

DELIBERA DL/193/15/CRL/UD del 23 novembre 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx MANCINI/ H3G xxx

(LAZIO/D/621/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 23 novembre 2015;

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 xxx Mancini presentata in data 17.7.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

Con l’istanza per l’esperimento del tentativo di conciliazione prot. n.3109/14, il sig. xxx Mancini rappresentava di essersi accorto, da una fattura dell’aprile 2013, che H3 aveva addebitato importi non giustificati, superiori a quelli pattuiti e che tale anomalia riguardava tutto il periodo di vigenza del contratto (tre anni). Dalla risposta del Servizio Clienti alla propria contestazione, apprendeva che gli importi si riferivano ad un servizio a pagamento “*sexi B*” al costo di Euro 30,00 mensili. Supponeva si trattasse di un caso di omonimia non avendo mai richiesto tali servizi. La cifra che pertanto aveva corrisposto come corrispettivo per il servizio ammontava a circa Euro 3000,00 che dovevano essere utilizzati “*a copertura dell’insoluto*”. Chiedeva il rimborso degli importi contestati.

All'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente procedimento affermando di essere stato titolare di contratto "TOP 400" relativo a servizi di telefonia mobile con il Gestore H3G per l'utenza 3333624*** dal 2010.

Di aver riscontrato nel corso del mese di Aprile 2013 un importo addebitato in fattura molto superiore a quanto pattuito e che l'Operatrice del Call Center, alla quale ha inoltrato reclamo e chiesto spiegazioni, ha riferito che detta maggiorazione era stata addebitata in quanto attivati da circa tre anni servizi a pagamento denominati "sexi B" per Euro 30,00 mensili.

Ha ipotizzato si trattasse di un caso di omonimia, avendo in passato ricevuto comunicazioni "*indirizzate al suo nominativo, ma ad una residenza del tutto diversa*" e pertanto tali servizi potevano essere stati richiesti in effetti da altro utente, ma erroneamente fatturati a lui.

H3G aveva poi illegittimamente fatturato i costi per il recesso anticipato nonostante l'inadempimento contrattuale dell'operatore.

L'Utente ha dichiarato che il Gestore non aveva mai inviato copia cartacea del Contratto, così come previsto dalla normativa in vigore e dalla Delibera 664/06/CONS.

L'Utente quindi ha richiesto:

- a) la somma di Euro 1.080,00 quale rimborso del costo del servizio non richiesto di Euro 30,00 mensili per tre anni;
- b) lo storno delle fatture nn. 1254009414, 1334458253, 1336724812, 1332263567 e 1339023919;
- c) la restituzione di Euro 200,00 addebitata nella fattura n. 1349150147 per recesso anticipato;
- d) un indennizzo per la mancata risposta ai reclami;
- e) il rimborso delle spese di procedura.
- f) nella memoria illustrativa chiedeva, inoltre, l'indennizzo per attivazione servizi non richiesti di cui all'Art. 8 Del 73/11/CONS per il periodo compreso tra il Marzo 2010 e il Dicembre 2013.

2. La posizione del gestore

In via preliminare il Gestore ha eccepito l'inammissibilità e/o improcedibilità dell'istanza limitatamente alla domanda di rimborso delle spese di procedura in quanto non demandabile all'Autorità ai sensi dell'art.19, commi 4 e 5, oltre che generica e non provata nell'ammontare delle spese sostenute, ha eccepito inoltre l'inammissibilità in ogni caso dell'istanza di definizione per genericità ed indeterminatezza della domanda di rimborso delle somme addebitate per servizi asseritamente non richiesti per tre anni, posto che l'utente ha depositato unicamente due fatture ove sarebbero stati addebitati costi per servizi non richiesti e che nessuna fattura veniva invece depositata con il formulario UG.

Parimenti, la domanda di storno delle fatture, non può trovare accoglimento in quanto non specificamente motivata.

Nel merito, H3G ha richiesto che venisse respinta l'istanza avversaria, affermando quanto segue.

Relativamente all'attivazione dei servizi non richiesti:

- di aver provveduto a fatturare in maniera legittima e regolare secondo le condizioni pattuite con l'Utente e di cui al contratto sottoscritto;
- che i servizi attivati ed addebitati nelle fatture in contestazione ("contenuti Portale 3") sono attivabili solo dall'Utente ed attraverso una specifica procedura di attivazione che prevede vari passaggi proprio al fine di accertare la effettiva volontarietà del comportamento dell'Utente ed evitare attivazioni "causali"; a conferma della volontarietà depositava il log di connessione proveniente dal fornitore del servizio che dimostrerebbe come l'utente abbia dovuto effettuare almeno due click per attivare l'abbonamento.
- che il Servizio Clienti aveva comunque proceduto alla disattivazione con disposizione di parziale rimborso (sconto in fattura)
- che erano giunti all'Utente vari SMS attraverso i quali lo stesso avrebbe potuto apprendere dell'attivazione e disattivare i servizi asseritamente non richiesti e non voluti;

In merito al reclamo effettuato dall'Utente il 22 aprile 2013 ha precisato di averne dato pronto riscontro con comunicazione del 30 aprile 2013, con la quale veniva offerta prova circa la volontarietà dell'attivazione del servizio.

Ha infine rilevato come tutte le comunicazioni, compresa la Racc. del 27 settembre 2014, siano state inviate all'Utente presso l'indirizzo indicato nel contratto, Via Francesco XXXX n. 5 e, non risultando ad H3G alcun cambio di recapito, ha escluso l'ipotesi di omonimia.

Circa l'addebito dei costi per il recesso ha ribadito la legittimità del proprio comportamento in quanto avrebbe proceduto a disattivare la linea a causa della sussistenza di insoluti da parte del Cliente, sollecitati piu' volte, prima di inviare regolare comunicazione secondo quanto disposto dal Contratto e dalle Condizioni Generali di Contratto applicabili.

3. Motivi della decisione

L'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Quanto alle eccezioni di inammissibilità sollevate dall'operatore, se ne dichiara l'infondatezza.

Il riconoscimento del rimborso delle spese sostenute dall'Utente è espressamente previsto dall'Art. 19 c. 6 del Regolamento, che testualmente recita: "*Nel provvedimento decisorio l'Autorità, nel determinare rimborsi ed indennizzi, tiene conto del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione e può riconoscere altresì il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità."*

Ne consegue che l'Utente che abbia introdotto una procedura di conciliazione e definizione ha il diritto di chiedere anche il rimborso delle spese che, potendo essere liquidato secondo criteri di equità e proporzionalità, può prescindere dall'onere probatorio circa le spese effettivamente sostenute.

Quanto all'eccezione genericità dell'istanza, per quanto l'esposizione dei fatti risulti piuttosto carente e generica e rechi inoltre circostanze e ipotesi opinabili, è comunque possibile evincerne il contenuto, consistente nell'accertamento dell'erroneità dell'addebito di costi per servizi mai richiesti, con riferimento allo specifico servizio in abbonamento a 30,00 Euro/mese (presumibilmente denominato "sexi B" fatto espressamente oggetto di reclamo da parte

dell'utente, o "sexfactorapp" come individuato dall'operatore in memoria) che l'utente asserisce essere avvenuto per tutta la durata del contratto. La domanda è pertanto ammissibile, per quanto l'insufficiente deposito di documentazione a sostegno della pretesa, limiti di molto l'oggetto della presente pronuncia (*infra*).

Deve invece dichiararsi l'inammissibilità della domanda di indennizzo per mancata risposta al reclamo, in quanto non presente nell'istanza di conciliazione e non sottoposta all'obbligatorio tentativo di conciliazione.

Ad abundantiam, nel merito, risulta dall'esame degli atti (vedi *infra*) che sia il reclamo telefonico che quello via fax abbiano trovato risposta per *facta concludentia* oltre che per iscritto.

Sull'attivazione di servizi non richiesti

Nel merito la domanda dell'utente è parzialmente fondata e va accolta con le limitazioni che seguono.

Preliminarmente pare necessario sgombrare il campo dall'ipotesi di omonimia, avanzata dall'utente solo col contenzioso e peraltro non più coltivata dal medesimo, posto che le fatture contestate -e le altre comunicazioni- sono correttamente indirizzate al suo recapito, si riferiscono all'utenza mobile oggetto di controversia e recano il codice fiscale dell'utente.

Come noto, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento.

Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

A fronte dunque alla lamentata fatturazione di "Contenuti Portale 3" senza la necessaria preventiva richiesta di attivazione degli stessi, era onere del gestore dimostrare la volontarietà dell'attivazione.

Risulta invece che il gestore abbia violato quanto prescritto dall'Autorità in materia di attivazioni di servizi a pagamento non richiesti, ed in particolare l'articolo 3 della delibera 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”.

Il gestore telefonico, per adempiere formalmente e sostanzialmente al dettato dell'articolo 3 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 non risulta essere stata effettuata.

Né risulta – in mancanza di prova che era onere del gestore fornire - quanto dedotto da H3G circa la volontaria attivazione dei servizi da parte dell'utente, poiché l'attestazione prodotta dalla Società Buongiorno fornitrice del contenuto in abbonamento, nulla prova in ordine al comportamento consapevole dell'utente sull'attivazione del servizio.

Le somme addebitate in relazione ai “contenuti Portale TRE” sono pertanto illegittime.

Si osserva tuttavia che se la domanda è in teoria accoglibile, non lo è ai fini del riconoscimento del rimborso richiesto, in quanto a fronte di una contestazione su tali contenuti che riguarda i tre anni di vigenza del contratto, l'utente ha depositato solo due fatture nelle quali risultano addebiti riferiti a tale voce:

- Fattura n. 1254009414 del 8.12.2012: € 15,31 oltre ad Iva 21%, per Contenuti Portale 3;
- Fattura n. 1334458253 del 8.4.2013: € 30,20 oltre ad Iva 21%, per Contenuti Portale 3;

In relazione a dette fatture, seppure richiesto in via istruttoria in sede di avvio del procedimento, l'utente non ha fornito prova del pagamento, anzi risulta in calce alle fatture stesse che egli non era in regola con i pagamenti e che la morosità, come confermato anche dal gestore, iniziava proprio a decorrere dall'ultima fattura dell'anno 2012.

Deve dunque ritenersi che tali somme non siano state pagate e che pertanto l'utente vanta unicamente il diritto al loro storno dall'insoluto esistente.

Ad abundantiam si sottolinea che, nonostante l'omesso deposito da parte dell'utente delle fatture e della prova dei relativi pagamenti, il gestore ha depositato tutte le fatture riferite al rapporto contrattuale e che addebiti per l'abbonamento contestato, si rinvenivano solo nelle due fatture sopra citate.

L'utente, infine, ha richiesto l'indennizzo previsto dall'art. 8, comma 2 allegato A Delibera 73/11/CONS.

La domanda non può essere accolta alla luce delle dichiarazioni delle parti, nonché delle produzioni documentali del gestore.

Le citate disposizioni della Delibera n. 664/06/CONS e, più nello specifico, il dettato dell'articolo 5, comma 4, della Delibera dell'Autorità n. 418/07/CONS, impongono agli operatori di disattivare immediatamente i servizi a sovrapprezzo in abbonamento e ad interrompere i

conseguenti addebiti, a decorrere dalla semplice richiesta dell'utente. Il gestore ha precisato al riguardo di aver adottato un procedura in ottica di *caring* del cliente, concordata con i fornitori di contenuti, che prevede l'invio di sms di benvenuto all'atto dell'attivazione e poi, ad ogni successivo rinnovo dell'abbonamento, recanti anche le modalità di disattivazione al fine di rimediare ad eventuali attivazioni inconsapevoli; è l'utente stesso d'altro canto, ad ammettere la ricezione di tali sms e a sostenere di averli consapevolmente ignorati, impedendo di fatto una soluzione celere ed agevole del problema.

Inoltre l'operatore ha provato di aver accolto fattivamente il reclamo telefonico del 17.4.2013, oltre a quello scritto del 22.4.2013, disponendo uno sconto sulla fattura di futura emissione, nonché proponendo con la risposta scritta al reclamo, un'offerta transattiva di storno degli importi contestati relativi alla voce "Contenuti Portale TRE" che l'utente ha rifiutato. Ciò accadeva quasi un anno prima dell'instaurazione della procedura contenziosa mediante istanza di conciliazione.

Inoltre, risulta dagli atti che H3g abbia osservato le disposizioni regolamentari sull'obbligo di disattivazione immediata del servizio su semplice richiesta dell'utente poiché risulta dall'attestazione del fornitore che esso sia stato attivato il 4.11.2012 e disattivato tramite Call Center il 17.4.2013, ovvero su reclamo telefonico dell'utente; le riferite circostanze trovano riscontro nelle fatture depositate.

Sulla base delle su esposte considerazioni, e dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto ex artt. 1175 e 1375, la domanda di indennizzo non può essere accolta a fronte del comportamento dell'utente che di fatto ha aggravato la responsabilità del gestore impedendo una pronta risoluzione del disservizio, pertanto determinando egli stesso il periodo astrattamente indennizzabile e non versando alcun corrispettivo, nemmeno parziale, per le fatture contestate.

Sul recesso anticipato

L'utente ha depositato una terza fattura, la n.1349150147 del 12.12.2013, addebitante il corrispettivo per recesso anticipato, di cui ha chiesto la restituzione. La domanda non può essere accolta.

Premesso che anche di tale fattura non risulta il pagamento, deve rilevarsi ancora una volta come l'utente non abbia versato alcun corrispettivo, nemmeno per le somme non contestate, obbligo previsto dall'art.5 del Regolamento Agcom n.173/07/CONS, già prima della contestazione formale dell'aprile 2013, ed anche successivamente, fino alla sospensione del servizio (preavvisata come provato documentalmente dal gestore e non contestato dall'utente) e fino alla risoluzione contrattuale (preavvisata anch'essa e non contestata).

A fronte pertanto di una condotta del gestore conforme agli obblighi di cui all'art.5 citato, l'utente ha totalmente omesso il pagamento delle fatture a fronte di una contestazione residuale ed a fronte della prova fornita dal gestore di aver posto rimedio al disservizio occorso.

Inoltre l'utente non ha provato (sebbene richiesto) un'eventuale comunicazione di risoluzione contrattuale per inadempimento inviata al gestore, che sia coerente con l'odierna pretesa di cessazione di un contratto vincolato, senza oneri e spese.

Quanto alla legittimità della pratica da parte dei gestori di procedere al recupero di sconti e promozioni alla cessazione ante scadenza di un contratto con vincolo temporale, si rimanda

alla consolidata giurisprudenza civile, amministrativa, nonché alle numerose pronunce dell'Autorità e di questo Corecom.

3.4 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, appare equo compensare le spese di procedura, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza proposta dall'Utente Sig. xxx Mancini nei confronti dell'operatore H3g xxx.
2. H3g xxx è tenuta a stornare dalla fatturazione depositata l'importo di Euro 45,50 oltre IVA, al netto dello storno già accordato in fattura.
3. La società H3G xxx è tenuta, altresì, 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 delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 23 novembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto