

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
E. CANALELLA / WIND TRE XXX
(LAZIO/D/419/2016 e LAZIO/D/497/2016)

Registro Corecom n. 67/2017

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";

VISTE le istanze dell'utente E. CANALELLA presentate rispettivamente in data 03/06/2016 e 27/06/2016 nei confronti dell'operatore WIND TRE XXX;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante nell'istanza Lazio/D/419/2016

L'istante ha lamentato gli addebiti per servizi mai richiesti e traffico non riconosciuto relativi alla propria utenza mobile di cui alle fatture 1440460831 e 1442678263, chiedendone il relativo rimborso, per complessivi euro 159,56 euro.

Dichiarava, inoltre, di aver inviato due distinti reclami all'operatore, il primo dei quali tramite fax datato 12 dicembre 2014 ed il secondo a mezzo raccomandata A/R, datato 30 ottobre 2015. In entrambi i casi l'operatore non forniva nessuna risposta.

In base a tali premesse, l'utente richiedeva:

- Rimborso importi addebitati per euro 159.56;
- Indennizzo attivazione servizi non richiesti per 29 settimane, per euro 203.00;
- Indennizzo relativo alla mancata risposta di entrambi i reclami, per complessivi euro 1.200,00;
- Rimborso spese legali, per euro 322.20;
- Spese di procedura, per euro 200.00

Per un totale di euro 2.084,76.

2. La posizione dell'operatore H3G nell'istanza Lazio/D/419/2016

Con memoria difensiva depositata in data 15/07/2016, l'operatore ha confermato l'esistenza del contratto stipulato in data 02/10/2010.

In via preliminare, l'operatore eccepiva l'improcedibilità dell'istanza relativamente alla domanda di indennizzo per i reclami del 12/12/14 e 30/10/15, in quanto già indennizzato ai sensi dell'art. 2 comma 1, Allegato A Del. 73/11/CONS. Più precisamente, in data 26/02/2016 l'utente presentava un'ulteriore domanda di conciliazione, relativamente all'utenza n. xxxxxxxx193, con la quale richiedeva il riconoscimento degli indennizzi dovuti, ai medesimi reclami posti a fondamento dell'odierna istanza di definizione. Al termine di detta procedura, con verbale del 26 maggio 2016, H3G si impegnavo a corrispondere, ai sensi del sopracitato articolo, la somma di euro 120,00 quale indennizzo per la mancata risposta ai reclami (importo in corso di emissione, alla data della memoria, nel rispetto del termine di 90 giorni, come previsto dal verbale).

Nel merito, l'operatore precisava di aver fatturato tutti i costi contestati secondo quanto pattuito contrattualmente. Relativamente agli addebiti per "Pagine Portale 3" e "Contenuti Portale 3", precisava che i costi erano dovuti a servizi erogati in abbonamento, attivabili solo da parte dell'utente attraverso "Portale 3" o altri siti internet mobili. I contenuti sono erogati da un partner (provider), il quale garantisce verifiche molto stringenti, verificando che il cliente abbia cliccato sul tasto conferma/acquisto prima di attivare l'abbonamento e che in ogni caso, a seguito dell'attivazione viene inviato un welcome message che informa sulle modalità di disattivazione.

3. La replica dell'utente nell'istanza Lazio/D/419/2016

In primo luogo, l'utente eccepiva l'inammissibilità della difesa di controparte, essendo stata inviata tramite email, quindi sprovvista di prova di avvenuta ricezione. Lamentava, inoltre, il mancato rispetto del principio di sinteticità da parte dell'operatore, il quale ha comportato difficoltà di comprensione della propria memoria. Contestava anche l'eccezione di improcedibilità del gestore in relazione all'art. 2 comma 1 dell'allegato A del Regolamento, precisando che al verbale della presente istanza non fosse menzionato alcun indennizzo sul merito.

4. La posizione dell'istante nell'istanza Lazio/D/497/2016

Relativamente alla sim dati xxxxxxx193, contestava, nelle fatture 1440460831 e 1442678263 l'importo di 99.22 euro per servizi mai richiesti. Dichiarava, inoltre, di aver inviato due distinti reclami all'operatore, il primo dei quali tramite fax datato 12 dicembre 2014 ed il secondo a mezzo raccomandata A/R, datato 30 ottobre 2015. In entrambi i casi l'operatore non forniva nessuna risposta.

In base a tali premesse, l'utente richiedeva:

- Rimborso importi addebitati per euro 99.22;
- Indennizzo attivazione servizi non richiesti per 140 giorni, per euro 140.00;
- Indennizzo relativo alla mancata risposta di entrambi i reclami, per complessivi euro 1.200,00;
- Rimborso spese legali, per euro 322.20;
- Spese di procedura, per euro 200.00

Per un totale di euro 1.961,42.

5. La posizione dell'operatore H3G nell'istanza Lazio/D/497/2016

In via preliminare, l'operatore eccepiva l'improcedibilità dell'istanza relativamente alla richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, ai sensi dell'art. 2 comma 1 dell'allegato A del Regolamento, in quanto già indennizzata con verbale del 26 maggio 2016.

