare, nonostante il gestore dia la possibilità di farlo tramite molteplici strumenti.

Il gestore ha infine verificato la pregressa attivazione e disattivazione di specifici servizi presenti in fattura e chiedendo ai fornitori degli stessi la certificazione di attivazione e disattivazione:

per il servizio fornito da MOBYCA5T ltd. il fornitore certifica che a stato attivato sul numero 3932xxx il servizio Click and Game in data 2016:04-02 09:34:26 e disattivato in data 2016-04-30 10:14:41 (Allegato LOG ATTIVAZIONE Click and game 3288xxxx)

per il servizio fornito da PLAYMOBILE SRL Il fornitore certifica (che è stato attivato sul numero 3932883xxx il servizio Game and game in data 2015-06-22 e disattivato in data 2016-06-22 (LOG ATTIVAZIONE Game And game 328xxxxx).

Il rapporto tra Wind Tre e questi provider garantisce verifiche molto stringenti. Dette verifiche vengono effettuate da una specifica piattaforma (HUB) che controlla, sui servizi wap billing ('Contenuti Portale 3'), le fasi di attivazione addebito, caring, billing e disattivazione, trattasi, pertanto, di attivazioni volontarie e consapevoli.

Il gestore precisa che ad oggi l'utente risulta debitore di Euro 271,40 per fatture insolute.

Richiede quindi il rigetto integrale delle domande del ricorrente chiedendo l'eventuale compensazione tra eventuali poste di credito e di debito.

3. Motivazione della decisione

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

- In relazione alla richiesta di indennizzi per malfunzionamento del servizio come da Allegato A alla delibera 73/11/Cons, per Euro 300,00 dall'istruttoria è emerso che l'istante inoltrava regolare segnalazione di malfunzionamento in data 29/06/2016. Nella raccomandata l'utente contestava l'attivazione di servizi mai richiesti e lamentava problematiche relative all'utilizzo del servizio telefonico sia voce che internet.

E' opportuno precisare che in caso di disservizi lamentati dall'utente (nel caso di specie malfunzionamenti della linea internet e voce), spetta all'operatore provare:

- di aver fornito il servizio in modo regolare e continuo,

- nonché di aver svolto tutte le attività necessarie a risolvere il disservizio,
- oppure dimostrare che l'inadempimento è dipeso da cause a lui non imputabili ex articolo 1218 c.c.

Nel caso di specie l'operatore non ha dimostrato di aver fornito il servizio in modo regolare e continuo nè di aver svolto tutte le attività necessarie a risolvere il disservizio, dato che l'operatore addirittura dichiara di non aver mai ricevuto alcun reclamo.

In mancanza di tali prove, come nel caso di specie, l'utente ha diritto al riconoscimento di un indennizzo per l'intera durata dell'inadempimento.

Inoltre, il fatto che l'utente abbia alla fine migrato ad altro operatore è chiara indicazione che effettivamente sussisteva un disservizio mai sanato dall'operatore, che ha quindi costretto l'utente a cambiare operatore nell'immobilità del Wind 3.

Si ritiene quindi che la richiesta possa essere accolta parzialmente, relativamente all'indennizzo erogabile, ovvero quello di cui all'art. 6 comma 2 dell'Allegato A della delibera 347/18/CONS "Indennizzo per malfunzionamento del servizio" per irregolare o discontinua erogazione del servizio pari a 3 euro per ogni giorno di malfunzionamento, con inizio nella data di invio del reclamo, e cioè il 29/06/2016, fino alla migrazione ad altro operatore, avvenuta il 07/07/2016 (in totale 8 giorni) e quindi pari ad Euro 24,00.

- In relazione alla Mancata risposta ai reclami, dall'istruttoria risulta un reclamo inviato dal cliente per iscritto tramite PEC in data 29/06/2016 all'indirizzo H3G S.P.A. - 1, Viale Leonardo Da Vinci - 20090 Trezzano Sul Naviglio (MI), con relativa ricevuta di accettazione.

Nella raccomandata l'utente contesta l'attivazione di servizi mai richiesti e problematiche relative all'utilizzo del servizio telefonico sia voce che internet.

Il gestore ha dichiarato di non aver mai ricevuto una comunicazione di disdetta, ma non spiegato in alcun modo la presenza di documentazione attestante l'invio della raccomandata documentata invece dal Cliente.

Nel caso di rigetto del reclamo il gestore ha l'obbligo di comunicazione per iscritto adeguatamente motivato, ma il gestore non ha documentato riscontri motivati a tali reclami, anzi ha dichiarato di non averli mai ricevuti.

Quindi secondo l'articolo 12 dell'all. A della Delibera 73/11/CONS, e non avendo il Gestore mai risposto ai reclami spetta il massimo di € 300,00 di indennizzo, superandosi tale limite con il calcolo pro die.

- In relazione alla richiesta di 150,00 Euro per spese sostenute per la presente procedura, la possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 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, considerato il comportamento complessivo delle parti, e l'attività difensiva, si ritiene congruo liquidare all'istante l'importo di Euro 50,00 (cinquanta) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e di definizione.

- In relazione al rimborso somme pagate e non dovute, relative a servizi non richiesti per Euro 78,13 e agli indennizzi come da All. A delibera 73/11/Cons, per attivazione di servizi non richiesti, per € 325,00, l'operatore ha allegato log di attivazione e disattivazione dei servizi oggetto di contestazione, quindi 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.

- In relazione allo storno totale dell'insoluto richiesto da Wind 3, per quanto sopra e per il fatto che la richiesta di storno dell'insoluto era strettamente collegata all'attivazione di servizi non richiesti, la richiesta di storno non può essere accolta.

Tutti gli indennizzi sopra individuati sono quindi da intendersi al netto dell'insoluto del cliente per Euro 271,40.

DETERMINA

Per i motivi sopra espressi, che costituiscono parte integrante e sostanziale della presente determinazione:

1. il parziale accoglimento dell'istanza del Sig. F. Dxxx Axxx nei confronti della società WindTre S.p.A. che è tenuta pertanto a corrispondere all'istante oltre a € 50,00 di spese di procedura:
 - € 24,00 (Euro ventiquattro/00) per mancata fruizione dei servizi;
 - € 300 (Euro 300/00) per mancata risposta ai reclami.
 - Tutti gli indennizzi sopra individuati sono quindi da intendersi al netto dell'insoluto del cliente per Euro 271,40.

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.

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 Deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it), raggiungibile anche da link del sito di questo Corecom.

dott. Aurelio Lo Fazio

f.to