



Co.Re.Com. Cal/Bia

DELIBERAZIONE N. 10 del 19-02-2019

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - (Virzi XXXXX c/ Wind Tre S.p.A. - n. utenza 39XXXXXXXXX e 39XXXXXXXXX)

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 19 febbraio 2019, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Rotta Dott. Giuseppe	Presidente
Cileone Av. Massimiliano	Vicepresidente
Santacroce Av. Frank Mario	Segretario

e Av. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com;

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;

il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Corecom" e succ. modif. ed int.;

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 395/17/CONS;

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

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons. del 19 aprile 2007, "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti", di seguito "Regolamento";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori", di seguito "Regolamento indennizzi";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

VISTA l'istanza, acquisita al prot. n. 28990 del 27 giugno 2018, 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 9 luglio 2018, prot. n. 30848, 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 il 10 settembre 2018, 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;

VISTO il verbale dell'udienza di discussione del 28 novembre 2018;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha presentato la citata istanza di definizione, lamentando l'addebito nelle fatture di costi per servizi mai richiesti e non usufruiti. Tali addebiti illegittimi sono proseguiti, nonostante i reclami effettuati dall'istante e la richiesta da parte di quest'ultimo di blocco dei servizi non richiesti. L'istante rappresenta di aver effettuato per intero i pagamenti delle somme non dovute, tramite prelievo dalla carta di credito, salvo interromperli alla scadenza della stessa nel febbraio 2018. Successivamente ha migrato le proprie utenze presso altro gestore.

In base a tali premesse, l'utente ha chiesto : *"l'indennizzo per l'attivazione di servizi mai richiesti, né mai usufruiti da aprile 2017 a febbraio 2018; l' indennizzo per la mancata risposta ai reclami dell'utente e per non aver ottemperato alla richiesta di blocco dei servizi effettuata nell'agosto 2017; lo storno e la contestuale ripetizione delle somme indebitamente prelevate da aprile 2017 a dicembre 2017 ; il rimborso spese"*.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione, tenutosi in data 21 maggio 2018, si è concluso con il mancato accordo delle parti, come da verbale di mancata conciliazione, in atti;

2. La posizione dell'operatore

Il 10 settembre 2018 la società resistente ha fatto pervenire, nel rispetto dei termini procedurali, una memoria difensiva con cui ha eccepito in via preliminare l'infondatezza della richiesta di indennizzi per attivazione di servizi non richiesti, in quanto la fattispecie esula dall'ambito oggettivo di cui all'art. 8 della Delibera 73/11, non

trattandosi di attivazione di servizio non richiesto bensì di fatturazione indebita, che trova il suo soddisfacimento attraverso la restituzione degli importi addebitati in fattura o mediante lo storno degli stessi. L'operatore evidenzia altresì l'infondatezza della richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, atteso che non è stato inviato alcun reclamo scritto, né l'istante fornisce alcun riscontro probatorio alle sue affermazioni. In merito alla richiesta di rimborso degli addebiti contestati l'operatore, in relazione agli importi fatturati per servizi a pagamento indicati in fattura sotto la voce "Pagine Portale 3" e "Contenuti Portale 3", rappresenta che tali servizi, 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 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 volontà del cliente, evitando sottoscrizioni "casuali", e sottolinea quindi l'attivazione volontaria e consapevole di tali servizi da parte dell'istante, non essendo intervenuto per richiederne la disattivazione, atteso che, contrariamente a quanto *ex adverso* affermato, non è mai pervenuta alcuna richiesta di blocco. Inoltre in caso di necessità e di contestazioni da parte dell'utente, la piattaforma di 3"(HUB) è in grado di fornire i log-macchina di tutte le attività svolte da ogni utenza telefonica che abbia attivato un servizio a sovrapprezzo. Nel caso di specie, come verificabile dai log di attivazione forniti dai *partners provider* allegati, l'utente ha volontariamente attivato i servizi di cui oggi contesta l'addebito.

Da ultimo l'operatore sottolinea la pretestuosità delle richieste della controparte, attesa l'assenza di contestazione delle fatture prima della procedura obbligatoria di conciliazione e il riconoscimento da parte della società convenuta di un rimborso pari ad € 949,32 in favore dell'istante, mediante emissione di nota di credito utilizzata in compensazione su alcune fatture insolute.

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

In occasione dell'udienza di discussione, tenutasi davanti a questo Co.Re.Com. il 28 novembre 2018, le parti, presenti a mezzo dei propri delegati, hanno esposto e precisato le rispettive posizioni. Al termine dell'attività istruttoria, il fascicolo è stato trattenuto per la decisione.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso dall'istruttoria e dalla documentazione allegata, le richieste della parte istante possono essere accolte parzialmente, nei limiti come di seguito precisato.

In relazione alla richiesta di rimborso delle somme illegittimamente fatturate a titolo di servizi a pagamento mai richiesti dall'utente, dalla verifica delle fatture depositate dall'operatore in sede di richiesta di integrazione probatoria ex art. 18, comma 2, del Regolamento, emerge che in alcune di esse vengono addebitati dei costi per servizi a pagamento, che l'utente sostiene di non aver mai richiesto, sotto le voci Contenuti Portale 3, Internet sotto rete 3, Pagine Portale 3, Internet sotto altri operatori ecc. A tale proposito occorre evidenziare che l'operatore ha violato le norme dettate dall'Autorità in materia di attivazione di servizi a pagamento, non

richiesti. Sul punto si osserva che l'art. 67 quinquiesdecies Codice del Consumo statuisce al comma 1 che : " Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso, l'assenza di una risposta non implica consenso del consumatore". Il Codice del Consumo, così come da ultimo riformato in attuazione della Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, in particolare stabilisce che prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista deve chiedere il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha dedotto, utilizzando opzioni prestabilite, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento. Ancora, l'art. 7, comma 5, della Direttiva di cui alla Delibera Agcom 179/03/CSP stabilisce che: " gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalla conseguenze economiche e pregiudizievoli delle attivazioni di servizi non richiesti e che in caso di contestazione, ove l'operatore non sia in grado di dimostrare, nelle forme dovute, la ricezione di una richiesta dell'utente ovvero le eventuali problematiche tecniche – non imputabili all'operatore stesso – che hanno determinato l'attivazione contestata, l'utente ha diritto allo storno dei corrispettivi addebitati per il traffico generato con l'operatore responsabile, nonché ad un indennizzo proporzionato al disservizio causato, per ogni giorno di attivazione del servizio non richiesto". Quindi, in difetto di prova contraria, deve affermarsi l'esclusiva responsabilità della resistente ex art. 1218 del codice civile per l'indebita attivazione di servizi a pagamento non richiesti, con il conseguente diritto per l'utente ad un indennizzo proporzionato al disagio causato ed allo storno (o al rimborso, qualora il relativo pagamento risulti essere già stato effettuato) di quanto addebitatogli a tale titolo. La società resistente, nel caso di specie, non ha fornito alcun documento da cui risulti l'esistenza di una manifestazione di volontà dell'utente di attivare i servizi a sovrapprezzo *de quibus*. L'operatore, che ha descritto la procedura di attivazione dei servizi a sovrapprezzo scaricabili da "Pagine Portale 3" e "Contenuti Portale 3", soffermandosi sui particolari accorgimenti posti in essere a tutela dell'utenza e volti ad evitare attivazioni involontarie ed inconsapevoli, non ha però fornito la prova che gli addebiti in fattura siano riferibili ad attivazioni volontarie e consapevoli dell'utente, né che siano stati inviati all'utente gli sms di *caring* per avvisarlo degli abbonamenti attivi.

Tanto precisato, attesa la condotta inadempiente da parte dell'operatore alla luce della normativa sopra citata, è ragionevole accogliere la domanda dell'utente e quindi riconoscere che egli ha diritto al rimborso (ovvero, ove non fossero state saldate, allo storno) delle somme addebitate per servizi a sovrapprezzo. In considerazione della previsione normativa di cui all'art. 123, comma 2, del Dlgs 196/2003 (Codice Privacy)" secondo cui gli operatori possono conservare il dettaglio del traffico relativo all'ultimo semestre dalla data della contestazione, dovendo essere riconosciuta all'operatore la facoltà di esercitare il proprio diritto di difesa depositando il dettaglio del traffico dati, si ritiene che la resistente dovrà stornare/rimborsare tutti gli importi addebitati per i servizi a pagamento per le motivazioni già espresse, solo con riguardo alla fatturazione emessa nei 6 mesi antecedenti il reclamo (in tal senso, si è espressa anche l'Agcom con la Determina n. 49/15/DIT). Ciò anche in considerazione del fatto che l'utente non si è attivato per un anno in alcun modo per porre fine agli addebiti illegittimi, posto che non vi è prova agli atti di alcuna segnalazione telefonica e/o reclamo effettuato dall'istante in tale periodo, né della richiesta di blocco dei servizi non richiesti nonostante gli importi elevati addebitatigli; dimostrando con ciò disinteresse per il disservizio subito. Nel caso di specie, quindi, può configurarsi anche un concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227, comma 2 codice civile, tale da far venir meno il diritto al rimborso degli importi richiesti in relazione al periodo al di fuori di quello sopra indicato. Poiché la prima contestazione del disservizio coincide con l'istanza di conciliazione promossa il 27 aprile 2018, come peraltro sostenuto dall'operatore nella memoria, quest'ultimo è tenuto a rimborsare le fatture emesse dal 27 ottobre 2017 sino alla presentazione della procedura obbligatoria di conciliazione. A tale proposito occorre rilevare che la resistente ha provveduto, subito dopo l'esperimento del tentativo di conciliazione, ad emettere nota di credito con cui ha rimborsato le fatture n. 1831289XXX dell'8 gennaio 2017 e n. 1832297XXX dell'8 marzo, stornando le fatture degli importi non dovuti addebitati per servizi a pagamento non richiesti, mentre le somme residue devono essere pagate. Invero, considerando i sei mesi precedenti l'istanza di conciliazione, deve altresì essere rimborsata la fattura n. 1737561XXX dell' 8 novembre 2017 dell'importo di € 506,85, addebitato a titolo di servizi a pagamento.

L'utente, nonostante la responsabilità dell'operatore, non ha però diritto ad alcun indennizzo per l'attivazione dei servizi non richiesti, in quanto si tratta di servizi digitali che, secondo quanto evidenziato di recente dall'Autorità nella Delibera 29/17/CIR, devono ritenersi diversi dai servizi di comunicazione elettronica cui si riferiscono gli indennizzi di cui all'All.A alla delibera n. 73/11/CONS. Infatti, quanto ai servizi digitali, deve rammentarsi che trattasi: a) di servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del *Regolamento sugli 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. Come emerso infatti dal più recente orientamento Agcom in relazione all'inapplicabilità al caso in questione 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. Per il gestore telefonico pertanto, la fattispecie in esame è ascrivibile ad un errato addebito che non dà luogo ad indennizzo.

Deve invece essere rigettata la richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo, poiché non risulta agli atti alcun reclamo scritto, né sono stati forniti elementi identificativi in relazione alle segnalazioni telefoniche che l'istante sostiene di aver effettuato.

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 100,00 (cento/00), considerato che il tentativo di conciliazione promosso dall'istante si è concluso con un verbale di mancata conciliazione e che, attesa la fondatezza parziale della domanda, questi è stato onerato di ulteriori spese, per presentare l'istanza di definizione e per presenziare all'udienza di discussione, davanti a questo Co.Re.Com.

Per tutto quanto sopra esposto

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti; Udito il Presidente, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

L'accoglimento parziale delle istanze presentate dal Sig. **Virzi XXXXX** nei confronti della società Wind Tre (ex H3G) per come di seguito riportato:

1. La società Wind Tre (ex H3G) è tenuta a rimborsare all'utente le somme addebitate per servizi a pagamento nella fattura n. 1737561XXX emessa in data 8 novembre 2017 per un importo pari ad € 506,85 (cinquecentosei/85), nonché a liquidare, tramite assegno o bonifico bancario, in favore dell'istante Euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura;
2. La predetta società è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione, entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notifica della medesima;
3. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;
4. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale

ulteriore danno subito;

5. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Co.Re.Com. e dell'Autorità (www.agcom.it).

Il Segretario

F.to Avv. FranK Mario Santacroce

Il Presidente

F.to Dott. Giuseppe Rotta

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

Il Direttore

F.to Avv. Rosario Carnevale