Nel merito, l'operatore precisava di aver fatturato tutti i costi contestati secondo quanto pattuito contrattualmente. Relativamente agli addebiti per "Pagine Portale 3" e "Contenuti Portale 3", precisava che i costi erano dovuti a servizi erogati in abbonamento, attivabili solo da parte dell'utente attraverso "Portale 3" o altri siti internet mobili. I contenuti sono erogati da un partner (provider), il quale garantisce verifiche molto stringenti, verificando che il cliente abbia cliccato sul tasto conferma/acquisto prima di attivare l'abbonamento e che in ogni caso, a seguito dell'attivazione viene inviato un welcome message che informa sulle modalità di disattivazione.

6. La replica dell'utente nell'istanza Lazio/D/497/2016

In primo luogo, l'utente eccepiva l'inammissibilità della difesa di controparte, essendo stata inviata tramite email, quindi sprovvista di prova di avvenuta ricezione. Lamentava, inoltre, il mancato rispetto del principio di sinteticità da parte dell'operatore, il quale ha comportato difficoltà di comprensione della propria memoria. Contestava, inoltre, la richiesta di riunione dei procedimenti Lazio/D/419/2016 e Lazio/D/497/2016, in quanto trattasi di servizi differenti su utenze distinte e riferibili a contratti diversi.

7. Motivazione della decisione.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa parzialmente i requisiti di ammissibilità e procedibilità di cui all'art. 14, comma 3 del Regolamento, che richiama l'art. 7, comma 3 Reg. cit., ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Viene accolta l'eccezione dell'operatore relativa all'improcedibilità della domanda sui reclami, ai sensi dell'art. 2 comma 1 dell'allegato A del Regolamento, per le seguenti motivazioni.

Dall'esame della documentazione depositata da parte istante nei fascicoli L/D/419/16 e L/D/497/16, emerge inequivocabilmente che il reclamo del 12/12/2014 (e relativo sollecito) afferente alla posizione contrattuale n. 9967049, si riferisce a due utenze mobili intestate all'utente, come confermato dalla fatturazione unitaria.

Al riguardo si osserva che l'istante ha scisso le pretese circa l'attivazione di servizi non richiesti e mancata risposta al reclamo avanzando due istanze conciliative e due conseguenti istanze di definizione; ebbene dal momento di presa conoscenza delle fatture contenenti presunti addebiti non dovuti, l'utente ha ritenuto di attivare due procedimenti contenziosi distinti basati su una contestazione unitaria.

Tale comportamento è senz'altro contrario ai principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto (ex artt. 1275 e 1276 c.c.), poiché tendente ad una indebita duplicazione di indennizzi per il medesimo fatto.

Correttamente, pertanto, il gestore ha rilevato, all'udienza di conciliazione del 26 maggio, relativa al procedimento conc. n. 2191/16, instaurato successivamente al proc. n.1603/16 e di cui all'udienza del 05/05/16, la duplicazione della domanda.

Nonostante il vizio sostanziale, il gestore ha comunque offerto, ai sensi dell'art. 2.2 dell'Allegato A del Regolamento, un doppio indennizzo, per il reclamo del 12/12/14, comprendendo anche il successivo sollecito del 15/10/15, a rigore non indennizzabile.

In proposito, il gestore ha dichiarato l'adempimento relativo all'indennizzo sulla mancata risposta ai reclami, senza però fornire prova della effettiva corresponsione, in tempi utili per la definizione, pertanto l'inammissibilità è confermata a condizione del deposito di prova del pagamento del pagamento effettuato *illo tempore*, in sede di comunicazione di adempimento della presente decisione.

È invece infondata l'eccezione dell'utente in merito alla inammissibilità della memoria di controparte perché inoltrata via email anziché a mezzo fax; infatti alcuna sanzione di inammissibilità è prevista dal Regolamento per eventuale difformità del mezzo di trasmissione degli atti difensivi. Oltretutto tale irregolarità non ha precluso la conoscenza effettiva di tale atto da parte dell'utente, che ha regolarmente replicato.

Per quanto concerne la domanda relativa all'attivazione di servizi non richiesti, si osservi quanto segue.

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.

H3G, 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 al rimborso dei corrispettivi addebitati.

Analizzando le fatture prodotte dall'operatore, poiché contengono le specifiche relative alla natura degli addebiti, si dispone pertanto il rimborso dei seguenti importi, a valere sulle seguenti fatture:

- Euro 82.27 su fatt. 1440460831;
- Euro 106,07 su fatt. 1442678263

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.

Pertanto alla luce di quanto precisato, può solo considerarsi il diritto dell'utente al rimborso degli addebiti per i servizi/contenuti –digitali- non richiesti, ma non si ritengono applicabili gli indennizzi liquidati in sede di definizione delle controversie tra utenti e operatori.

8. Sulle spese di procedura.

Per le spese di procedura si liquidano, ai sensi dell'art. 19, comma 6 Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS, tenuto conto del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione (congruità dell'offerta conciliativa), nonché della soccombenza sulla domanda principale, si ritiene equo compensare le spese tra le parti.

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 le istanze di E. CANALELLA nei confronti della società WIND TRE XXX.
2. La società WIND TRE XXX è tenuta a rimborsare l'utente delle somme di euro 82,27 su fatt. 1440460831 e euro 106,07 su fatt. 1442678263;
3. La società WIND TRE XXX è, altresì, tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento del verbale di conciliazione del 26 maggio 2016, relativamente all'indennizzo per la mancata risposta ai reclami, ai sensi dell'art. 2.2 Allegato A Del. 73/11/CONS, oltre al rimborso disposto dalla 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, 13/10/2017

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto