

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
DITTA INDIVIDUALE P. POLIMANTI/H3G XXX
(LAZIO/D/262/2016)

Registro Corecom n. 37/2017

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 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 Ditta Individuale P. Polimanti presentata in data 7 aprile 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore H3G XXX, di seguito per brevità “H3G” il malfunzionamento dei servizi voce ed internet di una utenza mobile business n. XXXXX14015, la sospensione dei servizi, il passaggio non richiesto da utenza consumer ad utenza business del numero XXXXX87031, addebiti di servizi a sovrapprezzo non richiesti, ostacolo alla portabilità del numero business e la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- a. Il 31 marzo 2015 aveva sottoscritto una richiesta di MNP di una utenza business n. XXXXX14015;
- b. Sin dall’attivazione, aveva riscontrato problemi sia nel servizio voce che dati, che ne rendevano impraticabile l’uso;

- c. I reclami erano rimasti senza riscontro;
- d. Il 28 giugno 2015 aveva appreso che l'utenza consumer XXXXX87031 era stata trasformata in utenza business, senza autorizzazione;
- e. Nelle fatture aveva riscontrato addebiti Premium non dovuti e canoni non dovuti;
- f. Il 6 marzo 2016 la numerazione business era migrata in Tim;
- g. L'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione del 24 febbraio 2016 si era conclusa con esito negativo.

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

Quanto alla numerazione business XXXXX14015

Indennizzo per malfunzionamento dei servizi

Indennizzo per mancata risposta ai reclami

Quanto alla numerazione consumer XXXXX87031

Risoluzione del contratto e annullamento di tutte le fatture, senza addebiti di penali

Rimborso addebiti per servizi non richiesti e per canoni non dovuti

Copia del documento di richiesta di cambio profilo

Indennizzo per attivazione di servizi accessori non richiesti

Indennizzo per perdita numerazione

Sospensione di attività di recupero crediti fino alla definizione

2. La posizione dell'operatore

L'operatore ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità delle domande di risoluzione del contratto e di diffida dall'invio di solleciti di pagamento. Nel merito, in ordine all'utenza XXXXX14015 ha dedotto la genericità, l'indeterminatezza e la mancanza di prove in ordine ai malfunzionamenti lamentati, smentiti dai tabulati del traffico. Ha rilevato che, a fronte di disservizi lamentati da marzo 2015, il primo reclamo è stato effettuato a ottobre 2015 e nello stesso mese l'utente ha effettuato un cambio del profilo tariffario al fine di avere un plafond maggiore di GB per la navigazione in internet con vincolo contrattuale di 24 mesi. In ordine all'utenza XXXXX87031, H3G deduce di aver tariffato tutto il traffico generato dall'utenza secondo quanto contrattualmente convenuto nel rispetto dei costi previsti dai piani tariffari Top 800 e Top Infinito. Ha eccepito la mancata tempestiva contestazione delle fatture contenenti gli addebiti contestati, trovandosi nell'impossibilità di verificarne le anomalie, segnalate solo nell'istanza di conciliazione, anche alla luce dei limiti imposti dall'art. 123 D. Lgs. 196/2003. Ha contestato: a) la domanda di indennizzo per attivazione di servizi non richiesti, trattandosi semmai di fatturazione indebita che trova soddisfazione con la restituzione o lo storno degli importi non dovuti; b) la domanda di indennizzo per perdita della numerazione, essendo la numerazione sospesa per morosità. Quanto alla dedotta indebita trasformazione dell'utenza da profilo consumer a profilo business, ha contestato il cambio del profilo, rimasto consumer, evidenziando l'integrale mancato pagamento delle fatture da parte dell'utente, che ha generato la sospensione. Infine ha precisato la presenza di un insoluto di Euro 418,55.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, viene rigettata la domanda di risoluzione del contratto, perché estranea alla cognizione del presente procedimento, così come definita dall'art. 19, c. 4 del Regolamento e dalla del. AGCOM 529/09/CONS.

Sono inoltre inammissibili – e vengono rigettate - le domande di far fornire copia di documenti e di disporre che l'operatore provveda a non inviare solleciti di pagamento e/o costituzione in mora per fatture pregresse e/o penali in riferimento alla presente controversia e a non affidare la pratica a società di recupero crediti sino alla definizione, non essendo l'Autorità adita competente a pronunciarsi con provvedimenti contenenti obblighi di *facere* o *non facere*.

Così inquadrata, l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è proponibile.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

3.1. Sul malfunzionamento

L'istante lamenta il malfunzionamento dei servizi voce e internet relativi all'utenza mobile XXXXX14015 dall'attivazione sino alla data di migrazione verso Tim, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

Il malfunzionamento lamentato viene descritto in continue e repentine disconnessioni dei servizi che ne rendevano impraticabile l'uso. A riprova l'istante produce una serie di screen shot a partire dal 5 ottobre 2015 attestanti errori di chiamata ed impossibilità a ricevere la posta.

Dal canto suo, l'operatore oltre a contestare il valore probatorio delle schermate e la riconducibilità delle stesse alla numerazione, nonché la mancanza di reclami prima del 5 ottobre 2015, produce il dettaglio del traffico generato dall'utenza nei mesi da novembre 2015 a febbraio 2016. Preliminarmente, ha contestato la genericità della doglianza, sprovvista delle dovute specifiche in relazione alle circostanze spaziali e temporali che avrebbero registrato presunti disservizi (es. luoghi aperti o all'interno di edifici), tale da non mettere l'operatore in condizione di valutare la gestibilità o meno della segnalazione, neanche all'epoca del fatto.

A tal proposito, il rilievo dell'operatore è fondato: occorre fare riferimento infatti 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, per il quale, in caso contrario, potrebbe essere invocato un qualsivoglia tipo di inadempimento. 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 (cfr. Delibera n. 163/16/CIR; Delibera n. 92/15/CIR).

Deve pertanto essere rigettata la domanda dell'utente diretta ad ottenere un indennizzo per il dedotto malfunzionamento parziale del servizio mobile.

3.2 Sull'attivazione di servizi non richiesti

L'istante lamenta con riferimento all'utenza XXXXX87031 addebiti di somme per servizi a pagamento non richiesti ed un cambio profilo da consumer a business, anch'esso non richiesto, chiedendo la liquidazione di un indennizzo ed il rimborso dei costi dei servizi e dei canoni.

Le domande dell'utente, così come formulate, vengono esaminate sotto il duplice profilo di applicazione di profilo tariffario non richiesto e di attivazione di servizi accessori non richiesti.

E' pacifico che il piano tariffario dell'utenza XXXXX87031 era un piano consumer, come risulta dalla Proposta di Abbonamento – Persone Fisiche del 24 settembre 2013, né è stato contestato il cambio del profilo tariffario da Top 800 a Top Infinito dedotto da H3G.

L'istante contesta la variazione, non richiesta, del piano consumer in piano business.

Dichiara l'operatore che il profilo consumer non ha subito alcuna trasformazione in business, e che è stata modificata solo la anagrafica del cliente, nel senso che, al momento dell'attivazione dell'utenza business (successiva a quella consumer), al codice fiscale è stata affiancata la partita IVA, non essendo possibile creare due anagrafiche distinte.

La contestazione dell'utente in ordine al cambio del profilo consumer in profilo business è infondata, non avendo comportato alcuna modifica del profilo né il contratto del 2 aprile 2015 prodotto da H3G, non riconducibile all'utenza XXXXX87031, nè la dedotta arbitraria redazione della richiesta trasformazione anagrafica.

Dalle fatture prodotte, relative all'utenza XXXXX87031, infatti, risulta addebitata la tassa di concessione governativa Uso personale di Euro 10,32, ovvero di Euro 5,16 mensili (laddove la tassa per le utenze business è di Euro 12,91 per uso affari, come risulta dal piano tariffario dell'utenza).

La domanda di indennizzo per l'applicazione di un profilo non richiesto viene quindi rigettata.

Viene invece accolta la domanda di rimborso dei canoni e di annullamento delle fatture di prossima emissione, per la seguente ragione.

Risulta in atti che con raccomandata del 9 ottobre 2015, ricevuta il 12 ottobre, l'utente ha comunicato la risoluzione del contratto relativo all'utenza XXXXX87031, restituendo all'operatore la sim.

Non sono pertanto dovuti gli importi addebitati dall'operatore per traffico novembre-dicembre 2015 e per canoni gennaio-febbraio 2016 nella fattura n. 1631572819 dell'8 gennaio 2016, che l'operatore dovrà provvedere a rimborsare. H3G dovrà inoltre stornare l'eventuale insoluto relativo al contratto avente ad oggetto l'utenza XXXXX87031, con ritiro della pratica di recupero crediti a sua cura e spese.

L'istante lamenta inoltre addebiti per servizi mai richiesti, chiedendo la liquidazione di indennizzo per l'attivazione ed il rimborso dei costi addebitati.

Dall'esame delle fatture prodotte, si evince l'addebito del costo per "Pagine App&Store di 3", "Musica, giochi e altri servizi di Digital Galaxy", "Musica, giochi e altri servizi di EMCUBE", "Musica, Giochi e altri servizi di M-Services" "Servizi Mobile Pay Vari di Tekka Lab".

L'operatore dichiara di aver fatturato tutto il traffico generato per servizi non compresi nel plafond secondo i costi previsti dai profili tariffari, contestando la domanda di rimborso, oltre che di indennizzo, e in via subordinata rilevando che l'accoglimento della domanda dovrebbe essere limitato ai sei mesi antecedenti il deposito dell'istanza di conciliazione in base a quanto disposto dall'art. 123 D. Lgs. 196/2003.

La normativa sui servizi a sovrapprezzo è contenuta principalmente nel D.M. 2 marzo 2006 n. 145, "Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo". Quest'ultimo stabilisce che l'accettazione dei servizi a sovrapprezzo è ammessa solo con il consenso espresso dell'utente finale ed il servizio erogato dopo l'esplicita accettazione del consumatore (articoli 12 e 13); l'art. 12 stabilisce, altresì, le informazioni obbligatorie in materia di servizi a sovrapprezzo ivi comprese quelle inerenti alle modalità di disattivazione del servizio.

Sul piano regolamentare rileva, in proposito, anche l'art. 5, comma 4, della Delibera dell'Autorità n. 418/07/CONS, in base al quale il gestore telefonico è tenuto a disattivare immediatamente i servizi a sovrapprezzo in abbonamento e ad interrompere i conseguenti addebiti, a decorrere dalla semplice richiesta dell'utente. Si richiama infine, il Codice del Consumo, come novellato dal D.Lgs 21/14, nella misura in cui tali attivazioni avvengano per lo più con la stipula a distanza, nonché tutti i presidi ivi previsti in termini di completa informativa, possibilità di recesso di cui agli artt. 45 e segg.

In particolare l'art. 65, in tema di pagamenti supplementari, stabilisce che in assenza di consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare rispetto alla remunerazione dell'obbligazione principale, il consumatore ha diritto al rimborso di dette somme.

Orbene, sotto il profilo strettamente attinente alla debenza delle somme fatturate, dunque, la domanda è accoglibile.

Il gestore infatti non ha provato nulla sulla volontarietà dell'attivazione dei servizi in questione, ovvero di aver acquisito il consenso espresso dell'utente. Ne consegue che l'utente ha diritto allo storno/rimborso dei corrispettivi addebitati per i servizi non richiesti nel semestre antecedente la data di deposito dell'istanza di conciliazione, e precisamente:

- Euro 10,63 addebitati nella fattura n. 1538114706 dell'8 luglio 2015
- Euro 30,91 addebitati nella fattura n. 1540020121 dell'8 settembre 2015
- Euro 49,09 addebitati nella fattura n.1541802800 dell'8 novembre 2015
- Euro 63,00 addebitati nella fattura n. 1631572819 dell'8 gennaio 2016

Sotto il profilo indennizzatorio, invece, la domanda va rigettata.

Come emerso infatti dal più recente orientamento Agcom in punto di inapplicabilità a detto caso materiale della fattispecie indennizzatoria prevista dall'art.8, comma 2 , Allegato A alla Delibera 73/11/CONS (cfr. Det. n.49/15/DIT e Del 4/16/CIR), la circostanza che i contenuti digitali in questione siano forniti da un soggetto terzo diverso dall'operatore telefonico, porta ad escludere

che quest'ultimo possa ritenersi vincolato ad indennizzare i disagi subiti dall'utente per l'attivazione di servizi non richiesti e, appunto, forniti da soggetti terzi.

Si tratta infatti di servizi diversi da quelli di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono le norme del Regolamento di cui alla delibera n.73/11/CONS, essendo gli stessi forniti da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazione elettronica. Tale aspetto, sembra lasciare l'operatore escluso ed estraneo rispetto al rapporto contrattuale tra utente e fornitore del servizio. Al più, il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce il fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo, atterrebbe alla sola fase di addebito e non invece a quella di attivazione. Per il gestore telefonico pertanto, la fattispecie in esame è ascrivibile ad un'errata/indebita fatturazione che non dà luogo ad indennizzo.

Pertanto alla luce di quanto precisato, può solo considerarsi il diritto dell'utente al rimborso degli addebiti per i servizi/contenuti – “digitali” - non richiesti.

3.3. Sulla perdita della numerazione

L'istante lamenta la perdita della numerazione XXXXX87031, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

La domanda viene rigettata per la seguente ragione.

Il disservizio a fronte del quale sussiste il diritto dell'utente alla liquidazione dell'indennizzo consiste nella perdita irreversibile della numerazione.

Tale ipotesi non ricorre nella fattispecie, ove secondo quanto dichiarato dall'operatore, la numerazione è stata sospesa per morosità ed è quindi ancora nella disponibilità dell'istante. Né l'istante ha dimostrato di aver richiesto la portabilità del numero verso altro operatore, eventualmente non andata a buon fine.

In ogni caso, l'indennizzo non può essere riconosciuto, risultando dalla lettera del 12 ottobre 2015 che l'utente ha comunicato all'operatore di ritenere risolto il contratto, rinunciando, di fatto, alla conservazione della linea di cui era intestatario.

Non sussistono quindi gli estremi per la liquidazione di un indennizzo per perdita della numerazione, non emergendo elementi probanti e circostanziati tali da dimostrare l'imputabilità della eventuale perdita della titolarità della numerazione alla condotta posta in essere dall'operatore.

3.4. Sulla mancata risposta ai reclami

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

Sono in atti il riepilogo dei reclami inviati via web all'operatore e alcune email inviate al servizio clienti, relativi al problema di “errata fatturazione”. A tali reclami, risulta anche dalle difese dell'istante, l'operatore ha dato risposta, sia telefonicamente, sia via e mail (28 maggio 2015, 14 giugno 2015, 8 luglio 2015), sia attraverso comportamenti concludenti (rettifiche di intestazione e di indirizzo di spedizione).

La domanda viene quindi presa in esame con riferimento al solo reclamo scritto inviato via pec il 5 ottobre 2015 e reiterato con raccomandata assicurata del 9 ottobre 2015, stante la genericità dei dedotti reclami telefonici evidenziata nel precedente paragrafo 3.1.

Sul punto, nulla viene dedotto dall'operatore.

Rileva, allora, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *in forma scritta*, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 11.1 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, considerato che il reclamo scritto è stato ricevuto da H3G il 12 ottobre 2015, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni) e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (24 febbraio 2016), viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 97,00.

4. Sulle spese di procedura

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 adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di Euro 50,00 (cinquanta/00), da porsi a carico dell'operatore, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, nonché delle memorie difensive e del relativo considerevole numero di pagine da cui erano costituite, e del parziale accoglimento delle richieste.

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 Ditta Individuale P. Polimanti nei confronti della società H3G XXX.

2. La società H3G XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza::

- l'importo di Euro 97,00 (novantasette/00) ai sensi del combinato disposto degli articoli 2 e 11.1 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi,

3. La società H3G XXX dovrà rimborsare all'utente gli importi di Euro 10,63 addebitati nella fattura n. 1538114706 dell'8 luglio 2015, Euro 30,91 addebitati nella fattura n. 1540020121 dell'8 settembre 2015, Euro 49,09 addebitati nella fattura n.1541802800 dell'8 novembre 2015, nonché l'intero importo della fattura n. 1631572819 dell'8 gennaio 2016 di Euro 144,52, per complessivi Euro 235,15, oltre interessi legali sui singoli importi dalle date dei rispettivi pagamenti;

4. La società H3G è tenuta a stornare tutto l'eventuale insoluto relativo al contratto avente ad oggetto l'utenza XXXXX87031, con ritiro della pratica di recupero crediti a sua cura e spese.

5. 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.

6. 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.

7. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

8. 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