

CO.RE.COM. CAL/Bia

DETERMINAZIONE DIRETTORIALE N. 20 DEL 24-01-2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA (Minniti xxxx c/ H3G xxxx – n. utenza xxxxxxx)

IL DIRETTORE

VISTI:

la legge 14 novembre 1995, n. 481, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons, "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" ed, in particolare, l'art. 19, comma 6, che così recita: *"la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente 500,00 (cinquecento/00) euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Direttore, salvo nei casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, che possono essere rimessi alla decisione dell'Organo Collegiale"*;

il Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, adottato con delibera n. 73/11/CONS. del 16 febbraio 2011;

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni-Co.Re.Com" e successive modifiche ed integrazioni;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria, in data 19/21 dicembre 2017;

DATO ATTO della deliberazione Co.Re.Com. Calabria n. 234 del 17 luglio 2014, con cui il Comitato ha conferito al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all'adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (*cinquecento/00*) euro, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, sopra citata;

RICHIAMATO il punto III.5.5. dell'Allegato alla delibera AgCom 276/13/CONS "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", secondo cui: *" al fine di determinare il valore della controversia per l'applicazione della procedura semplificata di cui all'art. 19, comma 7, si avrà riguardo al valore del decum, e non di quanto dichiarato all'atto dell'istanza. Pertanto, seppure l'utente chieda una somma superiore come indennizzo per il disservizio subito, se l'importo effettivamente liquidato è inferiore ad euro cinquecento, si provvederà con determina direttoriale"*;

VISTA l'istanza, acquisita al prot. n. 25503 del 13 giugno 2017, con cui il ricorrente in oggetto ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società in epigrafe, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, di seguito "Regolamento";

VISTA la nota del 15 giugno 2017, prot. 26135, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

VISTA la memoria pervenuta a mezzo e- mail in data 14 luglio 2017, con cui la Società resistente ha prodotto la propria memoria difensiva con i relativi allegati nel termine di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento;

VISTA la memoria di replica pervenuta a mezzo e- mail il 24 luglio 2017, con cui il ricorrente ha prodotto la propria memoria replica nel termine di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento;

RILEVATO, sulla base della documentazione istruttorio acquisita agli atti del presente procedimento, che l'istante ha riferito di essersi accorto nel corso degli ultimi mesi di prelievi anomali sul proprio credito telefonico e di aver appreso, attraverso l'accesso al portale "App Area Clienti 3", che erano stati attivati sulla sua scheda una serie di servizi non richiesti;

DATO ATTO che il tentativo di conciliazione, tenutosi in data 24 maggio 2017, si è concluso con il mancato accordo delle parti, come da verbale di mancata conciliazione, in atti;

Per quanto sopra, il ricorrente ha chiesto l'indennizzo *"per le inadempienze e gli illegittimi abusi"* posti in essere dall'operatore telefonico nonchè il rimborso delle somme indebitamente sottratte da quest'ultimo per l'attivazione dei servizi non richiesti;

In data 14 luglio 2017 la società resistente ha fatto pervenire, nel rispetto dei termini procedurali, una memoria difensiva con cui ha eccepito che i servizi contestati dall'utente, allo stato attuale disattivati, vengono 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 esterni (m-site). L'operatore afferma che *"il contenuto è erogato dal partner (provider) con cui Wind Tre xxx. ha precisi rapporti contrattuali o da un terzo soggetto che ha rapporti contrattuali con altri operatori i quali effettuano controlli molto stringenti da una specifica piattaforma (HUB) che controlla sui servizi wap billing (Contenuti Portale 3), le fasi di attivazione, addebito, caring, billing e disattivazione. La piattaforma tecnologica di "3"(HUB) verifica che il cliente abbia cliccato sul tasto di conferma/acquisto compreso nella landing page (ossia, pagina di attivazione) del partner provider autorizzando la positiva conclusione della fase di attivazione e il susseguente addebito, solo se tale azione viene compiuta da parte dell'utente. Contestualmente alla fase di attivazione, il partner provider provvede ad inviare il c.d. "Welcome Message" che informa il cliente sulle modalità di disattivazione e sulle modalità di fruizione del servizio erogato."* Il cliente inoltre, secondo gli accordi conclusi dal gestore con i partner provider, riceve ogni settimana un sms con lo stato di attivazione del servizio, le modalità di disattivazione e di fruizione dei contenuti acquistati. La società resistente evidenzia dunque come il metodo di attivazione dei servizi contestati dall'utente è stato predisposto sia per rispettare le norme vigenti sia per accertare la volontarietà del cliente, evitando sottoscrizioni "casuali". L'operatore rileva altresì che il ricorrente non ha mai contestato gli importi addebitati dal gestore prima della proposizione della procedura conciliativa, nè ha richiesto o attivato il "blocco totale" dei servizi pur avendo già promosso qualche mese addietro un'altra procedura conciliativa avente lo stesso oggetto della presente, conclusasi con un accordo conciliativo. La società resistente pertanto conclude che nel caso di specie debba configurarsi un concorso del fatto colposo del creditore tale da far venir meno il diritto al rimborso degli importi richiesti secondo il principio espresso nelle Linee guida di cui alla delibera n. 276/13/CONS.

Per tali motivi la resistente ha chiesto il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, perchè infondate sia in fatto sia in diritto.

In data 24 luglio 2017 la parte istante ha fatto pervenire memoria di replica in cui ha contestato il contenuto della memoria di parte

resistente insistendo nelle proprie richieste.

Quanto al comportamento delle parti, valutabile ai fini della liquidazione delle spese di procedura, si rileva che entrambe hanno aderito al tentativo di conciliazione, senza raggiungere l'accordo, e che l'udienza di secondo grado non si è tenuta, in quanto non è stata giudicata necessaria, ai fini della definizione, in quanto già garantito il contraddittorio.

NEL MERITO, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste della parte istante possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato.

In primo luogo occorre rilevare come l'operatore abbia violato le norme dettate dall'Autorità in materia di attivazione di servizi a pagamento non richiesti (art. 3 Delibera 41/09/CIR, art. 3 Delibera 664/06/CONS, art.70 codice delle comunicazioni elettroniche, art. 57 codice consumo). In particolare l'art. 3 della Delibera Agcom 664/06/CONS prevede che " *Ai sensi dell'articolo 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. È altresì vietata la disattivazione non richiesta di un servizio di comunicazione elettronica. In ogni caso, la mancata risposta dell'utente ad una offerta di fornitura non significa consenso.*

In caso di attivazioni o disattivazioni di linee o contratti o di forniture di beni o servizi non richiesti gli operatori non pretendono dagli utenti alcuna prestazione corrispettiva e provvedono, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti o al ritiro di detti beni. Tutti i costi, tra i quali quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione, sono a carico dell'operatore che ha disposto l'attivazione o la disattivazione della prestazione non richiesta dall'utente, che, pertanto, non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva."

Il gestore telefonico per adempiere formalmente e sostanzialmente al dettato dell'art.3 della Delibera 664/06/CONS avrebbe dovuto procedere alla preventiva verifica della volontà inequivoca del cliente prima dell'attivazione di qualsiasi servizio a pagamento, verifica che, nel caso di specie, non risulta essere stata effettuata (in tal senso *ex plurimis* Delibera n. 87/13/CRL; Delibera n.92/13/CRL, Delibera Co.re.com Toscana 64/15). I tabulati telefonici relativi ai dettagli del traffico nel periodo di attivazione dei servizi contestati non sono in alcun modo idonei a provare la volontà dell'utente di attivare i suddetti servizi atteso che la stessa deve essere inequivoca ed espresa. I medesimi tabulati non sono neppure idonei a provare la fruizione dei servizi in quanto, dalle schermate prodotte, risulterebbero, nei mesi in cui l'utente avrebbe presumibilmente utilizzato i servizi a pagamento, delle connessioni di "Durata" 0:00:00, un "Sub Totale Durata" di 0:00:00 e un "Totale Durata" pari a 0:00:00, a riprova che i suddetti servizi non sono stati utilizzati dall'istante.

La società resistente pertanto non ha provato l'adesione all'attivazione dei servizi contestati dall'utente e pertanto ne consegue l'illegittimità di tutte le somme addebitate allo stesso, con l'obbligo da parte del gestore di rimborsare le somme indebitamente percepite. Relativamente agli importi da rimborsare occorre evidenziare che, dalle schermate prodotte dall'operatore in relazione ai dettagli di traffico, i servizi contestati risultano attivi nel periodo gennaio -marzo 2017 e i costi addebitati risultano i seguenti :

- gennaio 2017: Costo Contenuti Portale 3 = € 0,54;
- febbraio 2017: Costo Contenuti Portale 3 = € 5,90;
- marzo 2017: Costo Contenuti Portale 3 = € 10,90;

Pertanto l'istante ha diritto al rimborso della somma complessiva di € 17,34, dato che gli ulteriori prelievi sul conto telefonico lamentati dal ricorrente non risultano provati.

In merito alla richiesta di indennizzo da parte del ricorrente per l'attivazione di servizi non richiesti la stessa non può essere accolta in quanto ha ad oggetto servizi digitali. Secondo quanto evidenziato di recente dall'Autorità nella Delibera 29/17/CIR " *si tratta : a) di servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del Regolamento indennizzi; b) di servizi forniti da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazione elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l'utente ed il fornitore del servizio; c) di servizi in relazione ai quali il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo e del corrispondente meccanismo di liquidazione, attiene solo alla fase dell'addebito, e non a quello dell'attivazione in senso stretto."*

In base a tali premesse va pertanto rigettata la richiesta di indennizzo ai sensi del Regolamento di cui all'All. A alla Delibera n. 73/11/CONS.

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, l'importo di euro 50,00 (cento/00), considerato che il tentativo di conciliazione promosso dall'istante si è concluso con un verbale di mancata comparizione dell'operatore, e che, nonostante la fondatezza parziale della domanda, questi è stato onerato di ulteriori spese, per presentare l'istanza di definizione, davanti a questo Co.Re.Com..

Per tutto quanto sopra esposto

DETERMINA

L'accoglimento parziale dell'istanza presentata dal signor Minniti G.. nei confronti della società H3G xxxx.;

1. La società H3G xxxx. è tenuta a rimborsare, mediante assegno o bonifico bancario, le somme prelevate nel periodo in contestazione così come calcolate come in motivazione, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, per un importo complessivo di € 17,34 nonchè la somma di € 50,00 per le spese di procedura.
2. E' in facoltà del ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;
3. Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Regolamento "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità", come disposto dall'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259";
4. La presente determinazione è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web, sia dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sia del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell' art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

Reggio Calabria, 22 gennaio 2018

Il Responsabile del Procedimento
F.to Avv. Daniela Biancolini

IL DIRETTORE DEL CO.RE.COM.
F.to Avv. Rosario Carnevale