

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

R. MORACE /H3G XXX

(LAZIO/D/235/2016)

Registro Corecom n. 41/2017

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 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

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 sig.ra R. Morace del 30 marzo 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

L’istante ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti di H3G, in relazione ad una utenza mobile (XXXXX14402), l’attivazione e gli addebiti dell’opzione lte internet veloce non richiesta e la mancata risposta ai reclami, e, in relazione ad altra utenza mobile (XXXXX30525), addebiti per traffico dati non riconosciuto e mancata risposta ai reclami.

Nell’istanza di definizione e negli scritti difensivi, l’utente ha richiesto quanto segue.

Con riferimento all’utenza mobile XXXXX14402:

- Indennizzo per attivazione di servizio/opzione non richiesta dal 29 ottobre 2013 (data di attivazione) al 26 febbraio 2014 (data dell’ultimo rinnovo dell’opzione)
- Rimborso degli addebiti per attivazione e per rinnovo opzione
- Indennizzo per mancata risposta ai reclami

- Spese di procedura

Con riferimento all'utenza mobile XXXXX30525:

- Rimborso degli addebiti per traffico dati sconosciuto
- Indennizzo per malfunzionamento servizio internet dal 14 marzo 2014 (data di inizio degli addebiti sconosciuti) o, in subordine, per attivazione di servizio non richiesto
- Indennizzo per mancata risposta ai reclami
- Spese di procedura

2. La posizione dell'operatore.

H3G, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata, nella quale ha eccepito in via preliminare l'incompetenza territoriale del Corecom adito e nel merito l'infondatezza delle pretese, precisando quanto segue.

Quanto all'utenza mobile XXXXX14402:

Contrariamente a quanto sostenuto dall'istante, l'attivazione dell'opzione LTE era prevista dal contratto sottoscritto dall'istante in data 26 ottobre 2013. A seguito della contestazione della cliente, H3G aveva disattivato l'opzione in data 27 agosto 2014, dando così riscontro al reclamo.

Quanto all'utenza mobile XXXXX30525:

Il traffico generato dall'utenza è stato fatturato secondo quanto contrattualmente previsto e nel rispetto del piano tariffario prescelto (Supero 10, a consumo), successivamente alla disattivazione da parte dell'utente dell'opzione Super Internet in data 14 marzo 2014. Trattandosi di traffico a consumo, non vi era alcun obbligo di avviso del consumo di traffico internet, comunque nel caso di specie al di sotto della soglia di sicurezza preimpostata ex art. 2 Delibera 326/10/CONS di Euro 50,00.

3. Motivazione della decisione.

Preliminarmente, viene rigettata l'eccezione sollevata dall'operatore di inammissibilità dell'istanza per incompetenza territoriale del Corecom adito.

In base all'art. 4 della Delibera 173/07/CONS, per determinare la competenza del Corecom in ordine alle contestazioni relative ad utenze mobili, si fa riferimento in primis al domicilio indicato dall'utente al momento della conclusione del contratto e, in mancanza, al criterio della residenza.

Premesso che una causa di improcedibilità può essere rilevata, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento amministrativo e che non sarebbe sanato dall'avvio di un procedimento di II grado, un presupposto procedimentale affetto da nullità assoluta, nella fattispecie, tuttavia si rileva che dal Print stato utenze prodotto dall'operatore, nella sezione Dati del Cliente, è riportato come indirizzo, per entrambe le numerazioni mobili oggetto di definizione, la città di Roma.

Deve pertanto ritenersi che tale sia stato il domicilio indicato dall'utente al momento della conclusione del contratto, a nulla rilevando la residenza legale in altra città. Da qui la competenza territoriale del Corecom adito.

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

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

3.1 Sull' attivazione di opzione non richiesta

L'istante lamenta l'attivazione non richiesta dell'opzione LTE sull'utenza mobile n. XXXXX14402, e chiede la liquidazione dell'indennizzo, oltre al rimborso del costo sostenuto per l'attivazione e per i rinnovi.

La domanda non può essere accolta per i motivi di seguito esposti.

E' in atti, prodotto dall'operatore, il Modulo Ricaricabile Tre Italia attinente l'utenza mobile n. XXXXX14402, compilato in ogni sua parte e sottoscritto dall'utente in data 26 ottobre 2013, ove nei Dati Offerta Usim e Terminale risulta testualmente, con riferimento al detto numero mobile, la scelta del Piano Tariffario 3Power10 con opzione Accesso Portale Opzione LTE.

Le contestazioni sollevate dall'istante in ordine alla inattendibilità, incertezza, inesistenza giuridica e nullità insanabile del modulo contrattuale, anche per mancanza di firma e timbro del gestore, sono infondate.

Come noto, infatti, il modulo sottoscritto dall'utente configura una fattispecie di contratto previsto e disciplinato dall'art. 1342 cod. civ., che si è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione.

L'esecuzione del contratto è ammessa dall'istante, nè è stato in alcun modo provato un abusivo riempimento del modulo. Il contratto deve quindi ritenersi validamente concluso.

Non solo.

Non provata, e comunque irrilevante, è l'asserita incompatibilità dell'opzione con il terminale su cui veniva utilizzata l'utenza, non potendosi escludere l'utilizzabilità della sim con altro terminale in grado di supportare l'opzione LTE.

Peraltro, se, come dichiarato dall'istante, l'opzione è stata attivata il 29 ottobre 2013 e si è poi protratta e rinnovata sino al 26 febbraio 2014, l'utente avrebbe potuto reclamarne la non voluta attivazione a partire dal 30 ottobre 2013.

Invece, stante la mancanza di prova in ordine ad eventuali pregressi reclami telefonici "pressocchè immediati", risulta che il primo reclamo scritto dell'utente è stato effettuato il 15 marzo 2014.

Pertanto, si ritiene che l'opzione sia stata attivata in presenza di una volontà dell'istante manifestata validamente con la sottoscrizione del modulo, e che non ricorra la fattispecie del servizio non richiesto, con conseguente rigetto della domanda di indennizzo e di rimborso del costo dell'opzione.

3.2 Sul traffico dati

L'istante lamenta un addebito di Euro 3,00 per traffico dati sconosciuto e mai effettuato relativamente all'utenza mobile XXXXX30525 e chiede il rimborso del costo, oltre alla liquidazione di un indennizzo.

Risulta dalle difese delle parti, e dalla mancata contestazione, che sulla linea XXXXX30525 era attivo un piano tariffario a consumo Super 10 con opzione Superinternet e che tale opzione venne disattivata il 14 marzo 2014.

Sostiene l'utente che dal 14 marzo 2014 sulla linea era stata disattivata ogni connessione e servizio dati internet "poiché il relativo terminale su cui era usata, iphone 4s 3g, era invece in quel periodo usato in wi fi esterno da rete fissa adsl". Contesta quindi gli addebiti per traffico dati effettuati dal 14 al 16 marzo 2014.

Dal canto suo, l'operatore deduce di aver tariffato tale traffico a consumo, perché successivo alla disattivazione dell'opzione Superinternet.

La domanda dell'utente di rimborso viene accolta per la seguente ragione.

Seppure non provata, e comunque irrilevante, la circostanza dedotta di utilizzo del terminale in wi fi esterno, purtuttavia la domanda dell'utente è fondata, avendo lo stesso disconosciuto il traffico effettuato e non avendo l'operatore fornito idonei elementi probatori dai quali evincere la generazione e la regolarità del traffico fatturato.

Nei casi di contestazione di traffico, è ormai pacifico che l'operatore debba fornire la prova della debenza degli importi fatturati, altrimenti l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al loro rimborso.

Per giurisprudenza consolidata, infatti, l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico: la fattura resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali .

In caso di contestazione da parte dell'utente dell'ammontare della fattura telefonica, sussiste quindi in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura contestata, ovvero di fornire la dimostrazione del corretto funzionamento del contatore centrale e della corrispondenza tra i dati forniti da esso e quelli riportati nella fattura .

Come stabilito da numerose pronunce dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni "è compito del gestore della rete assicurare tutte le misure necessarie, compatibili con l'evoluzione tecnica, atte a tutelare gli utenti da possibili furti di traffico, nonché assicurare un efficace controllo del collegamento in centrale dell'utenza" (delibera n. 10/03/CIR). E, ancora, l'operatore deve assicurare adeguati strumenti per il controllo del traffico da parte dell'utente. In caso contrario, il rischio di traffico anomalo e di furto di traffico rimangono a carico dell'operatore.

Nella fattispecie, l'operatore avrebbe dunque dovuto documentare all'istante il traffico dati contestato, inviando il dettaglio, o dando conto dei rilievi tecnici effettivamente svolti per accertarne la sussistenza e certificare gli esiti ottenuti.

L'operatore era infatti tenuto a conservare le fatture relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui ha ricevuto il reclamo dell'istante (18 marzo 2014), come previsto dal D. Lgs. 1 giugno 2003 n. 196 art. 123 comma 1 e 2 .

Stante la mancanza di prova in ordine all'effettiva generazione del traffico dati contestato dall'istante, l'operatore è tenuto a rimborsare l'importo per esso addebitato di Euro 3,00.

Viene invece rigettata la domanda di liquidazione di indennizzo.

L'addebito di somme non dovute non è infatti riconducibile ad alcuna delle fattispecie indennizzatorie previste dall'Allegato A alla Delibera 73/11/CONS, e, per consolidata

giurisprudenza dell'Autorità, il disagio patito dall'utente è sanato, in maniera soddisfacente, con lo storno e/o il rimborso delle somme indebitamente addebitate.

3.3 Sulla mancata risposta ai reclami

L'utente lamenta la mancata risposta ai reclami svolti, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

La domanda può essere accolta nei seguenti termini.

In ordine all'attivazione dell'opzione LTE, l'istante ha inviato all'operatore, via web, numerosi reclami, da considerarsi unitariamente perché attinenti al medesimo problema, il primo dei quali trasmesso il 15 marzo 2014.

A tale reclamo, si ritiene che H3G abbia fornito risposta con un comportamento concludente, e cioè con la disattivazione dell'opzione il 27 agosto 2014, seppure con 120 giorni di ritardo rispetto al termine disposto dall'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (45 giorni, previsto anche dall'art. 23 della Carta Servizi H3G).

Anche in ordine alla contestazione del traffico dati, l'istante ha inviato all'operatore, via web, numerosi reclami, il primo dei quali trasmesso il 18 marzo 2014.

A questo, l'operatore risulta aver dato concreta risposta via e mail in data 13 maggio 2014, ovvero con 11 giorni di ritardo rispetto al termine su indicato.

Pertanto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 11.1 e 11.2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, si riconosce all'utente un indennizzo per la ritardata risposta ai reclami di Euro 120,00 (centoventi/00), con riferimento al reclamo del 15 marzo 2014 e di Euro 11,00 con riferimento al reclamo del 18 marzo 2014, per complessivi Euro 131,00.

4. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo compensare tra le parti le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, in considerazione della mancata comparizione dell'istante all'udienza di discussione, del parziale accoglimento delle sue domande, nonché delle memorie difensive e del relativo considerevole numero di pagine da cui erano costituite, in relazione all'entità di quanto dedotto.

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. Accoglie parzialmente l'istanza della sig.ra R. Morace nei confronti della società H3G XXX.

2. La società H3G XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante l'importo di Euro 131,00 (centotrentuno/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2, 11.1 e 11.2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

3. La società H3G XXX è tenuta a rimborsare all'utente la somma di Euro 3,00 (tre/00) per le ragioni di cui in motivazione, oltre interessi legali dalla data del relativo pagamento;

4. La società H3G XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom 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, 14/04/2017

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto