

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

G. CASCIANI / H3G XXX

(LAZIO/D/886/2015)

Registro Corecom n. 64/2016

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 sig.ra G. CASCIANI presentata in data 21.10.2015 nei confronti dell'operatore H3G XXX;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

L'istante ha lamentato l'attivazione di servizi non richiesti (Servizi Mobile Pay Vari di Mobando) sulla propria utenza mobile, addebitati nelle fatture 1534832056 del 8.4.2015 per euro 63,00 i.i. (pagata parzialmente), e nella fattura 1536890748 del 8.6.2015 per euro 56,00 i.i. (non pagata).

L'utente proponeva reclamo scritto ricevuto dal gestore il 30.6.2015, senza ricevere risposta

L'utente chiedeva pertanto lo storno della somma di euro 63,00 i.i. addebitato in fattura 1534832056 del 8.4.2015; lo storno della somma di euro 56,00 i.i. di cui alla fattura 1536890748 del 8.6.2015; l'indennizzo per attivazione di servizio non richiesto di cui alla Delibera 73/11/CONS

per euro 855,00 dall'attivazione del 1.2.2015 alla disattivazione del 20.7.2015; l'annullamento delle fatture emesse successivamente alla risoluzione del contratto; il rimborso delle spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore H3G.

Con memoria difensiva tempestivamente depositata, l'operatore ha dedotto di avere tariffato tutto il traffico generato dall'utenza secondo il profilo contrattuale "web senza limiti" sottoscritto; il servizio Mobile Pay è stato attivato volontariamente e consapevolmente dall'utente che ha dapprima ricevuto un sms di avvenuta attivazione e successivamente un sms di remind che l'abbonamento era attivo: in entrambi gli sms venivano indicate le modalità di disattivazione. Inoltre, ai sensi degli artt. 6 e 17 C.G.C. l'utente si era assunto l'onere e la responsabilità derivanti dall'utilizzazione del servizio telefonico e dell'apparato acquistato in sede di sottoscrizione del contratto.

Alcuna somma era pertanto dovuta da H3G, neppure a titolo di indennizzo negato da alcune pronunce dell'AgCom e di alcuni Corecom. Il Gestore evidenziava, infine, che alcuna delle fatture contestate era stata pagata dall'utente e che, pertanto, il contratto era stato risolto per inadempimento.

Il gestore, nel ricordare che l'utente aveva rifiutato, in sede di tentativo di conciliazione, il rimborso delle somme contestate, concludeva per il rigetto dell'istanza di definizione.

3. Motivazione della decisione.

In rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa 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.

Nel merito.

Sull'attivazione di servizi e profili tariffari non richiesti.

In via preliminare occorre richiamare le norme dettate dall'Autorità in materia di attivazione di servizi a pagamento non richiesti, ed in particolare l'articolo 3 della Delibera Agcom 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. 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 preesistenti 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. La violazione delle disposizioni di cui al comma 1 determina l'applicazione nei confronti dell'operatore della sanzione amministrativa pecuniaria nella misura editale prevista dall'art. 98, comma 11, del Codice".

Dunque il gestore telefonico, per adempiere formalmente e sostanzialmente al dettato dell'articolo 3 della Delibera sopra citata, 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, Delibere Agcom n. 87/13/CRL e n. 92/13/CRL).

H3G, su cui incombeva il relativo onere probatorio, non ha fornito la prova della richiesta dell'utente all'attivazione del servizio "Mobile Pay" che ha generato gli addebiti con causale "Servizi Mobile Pay Vari di Mobando", né dei "vari" servizi attivati e tariffati, così come non ha fornito la prova degli sms di attivazione asseritamente inviati all'utente; il gestore, infine, non ha fornito la prova di avere disattivato il servizio dopo la ricezione del reclamo dell'utente del 30.6.2015.

Pertanto, le deduzioni difensive e la documentazione prodotta dalla società H3G non risultano in alcun modo idonee a provare la volontà del cliente, che deve essere inequivoca ed espressa, di attivare i servizi contestati, i quali in mancanza della "*previa ordinazione da parte dell'utente*", come richiesto dalla Delibera Agcom n. 664/06/CONS, possono ritenersi non richiesti. Dunque ove l'operatore non sia in grado di dimostrare, nelle dovute forme, 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 i servizi, principali o accessori non richiesti, nonché ad un indennizzo per ogni giorno di attivazione non richiesta del servizio da calcolarsi dal giorno dell'attivazione non richiesta fino al ripristino della precedente configurazione, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della Delibera Agcom n. 73/11/CONS, Allegato A.

Non si condividono infatti i precedenti giurisprudenziali richiamati da H3G, che negano l'indennizzo richiesto dall'utente sul presupposto dell'attivazione volontaria e consapevole dei servizi, qui non provata; così come non si condivide l'assunto secondo cui, nel caso di specie, si tratterebbe di fatturazioni indebite che trovano ristoro mediante storno/rimborso delle somme contestate: "Mobile Pay" è, per definizione stessa del gestore, una piattaforma di pagamento che consente all'utente di acquistare sia contenuti singoli che in abbonamento senza l'utilizzo di carta di credito bensì mediante addebito del relativo costo sul credito telefonico o nel conto telefonico: dunque un vero e proprio servizio e non semplicemente una fatturazione indebita.

Si riconosce pertanto all'utente l'indennizzo ai sensi dell'art. 8, comma 2, della Delibera Agcom n. 73/11/CONS, Allegato A dall'attivazione del 8.4.2015 (come risulta dalla fattura emessa in pari data) alla disattivazione del servizio del 20.7.2015 (come dedotto dall'utente e non contestato da H3G) per complessivi Euro 103,00.

Si riconosce altresì all'utente lo storno della somma di Euro 63,00 i.i. di cui alla fattura 1534832056 del 8.4.2015; della somma di Euro 56,00 i.i. di cui alla fattura 1536890748 del 8.6.2015; della somma di Euro 42,00 i.i. di cui alla fatt. 1538858480 del 8.8.2015; mentre alcuno storno è dovuto sulla fatt. 1549144387 del 8.10.2015 contenente solo i corrispettivi per il recesso.

4. Sulle spese di procedura.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo compensare tra le parti 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 grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione, dove H3G ha offerto il pagamento della somma di Euro 228,00 rifiutato dall'utente, a fronte del modesto valore della controversia.

Le spese di procedura si liquidano, ai sensi dell'art. 19, comma 6 Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS, in Euro 30,00

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 di G. CASCIANI nei confronti della società H3G XXX.
2. La società H3G XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 30,00 (trenta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - i. Euro 103,00= (centrotre/00=) ai sensi dell'art. 8, comma 2, della Delibera Agcom n. 73/11/CONS, Allegato A.
3. La società H3G XXX è inoltre tenuta a disporre lo storno dei seguenti importi, a valere sulle seguenti fatture:
 - Euro 63,00 i.i. a valere sulla fattura 1534832056 del 8.4.2015;
 - Euro 56,00 i.i. a valere sulla fattura 1536890748 del 8.6.2015;

- Euro 42,00 i.i. a valere sulla fattura 1538858480 del 8.8.2015.

4. 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.

5. 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.

6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

7. 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, 16/12/2016

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto