

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

NATALE R. C. / H3G XXX

(LAZIO/D/285/2015)

Registro Corecom n. 49/2016

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 R. C. Natale presentata in data 1.04.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di H3G XXX di seguito per brevità “H3G” – l’illegittima fatturazione di traffico extrasoglia, chiedendo la restituzione delle somme indebitamente percepite e l’indennizzo per il servizio “sms ricevute di ritorno”, non richiesto.

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

a. Di aver stipulato con H3G, in data 13.05.2013, un contratto denominato “Top 800” al costo mensile di € 30,00 oltre IVA, in cui erano ricompresi 800 minuti di chiamate voce, SMS e 2GB di internet.

b. Di non aver ricevuto mai alcuna fattura né altra informazione sui consumi sino al novembre 2014, data in cui si avvedeva che l'operatore aveva prelevato dal conto corrente la somma di €2.390,93, circostanza che l'ha indotta a richiedere all'operatore copia di tutte le fatture emesse.

c. Dall'esame delle predette fatture l'istante apprendeva che bimestralmente erano state addebitate somme assai elevate per traffico a consumo extra soglia che non ritiene di aver fatto e del cui costo non era stata informata dall'operatore; inoltre, non aveva mai richiesto servizi a sovrapprezzo del tipo "SMS Ricevute di Ritorno"; né veniva informata del superamento di predette soglie in aperta violazione della delibera 326/10/CONS.

d. Il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 3.03.2015, si concludeva con esito negativo, poiché le proposte conciliative del gestore H3G venivano ritenute insufficienti dall'utente;

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

- i. Risoluzione contrattuale;
- ii. Restituzione delle somme addebitate per traffico extra soglia di €1.559,15;
- iii. Indennizzo per l'attivazione del servizio a sovrapprezzo "SMS ricevute di ritorno";

Oltre alle spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore H3G.

H3G, nelle proprie memorie difensive, in via preliminare eccepiva l'inammissibilità dell'istanza di definizione ex art. 14 comma 1 delibera 173/07/CONS limitatamente alla domanda di risoluzione contrattuale.

Nel merito precisava di aver tariffato tutto il traffico generato dall'utenza oggetto di contestazione secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dal piano tariffario scelto dall'istante denominato "Top 800" che prevede a fronte del versamento di un canone mensile, la fruizione di un basket settimanale di minuti (200) per chiamate ed SMS (40), oltre a 4 GB al mese per navigare sotto rete "3". Di tali Condizioni Generali di contratto peraltro il cliente era a conoscenza avendole espressamente accettate.

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. Depositava al riguardo Delibera 44/2013 del Corecom Toscana, decisa in modo conforme a quanto sostenuto.

Quanto agli addebiti relativi alla voce “SMS ricevute di ritorno” si tratta di messaggio di notifica sulla corretta ricezione di un messaggio, la cui attivazione contestata altro non è che una semplice configurazione del terminale, che può essere autonomamente disattivata dall'utente mediante il terminale stesso. Depositava sul tema la delibera n. 113/14/CIR con la quale analoga domanda veniva rigettata.

Evidenziava che l'istante aveva contestato gli importi fatturati solo a distanza di oltre un anno e mezzo dalla sottoscrizione del contratto, ossia in data 12 dicembre 2014 e che una tempestiva segnalazione del problema avrebbe senz'altro permesso alla H3G di approntare le opportune verifiche, nonché procedere con l'immediata disattivazione dei servizi in abbonamento contestati, allo stato disattivi, oltre che fornire all'utente le delucidazioni del caso.

Quanto alla mancata ricezione delle fatture, l'istante aveva aderito al “*conto 3 online*” in data 17 maggio 2013, ovvero solo dopo 4 giorni dalla sottoscrizione del contratto, e tale servizio veniva disattivato per volontà dell'istante, il successivo 25 febbraio 2015.

Per la totalità delle fatture emesse, la contestazione risulta tardiva in quanto formulata ben oltre il termine di 90 giorni dalla data di emissione di ogni singola fattura, previsto dall'art. 9 Carta Servizi.

La H3G XXX, ricevendo – come detto – un formale reclamo soltanto dopo molti mesi non potrà certo essere condannata a corrispondere delle somme per la mancata risoluzione di una problematica tardivamente segnalata.

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.

Sempre preliminarmente questo Corecom, non può decidere sulla domanda di risoluzione contrattuale che esula, a norma dell'art.19, comma 4 delibera 173/07/CONS, dall'ambito di competenza dello stesso poiché, sono demandabili all'Autorità esclusivamente le domande relative alla liquidazione d'indennizzi o il rimborso/storno di somme non dovute.

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 Sull'addebito di traffico (voce e dati) in extra soglia.

Oggetto del contenzioso è la verifica della legittimità dell'addebito di somme in extra soglia nelle fatture depositate (in forma completa solo dal gestore), emesse dall'attivazione del contratto, il 13.5.2013, al 8.11.2014.

La domanda dell'istante è fondata per le motivazioni che seguono.

Dall'esame del dettaglio dei costi extra soglia emergono molteplici tipologie di addebito.

In primo luogo vanno esaminate quelle relative al traffico (voce e dati) generato oltre, ed al di fuori del limite/plafond del piano tariffario. Si tratta in particolare di Chiamate nazionali, Internet sotto rete 3, Internet sotto altri operatori, SMS/MMS.

L'operatore ha eccettato la corretta contabilizzazione in conformità ai costi previsti dal rispettivo piano tariffario ed in relazione alla tipologia di traffico generato (entro la soglia e in extra-soglia).

Tuttavia, ciò che rileva ai fini dell'accertamento del diritto di rimborso/storno delle somme contestate, è la mancata informazione, da parte dell'operatore, del superamento o dell'approssimarsi del limite di spesa previsto dal piano tariffario prescelto, nonché dell'effettuazione di tipologia di traffico a consumo *ab origine*.

In punto di diritto si osserva che il disposto dell'art. 3, comma 6 della delibera Agcom n. 126/07/Cons, stabilisce che *"nel caso di opzioni o promozioni che a titolo oneroso diano luogo al diritto di usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, l'operatore di telefonia informa il consumatore, in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità, dell'imminente ripristino delle condizioni economiche previste dall'offerta precedentemente sottoscritta"*.

La norma appena richiamata pone a carico del soggetto erogatore della fornitura un dovere di "protezione" nei confronti del cliente, che si sostanzia nell'obbligo di preventiva informazione dell'esaurirsi della promozione/opzione pattuita, ovvero dell'imminente superamento del limite di spesa, con conseguente addebito di costi aggiuntivi. Del resto, in generale, l'obbligo di informazione chiara, corretta e tempestiva nei riguardi degli utenti è posto a carico dei gestori di servizi di comunicazione elettronica dall'art. 5 della delibera 179/03/Cons, in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, e costituisce diretta estrinsecazione dei fondamentali principi civilistici di buona fede, lealtà e trasparenza contrattuale.

Sullo specifico punto del traffico dati 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.

Deve pertanto dedursi che la società H3g non abbia rispettato le disposizioni sopra citate, consentendo il traffico voce e dati oltre la soglia contrattualmente prevista ed al di fuori della medesima, causando all'utente gli addebiti contestati, dei quali va disposto il rimborso.

Ciò stante, ravvisata la violazione dell'obbligo di trasparenza contrattuale, si ritiene meritevole di accoglimento la richiesta di parte ricorrente, intesa ad ottenere, dall'operatore qui considerato, il rimborso delle somme contabilizzate nelle fatture in contestazione e relative alla generazione di traffico in extrasoglia (*Chiamate Nazionali; Internet sotto Rete 3, Internet sotto altri operatori e SMS/MMS*) ed effettuate inconsapevolmente con tariffazione diversa da quella promozionale.

3.2 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 di quanto addebitato e pagato a tale titolo.

3.3 Sull'attivazione del servizio non richiesto "sms ricevute di ritorno "

Per quanto concerne la richiesta sul punto, occorre precisare che il servizio "ricevuta sms/mms" è un servizio accessorio che ciascun utente può attivare o disattivare direttamente dal proprio terminale. Nel caso di specie l'istante, nonostante abbia avuto evidenza dell'attivazione di tale servizio, non ha mai provveduto a disattivare lo stesso dal proprio terminale. Ciò posto, non può imputarsi alcuna responsabilità all'operatore H3G per aver attivato un servizio non richiesto (conf. Del.113/14/CIR)

Quanto alle contestazioni sollevate dalle parti in merito alla tardività del reclamo (12.12.2014) rispetto alle fatture contestate e, dall'altro lato, in merito alla mancata ricezione delle fatture medesime, valga quanto disposto dall'attuale disciplina in materia di dati personali (d.lgs.1.6.2003, n.196 e s.m.)

L'art.123, comma 1 prevede infatti che *"i dati relativi al traffico riguardanti abbonati ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico sono cancellati o resi anonimi quando non più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica"*, fatte salve le disposizioni dei commi 2,3 e 5. Il comma 2 dispone inoltre che *"Il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari ai fini di fatturazione per l'abbonato ... è consentito al fornitore a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale"*.

Ne consegue che gli operatori telefonici, in presenza di contestazione scritta, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre e pertanto, dovendosi consentire loro l'esercizio pieno del 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. (conf. Agcom Dit .49/15).

In conclusione, ai fini del computo del rimborso all'utente delle somme in extra soglia (ad eccezione di quelle relative agli sms ricevute di ritorno), potranno considerarsi solo le fatture relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato reclamo e fino alla data di deposito dell'istanza, perciò dal giugno 2014 all'ottobre 2014, ultimo mese di fatturazione disponibile in atti.

Così, per un totale di Euro 275,16.

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 R. C. Natale 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, l'importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data dei pagamenti, di Euro 275,16 (duecento settantacinque/16).
3. 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.
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, 14/09/2016

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto