

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
S. CIALINI/ WINDTRE XXX (già H3G XXX)
(LAZIO/D/587/2016)

Registro Corecom n. 20/2018

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 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 S. Cialini presentata in data 26.7.2016 per il tramite di A.E.C.I. Lazio;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di H3G XXX- oggi WINDTRE XXX, l’illegittima fatturazione di servizi non richiesti, chiedendo l’indennizzo per l’attivazione dei servizi non richiesti, la restituzione delle somme indebitamente percepite e lo storno dell’insoluto.

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

- a. Dopo aver pagato per mesi fatture non conformi alle condizioni contrattuali sottoscritte, in data 30.11.2015 migrava due delle tre linee oggetto di contratto a Tim;
- b. H3G attivava due diverse numerazioni fatturando costi anomali rispetto alle condizioni contrattuali;

c. Ad aprile 2016 revocava il RID a nulla essendo valsi i molteplici reclami presentati.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto nei confronti di H3G:

- i. Rimborso di quanto pagato in eccedenza e storno insoluto;
- ii. € 2630,00 a titolo di indennizzo per attivazione di servizi non richiesti;
- iii. € 300,00 per mancata risposta al reclamo;
- iv. € 200,00 per spese di procedura;

2. La posizione dell'operatore.

H3G, nelle proprie memorie difensive, in via preliminare eccepiva la genericità delle contestazioni mosse dall'istante.

Nel merito precisava di aver tariffato tutto il traffico generato dalle utenze oggetto di contestazione secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dai piani tariffari scelti dall'istante.

Che, in particolare, ai sensi dell'art.4 della Carta Servizi , erano a disposizione dell'utente diversi strumenti di controllo della spesa quali accesso al servizio vocale automatizzato, oppure alle sezioni dedicate del portale o alla sezione Area clienti sul sito; infine mediante contatto con il Call Center.

Quanto alle voci di traffico addebitate per "*Pagine Portale 3*" e "*Contenuti Portale 3*", indicati nelle fatture depositate da controparte, è opportuno precisare quanto segue. I "*Contenuti Portale 3*" sono "*quelli scaricati o fruiti dal Portale 3; la tariffazione è ad unità in base al numero e alla tipologia di contenuti scaricati*". Tali servizi sono erogati in abbonamento e consistono in contenuti scaricabili la cui attivazione può avvenire solo da parte dell'utente sia da "*Portale 3*", sia da siti internet mobili (m-site) esterni. Il contenuto è erogato dal partner (*provider*) con cui H3G XXX ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori. Il rapporto tra H3G XXX 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.

Evidenziava che l'istante aveva contestato gli importi fatturati solo con l'UG dinanzi al Corecom Lazio e che una tempestiva segnalazione del problema avrebbe senz'altro permesso alla H3G di approntare le opportune verifiche oltre che fornire all'utente le delucidazioni del caso.

Invocava, poi, le disposizioni di cui all'art. 123, comma 1 e 2, d.lgs 196/2003, alla luce del quale può essere eventualmente valutato e preso in considerazione, solo il traffico risalente ai sei mesi antecedenti la contestazione e non oltre.

Concludeva per il rigetto dell'istanza.

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.

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 Delimitazione del *thema decidendum*

Preliminarmente si ritiene di delimitare il *thema decidendum* sulla scorta dei documenti agli atti.

E così.

E' di tutta evidenza che la questione verta su somme fatturate in eccesso rispetto all'offerta sottoscritta, che le stesse non siano esorbitanti rispetto al costo mensile così come affermato dall'istante e che la doglianza non possa essere inquadrata come attivazione di servizi non richiesti, bensì unicamente come traffico fatturato a consumo in extra soglia.

Non si entrerà nel merito della presunta portabilità di due delle tre linee a Tim e della presunta attivazione di due diverse numerazioni dal momento che non vi è prova della richiesta di portabilità (contestata pure espressamente dal gestore) e non sono state indicate le linee che sarebbero state oggetto di portabilità né, tantomeno, sono state indicate le numerazioni nuove che sarebbero state attivate.

Si tratterà, pertanto, della fondatezza della richiesta di indebita fatturazione e della fondatezza della pretesa all'indennizzo da mancata risposta al reclamo.

3.2 Sull'attivazione di servizi non richiesti – spese di fatturazione ingiustificata.

Oggetto del contenzioso è la verifica della legittimità dell'addebito di somme in extra soglia nelle fatture depositate dall'istante ed a partire dai sei mesi antecedenti il deposito dell'istanza UG del 29.4.2016 dal momento che non risulta agli atti un valido reclamo antecedente.

Si ritiene, infatti, di accogliere, sul punto, l'eccezione del gestore alla luce delle disposizioni di cui all'art. 123, comma 1 e 2, d.lgs 196/2003, sulla scorta del quale può essere eventualmente valutato e preso in considerazione, solo il traffico risalente ai sei mesi antecedenti la contestazione e non oltre. Risulta dalle dichiarazioni del gestore, e dalle fatture agli atti, che le linee intestate all'utente sono state attivate con profilo tariffario "Top 400", "Top Unlimited" e "Top Unlimited Plus".

In caso di offerte che prevedono la possibilità di fruire di una determinata quantità di servizi, in termini di tempo o di volume, per un certo periodo di tempo ad un prezzo predefinito, l'operatore deve fornire idoneo preavviso all'utente circa l'imminente raggiungimento del limite prestabilito e una adeguata informativa sulla conseguente fatturazione aggiuntiva in caso di superamento del predetto limite. In mancanza di tali comunicazioni, gli importi addebitati all'utente con fatturazione "a consumo" per servizi fruiti "extra soglia", sono da considerarsi illegittimi.

Nella fattispecie, l'operatore non ha fornito idonei elementi probatori dai quali evincere la regolarità del traffico extra soglia fatturato, nè ha provato di aver preavvisato l'utente del raggiungimento e superamento del limite di traffico previsto dai suoi piani, o di aver adottato i necessari sistemi di allerta.

Sullo specifico punto del traffico in extrasoglia, si richiama inoltre l'art. 2 Delibera 326/10/CONS (Sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile), prevede che *"Gli operatori mobili, con riferimento ai piani tariffari che prevedono un plafond di traffico dati tariffato a forfait (di tempo o di volume), rendono disponibili gratuitamente sistemi di allerta efficaci che, al raggiungimento di una soglia di consumo pari ad una percentuale del plafond di traffico (di tempo o di volume) scelta dall'utente tra le diverse opzioni proposte dall'operatore, informino l'utente medesimo: a) del raggiungimento della soglia; b) del traffico residuo"*

disponibile; c) del prossimo passaggio ad eventuale altra tariffa e del relativo prezzo al superamento del plafond.

Qualora il cliente non abbia dato indicazioni diverse in forma scritta, gli operatori provvedono a far cessare il collegamento dati non appena il credito o il traffico disponibile residuo (di tempo o di volume) di cui al comma 1 sia stato interamente esaurito dal cliente, senza ulteriori addebiti o oneri per quest'ultimo, avvisandolo di tale circostanza.

La connessione dati è riattivata nel più breve tempo possibile dopo che l'utente ha fornito, mediante una modalità semplice, il proprio consenso espresso, che non può, quindi, essere tacito o presunto”.

La stessa Delibera 326/10/CONS prevede inoltre che *“Gli operatori mobili rendono disponibili gratuitamente a tutti gli utenti sistemi di immediata comprensione e facilità di utilizzo per il controllo in tempo reale della spesa utili a fornire informazioni sul consumo accumulato espresso in volume di traffico, tempo trascorso o importo speso per i servizi di traffico dati, nonché un servizio supplementare gratuito per abilitare o disabilitare la propria utenza al traffico dati”.*

Nella memoria difensiva il gestore non fa riferimento ad alcun preavviso inviato all'utente e rispondente alle previsioni regolamentari.

La domanda di restituzione degli importi a tale titolo addebitati viene quindi accolta, ma con la limitazione di cui all'art. 123, comma 1 e 2, del d.lgs 196/2003 richiamato.

Dalla lettura di tale articolo consegue 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 tal senso, si è espressa l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con la Determina n. 49/15/DIT).

Alla luce di quanto descritto, consegue l'accoglimento della domanda dell'istante con riferimento agli importi per “extrasoglia” presenti nelle fatture emesse da H3G XXX nel semestre antecedente la data dell'UG del 29.4.2016 e per le quali va disposto, alternativamente il rimborso/storno se antecedenti o successive alla revoca del RID di Aprile 2016.

Analoghe considerazioni valgono sui costi aggiuntivi per Contenuti Portale 3 e Pagine portale 3

Quanto a dette voci di costo, pure contabilizzate con costi aggiuntivi nella sezione extra soglia delle fatture depositate, trattandosi di servizi aggiuntivi, si ritiene che vi sia stata violazione, da parte di H3G, delle norme dettate dall'Autorità in materia di attivazioni di servizi a pagamento non richiesti e, in particolare, dell'art. 3 della delibera 664/06/CONS che testualmente prevede che *“Ai sensi dell'art. 57 del Codice del consumo, è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente”.*

Il gestore telefonico, per adempiere formalmente e sostanzialmente al dettato dell'articolo 3 Delibera 664/06/CONS, avrebbe dovuto procedere alla preventiva verifica della volontà inequivoca del cliente prima dell'attivazione di qualsiasi servizio a pagamento.

H3G, che ha descritto la procedura di attivazione dei servizi a sovrapprezzo scaricabili da *“Pagine Portale 3”*, *“Contenuti Portale 3”*, soffermandosi sui particolari accorgimenti posti in essere a

tutela dell'utenza e volti ad evitare attivazioni involontarie ed inconsapevoli, non ha minimamente fornito la prova che gli addebiti in fattura siano riferibili ad attivazioni volontarie e consapevoli dell'utente, né le fatture indicano, nel dettaglio, a quali servizi si riferiscano gli addebiti relativi a "Pagine Portale 3" e "Contenuti Portale 3" contestati dall'utente e che H3G aveva quantomeno l'onere di indicare.

Limitandosi a sostenere che le procedure di controllo utilizzate renderebbero "impossibili" le attivazioni non volontarie, l'operatore non ha portato alcuna evidenza probatoria di quali siano state, nel caso di specie sottoposto all'esame, le azioni riconducibili ad una espressa e consapevole volontà di attivazione dell'utente. Il richiamo ad una delibera del Corecom Toscana, a ben vedere, è improprio in quanto detto provvedimento non basa il proprio convincimento favorevole all'operatore, valutando astrattamente la bontà delle procedure così come da questo dichiarate ma, al contrario, sulla base di documenti riferibili inequivocabilmente alla condotta dell'utente, ha verificato la volontarietà della stessa. Nulla di tutto ciò si riscontra nel caso di specie, nel quale il gestore non è stato in grado di fornire alcuna evidenza relativa alle azioni che il cliente avrebbe compiuto per confermare l'attivazione volontaria o almeno consapevole, dei servizi.

Deve pertanto riconoscersi all'utente il diritto al rimborso/storno (alternativamente se antecedenti o successive alla revoca del RID di Aprile 2016) di quanto addebitato e pagato a tale titolo a partire dai sei mesi antecedenti la data del 29.4.2016.

Il tutto per un ammontare complessivo, giusta fatture agli atti, di complessivi € 53,66.

E così, nello specifico:

- € 17.59 sulla fattura di febbraio 2016;
- € 24.64 sulla fattura di aprile 2016;
- € 11.43 sulla fattura di giugno 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 errato addebito che non dà luogo ad indennizzo.

3.3 Sui costi di recesso e sulle rate residue dei terminali.

Controparte chiede, pure, lo storno dell'insoluto.

L'utente ammette di avere revocato il RID ad aprile 2016.

Il gestore ammette di avere disattivato le utenze in data 20.5.2016 per morosità.

Non risultando agli atti alcun preavviso di risoluzione per morosità del contratto sottoscritto, si ritiene tale disattivazione illegittima.

E difatti il gestore produce un preavviso di risoluzione per morosità datato 9.7.2014, riferito alla fattura n.1436618464 dell'8.5.2014 con allegata ricevuta di raccomandata del 13.5.2016.

Non essendoci agli atti certezza sul documento ricevuto dall'istante il 13.5.2016 si ritiene non raggiunta la prova del preavviso della disattivazione delle linee.

Naturale conseguenza della illegittimità della disattivazione è la illegittimità della fatturazione relativa ai costi di recesso di cui alla fattura n. 1649112631 del 8.7.2016 e pari ad € 570,02 e di cui si dispone, pertanto, lo storno.

Contrariamente si ritiene legittima e dovuta la fattura n. 1648124289 del 8.7.2016 e relativa alle rate residue dei terminali.

3.4 Sull'indennizzo da mancata risposta al reclamo

L'utente chiede, pure, l'indennizzo per mancata risposta al reclamo.

Assume di avere inoltrato molteplici reclami telefonici.

La domanda non può trovare accoglimento.

Si evidenzia che non vi è agli atti la prova di un valido reclamo presentato dall'istante.

Né, tantomeno, sono stati circostanziati gli assunti reclami telefonici inoltrati.

Alla luce della totale mancanza di prova sul punto, la domanda viene integralmente rigettata.

4. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, dato il comportamento delle parti e le risultanze probatorie, appare equo liquidare la somma di € 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, considerato l'esito della controversia e la parziale soccombenza.

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 S. Cialini nei confronti della società WINDTRE XXX (già H3G XXX).
2. La società WINDTRE XXX è tenuta a corrispondere in favore dell'istante la somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, nonché a stornare/rimborsare la complessiva,

somma di € 53,66 per le motivazioni di cui al punto 3.2 in narrativa nonché a stornare dall'insoluto dell'istante la fattura n. 1649112631 del 8.7.2016

3. La società WINDTRE 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.

4. 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.

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

6. 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, 26/07/2018

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto