

## DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

### D. PRIORI / WIND TRE XXX

(LAZIO/D/680/2016)

Registro Corecom n. 26/2018

#### 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 Lazio 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 D. Priori del 16 settembre 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

#### **1. La posizione dell’Istante.**

L’istante, a seguito dell’esito negativo del tentativo di conciliazione, ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti di H3G XXX (ora “Wind Tre XXX” e di seguito solo “Tre”), in relazione all’utenza mobile n. XXXXXX6110, l’indebita fatturazione di somme per servizi non richiesti

Nell’istanza di definizione e nella memoria difensiva, l’utente ha dichiarato che il gestore in data 1.5.2015, rispettivamente alle ore 10.13 e alle 14.41, gli aveva addebitato la somma di € 0,36 per un servizio non richiesto denominato “encube”, nonché un ulteriore addebito di 18 centesimi nel giorno 16.5.2015 con la medesima causale. Precisava inoltre che non aveva mai autorizzato la fornitura di tali servizi a pagamento, né in sede di sottoscrizione del contratto, né

successivamente. Da ultimo rilevava il mancato riscontro dell'operatore al reclamo n. 8233578 del 9.5.2015 di richiesta di rimborso delle somme prelevate illegittimamente.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva:

- a. il rimborso di € 0,54 per servizi non richiesti;
- b. € 100,00 a titolo di indennizzo ex art. 8 All A Del. 73/11/CONS;
- c. € 300,00 a titolo di indennizzo ex art. 11 All A Del. 73/11/CONS per mancata risposta al reclamo dall' 1.5.2015 al 21.7.2015;
- d. € 200,00 per spese di procedura.

## **2. La posizione dell'operatore.**

Tre, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata, deducendo in via preliminare quanto segue:

- l'utenza de qua, attivata in data 5.2.2015 con p.t. "3power10" e opzioni "All in plus edition" e "All in One Special 2015", risultava attualmente attiva sui sistemi del gestore;
- quanto al tema degli addebiti per "Contenuti Portale 3" non richiesti, richiamava la pronuncia Agcom (det. n. 49/15/DIT), che nega l'accoglimento della pretesa agli indennizzi per tale fattispecie, in quanto trattasi di fatturazione indebita e, in quanto tale, debba essere soddisfatta attraverso il rimborso e/o storno degli addebiti contestati;
- inoltre, eccepiva l'improcedibilità dell'istanza per aver già provveduto, in ottemperanza a quanto proposto in sede di conciliazione, ad erogare in favore dell'istante la somma di € 120,72 a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo, così come previsto dalla propria Carta dei Servizi, a fronte della ben più esigua somma spettante, pari ad € 60,00;
- l'istanza doveva pertanto essere dichiarata improcedibile, ex art. 2.1 Delibera 73/11/CONS, in quanto afferente una causa petendi per la quale l'operatore aveva già corrisposto il relativo indennizzo.

Nel merito, ha così argomentato:

- il gestore ha tariffato tutto il traffico generato dall'utenza secondo quanto pattuito, nel rispetto del piano tariffario prescelto;
- il servizio contestato sull'utenza de qua è del tipo Wap Billing, cioè servizi in abbonamento presenti sul portale "3" oppure su siti esterni di fornitori, non partner di H3g;
- ritiene infondate le lamentele dell'istante in quanto le procedure di controllo adottate sulla piattaforma tecnologica HUB sono state appositamente studiate per evitare attivazioni "casuali", pertanto tutte le attivazioni si devono considerare "volontarie";
- in ogni caso, il cliente può, in ogni momento, chiederne la disattivazione;
- ritiene, pertanto, impossibile l'attivazione non consapevole dei vari servizi addebitati;
- infatti, dopo che il cliente ha cliccato sul tasto conferma/acquisto sulla pagina di attivazione, autorizzando la positiva conclusione ed il conseguente addebito, il partner provider provvede ad inviare il c.d. "Welcome Message" che informa il cliente sulle modalità di fruizione e su quelle di disattivazione; in merito H3G è l'unico operatore ad aver attivato accordi con i partner provider affinché inviino agli utenti sms di caring con cadenza settimanale.

### **3. La replica dell'utente.**

Con memoria di replica, l'istante ha insistito per l'accoglimento della propria domanda precisando che l'importo corrisposto dall'operatore il 30.9.2016 era da considerarsi un anticipo sul maggiore importo di € 300,00 dovuto ai sensi della Delibera 73/11/CONS, poiché corrisposto successivamente alla fase di istaurazione della controversia di cui all'istanza prot. 16-c-03974 del 13.4.2016.

### **4. La replica del gestore.**

In sede di replica l'operatore insisteva per l'accoglimento dell'eccezione di inammissibilità/improcedibilità formulata con riferimento alla richiesta di indennizzo ex art.11 Del. 73/11/CONS, precisando che l'indennizzo in questione era stato corrisposto mediante assegno circolare non trasferibile n. 3200730759-59, tratto sulla Banca Popolare di Bergamo il 7.10.2016.

### **5. Motivazione della decisione.**

In via preliminare si osserva che eccezione di inammissibilità/improcedibilità ex art.2.1 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS, sollevata dal gestore sulla richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo, è accoglibile.

Risulta in atti che, in occasione dell'udienza per il tentativo di conciliazione del 21.7.2016, l'operatore si era impegnato - ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 Delibera 73/11/CONS - a corrispondere l'importo di € 120,00 per la mancata risposta al reclamo del 9.5.2015, tramite assegno bancario.

Risulta altresì dalla documentazione versata in atti dal gestore che lo stesso abbia ottemperato a tale impegno inviando al cliente, con raccomandata a/r ricevuta in data 21.10.2016, un assegno circolare non trasferibile n. 3200730759-59, tratto sulla Banca Popolare di Bergamo il 7.10.2016. L'incasso dell'assegno è peraltro stato ammesso dallo stesso utente nella propria memoria di replica del 30.10.2016.

E' d'obbligo precisare che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, Allegato A: *"... Le disposizioni del presente regolamento non si applicano nei casi in cui l'operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia, o quando, all'esito della fase conciliativa, dal relativo verbale risultino l'impegno dell'operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi"*.

In base a tale disposizione, qualora siano stati corrisposti gli indennizzi previsti dal contratto prima di accedere alla fase contenziosa o quando il gestore si sia impegnato a farlo in occasione dell'esperimento di conciliazione, è precluso al definitore l'utilizzo dei parametri indennizzatori regolamentari (per lo più migliorativi) imponendosi la eventuale reiterazione del computo dell'indennizzo secondo gli standard contrattuali.

L'intento perseguito dal Regolatore con la disposizione in esame è ben descritto nelle osservazioni svolte dall'Autorità in sede di consultazione pubblica del testo del Regolamento Indennizzi : *"...in sede di definizione delle controversie troveranno applicazione gli importi del Regolamento solo qualora l'operatore non abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle*

*norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia, o si sia impegnato a farlo in sede conciliativa: in caso contrario ( n.d.r. ove lo abbia fatto ! ) il calcolo degli indennizzi avverrà comunque sulla base degli importi contrattualmente stabiliti. Tale specifica si rende opportuna proprio al fine di scongiurare la possibilità che le controversie siano instaurate, ovvero che ragionevoli proposte di indennizzo da parte degli operatori nel corso della procedura di conciliazione siano rifiutate, al solo fine di ottenere in sede di definizione gli importi maggiori stabiliti dal Regolamento”.*

Pertanto, alla luce di tale normativa e disposizione, e in conformità alle pronunce dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (tra cui Delibera la 113/14/CIR) e dell'Autorità adita (da ultimo, Corecom Lazio Det. nn. 12/17, 23/17 e 40/17), considerato l'impegno assunto dall'operatore nel verbale di conciliazione al riconoscimento dell'indennizzo e l'avvenuto pagamento della somma offerta in prima istanza, la richiesta dell'utente di pagamento in questa sede di un indennizzo regolamentare per la mancata risposta al reclamo in questione non può trovare accoglimento, in quanto già soddisfatta e congrua secondo il regolamento contrattuale e, in particolare, dell'art. 24 della Carta Servizi H3G, che prevedeva per l'inadempimento contestato il pagamento della minor somma di € 60,00.

### **5.1 Sul rimborso della somme prelevate**

L'istante contesta 3 addebiti effettuati dal gestore sulla propria Sim rispettivamente l'1.5.2015 (ore 10.13 e 14.41) per un totale di € 0,36 e il 16.5.2015 di € 0,18 per servizi con causale “encube”, con contestuale richiesta di rimborso.

Con riferimento alla richiesta di rimborso di somme imputabili a servizi a sovrapprezzo, la normativa applicabile in materia 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. n. 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 formativa, 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.

Delineato il quadro normativo applicabile al caso in esame, Tre non ha provato nulla sulla volontarietà dell'attivazione dei servizi a sovrapprezzo con causale “navigazione encube”, ovvero di aver acquisito il consenso espresso dell'utente, limitandosi invece alla mera descrizione dei

servizi erogati tramite il proprio portale, tra cui quello oggetto di contestazione, invocando altresì la chiarezza dei servizi offerti e delle relative tariffe, nonché i meccanismi di conclusione del contratto che avverrebbero tramite comportamenti attivi del cliente controllati dall'asserita piattaforma HUB. Non è inoltre condivisibile quanto prospettato dal gestore sull'impossibilità dell'attivazione non consapevole dei servizi a sovrapprezzo da parte dei propri clienti, atteso sia l'invio del "Welcome Message" che informa il cliente sulle modalità di fruizione e su quelle di disattivazione, sia degli sms di caring con scadenza settimanale da parte dei partner provider. Spettava invece al gestore provare di avere acquisito la volontà inequivoca ed espressa del cliente di attivare il servizio contestato, prova non raggiunta in questa sede, non avendo tra l'altro lo stesso fornito alcuna documentazione idonea a dimostrare l'applicazione dell'asserito percorso di attivazione (clic sulla piattaforma ed sms di welcome e di caring) volto all'acquisizione del servizio "encube" da parte dell'istante.

Accertata quindi la responsabilità del gestore per l'attivazione indebita di servizi a sovrapprezzo, l'utente ha il diritto, ai sensi della normativa sopra citata, al rimborso delle somme illegittimamente prelevate dalla propria Sim per l'importo richiesto pari a € 0,54.

Non può invece essere accolta, conformemente all'orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (tra cui la Delibera 29/17/CIR), la richiesta dell'istante di liquidazione dell'indennizzo per attivazione di servizi non richiesti, tenuto conto che 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 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 della attivazione in senso stretto.

## **6. Sulle spese di procedura**

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, delle difese svolte, del modico valore della controversia ed, in particolare, della congruità delle offerte proposte dal gestore sia in occasione dell'esperimento del tentativo di conciliazione sia all'udienza di definizione del 7.3.2017, entrambe rifiutate dall'utente, 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 € 500,00

## DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza della sig.ra D. Priori nei confronti di Wind Tre XXX
2. La Wind Tre XXX è tenuta a rimborsare all'istante la somma di € 0,54, maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data del prelievo.
3. La Wind Tre XXX è, altresì, tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera 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](http://www.agcom.it)).

Roma, 22/10/2018

Il Dirigente  
Aurelio Lo Fazio  
Fto