



Determinazione 20/2014

Definizione della controversia XXX/TELECOM ITALIA XXX

IL DIRIGENTE

VISTA la L. 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, lettera a), n. 14;

VISTA la L. 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*;

VISTO il D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTO il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, *Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 173/07/CONS, *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica e utenti* (d'ora in avanti Regolamento);

VISTA la deliberazione A.G.Com. 179/03/CSP, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 73/11/CONS, *Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481*;

VISTA la circolare A.G.Com. 11 febbraio 2011, n. 0006817;

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, la Regione Lombardia e il Comitato regionale per le comunicazioni della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione del Co.Re.Com. Lombardia 13 gennaio 2011 n. 1, con la quale il Comitato ha confermato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la delega per la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la deliberazione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale 30 luglio 2013 n. 180, di conferimento al dott. Massimiliano Della Torre dell'incarico di dirigente dell'Ufficio per il Corecom;

VISTA la deliberazione Co.Re.Com. Lombardia 12 settembre 2013 n. 49, con la quale, ai sensi dell'art. 19, comma 7, deliberazione A.G.Com. 173/07/CONS, il Comitato ha delegato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA l'istanza presentata in data 10 agosto 2012, con cui il signor XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia per la definizione della controversia in essere con la società TELECOM ITALIA XXX ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTE le note del 10 agosto 2012 e del 24 settembre 2012, con le quali il funzionario responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, e ha invitato le parti a presentarsi all'udienza per la discussione della stessa fissata per il 21 novembre 2012;

VISTO il verbale dell'udienza del 21 novembre 2012;

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

VISTA la proposta del funzionario incaricato dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con l'istanza presentata in data 2 gennaio 2013, il sig. XXX ha chiesto la definizione della controversia in essere con l'operatore Telecom Italia XXX ai sensi degli artt. 14 e ss. Del. A.G.Com. 173/07/Cons, *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*, avente ad oggetto contestazioni relative a servizi di telefonia mobile.

In data 25 luglio 2012 il sig. XXX presentava istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione nei confronti di Telecom presso la Camera di Conciliazione paritetica costituita dall'associazione XXX e Telecom, in ordine all'utenza di telefonia mobile XXX, precisando nella descrizione dei fatti che *“a mia totale insaputa e senza aver firmato alcun contratto, è stato attivato da Tim il servizio dada.mobi.net trattenendo € 3,00 settimanali da luglio 2006”* e chiedendo *“nel sottolineare la mia totale estraneità*

all'attivazione del servizio, tanto da non averlo mai utilizzato, chiedo la restituzione delle somme trattenute pari € 870,00”.

In data 5 ottobre 2012 si svolgeva l'udienza di conciliazione.

In data 2 gennaio 2013 il sig. XXX presentava istanza di definizione amministrativa al Co.Re.Com. nei confronti di Telecom, precisando *“l'operatore di telefonia mobile Tim, dal 16.7.2006 tratteneva la somma di € 3,00 settimanali, asserendo che il sottoscritto avesse attivato un servizio denominato dada.mobi.net tramite sms. Il sottoscritto non ha mai avviato tale abbonamento né a voce né tanto meno con un sms, e ne è totalmente estraneo tanto che nei trascorsi mesi fino al 13.2.2012 non ha mai utilizzato tale servizio, di cui ignoro l'esistenza, né stato mai informato né dal provider Dada né tanto meno da Tim dell'avvenuto e supposto abbonamento. Da parte mia era impossibile accorgermi di tale inconveniente perché il mio contratto con Tim era prepagato”* e chiedendo *“alla società Tim di Telecom Italia di essere rimborsato della pura cifra, impropriamente trattenuta, dal 16.7.2006 al 13.2.2012, senza pretendere rimborsi per danni morali, né interessi, né spese per le pratiche, pari ad € 870,00”.*

In allegato all'istanza di definizione amministrativa, il sig. XXX depositava copia della comunicazione, inviata tramite e-mail da Telecom all'utente in data 8 marzo 2012, *“oggetto: linea radiomobile n. XXX. Con riferimento alla sua comunicazione del 20.2.2012, desideriamo fornirle alcuni chiarimenti: la informiamo che il servizio interattivo da lei evidenziato nelle seguenti date e modalità: servizio dada.net, provider Dada direttrice 48801: attivato in data 16.7.2006 via sms inviato al provider dalla linea in oggetto (...) ci preme precisare che le verifiche condotte non hanno evidenziato addebiti relativi ai servizi sopra indicati successivamente al giorno 13.2.2012, data della sua prima richiesta di disattivazione del servizio in oggetto al servizio di assistenza clienti 119. Siamo spiacenti di non poter accogliere la sua richiesta di rimborso”.*

In data 15 gennaio 2013 l'Ufficio comunicava alle parti l'avvio del procedimento amministrativo.

In data 15 febbraio 2013 Telecom inoltrava la sua memoria ex art 16 Regolamento, evidenziando che *“gli addebiti contestati da parte istante sono riferiti ad un servizio non fornito da Telecom Italia; la scrivente, pertanto, non ha visibilità dell'attivazione e/o della gestione del servizio da parte del fornitore, se non per il tempo strettamente necessario e, comunque, non superiore al periodo di conservazione dei dati di traffico normativamente stabilito; la scrivente, parimenti, non ha visibilità degli addebiti riferiti ad eventuali canoni per i predetti servizi se non per il periodo di conservazione de dati normativamente stabilito; il servizio oggetto di contestazione è stato disattivato in data 13 febbraio 2012, e Telecom Italia, già in sede di gestione del reclamo del cliente, ha proposto, in via di particolare correttezza commerciale, l'accredito di € 75,00 (cioè la somma degli addebiti riferiti al servizio contestato per i semi mesi precedenti, gli unici per i quali era possibile verificare eventuali addebiti); in sede di conciliazione paritetica, Telecom ha altresì proposto al Cliente l'accredito di € 100,00. Proposta peraltro inizialmente accettata dal rappresentante dell'associazione dei consumatori all'uopo autorizzato dal cliente (verbale di conciliazione allegato all'istanza di definizione da parte del sig. XXX); ancorché Telecom Italia non abbia responsabilità in ordine a quanto lamentato dal cliente, confermiamo, in questa sede, la nostra ultima offerta (accredito di € 100,00). Chiediamo invece il rigetto della richiesta di restituzione dell'importo di € 870,00 in quanto non provata oltreché infondata. Parte istante chiede il rimborso di una cifra dalla stessa asseritamente pagata, è quindi onere della medesima dare prova di tale pagamento. Posto che tale onere*

non è stato ottemperato, la richiesta non potrà che essere respinta. Il rimborso peraltro non potrà in ogni caso avere ad oggetto somme di cui dovesse essere provato il pagamento, ma prescritte”.

Unitamente alla predetta memoria, Telecom inoltrava copia della comunicazione, inviata tramite e-mail all’utente in data 18 maggio 2012, da cui risulta *“con riferimento alla sua segnalazione del 21.4.2012 e al successivo colloquio telefonico intercorso con il nostro servizio assistenza clienti 119, desideriamo fornirle alcuni chiarimenti. Pur confermando quanto comunicato nella precedente mail inviata in data 8.3.2012, le comunichiamo che in ottica di particolare attenzione nei suoi confronti le manifestiamo la nostra disponibilità alla gestione commerciale di seguito descritta: erogazione di un bonus commerciale utilizzabile verso tutte le direttrici e senza scadenza per un importo di € 75,00. Nel caso la proposta fosse di suo gradimento, la invitiamo a farci pervenire la seguente datata e controfirmata, entro il 31 maggio 2012, al nostro numero fax 800.600.119”.*

In data 1 marzo 2013 il sig. XXX trasmetteva le sue controdeduzioni ex art. 16 Regolamento, precisando che *“noi non abbiamo attivato tale servizio; abbiamo saputo, tramite e-mail da Telecom, quando è stato avviato (a € 3,00 a settimana) dal 16/7/2006; (...) nessuno ci ha avvertiti né il provider dada.net né Telecom, che con solerzia interessata provvedeva, senza verificare la validità del supposto contratto con il suo cliente, a trattenere € 3,00 settimanali; (...) l’avv. XXX di XXX ci ha precisato: vero è solo che venne in prima istanza firmato erroneamente un verbale positivo che venne subito annullato con la firma del verbale corretto cioè quello del mancato accordo; (...) noi dobbiamo dimostrare che loro prelevavano a nostra insaputa € 3,00 a settimana, il derubato deve dimostrare il furto, presentando lo scontrino, la dimostrazione del pagamento sta che Telecom non ha mai bloccato le telefonate per mancanza di soldi sulla tariffa prepagata e che dada.net non ha mai sollecitato a noi o a loro i pagamenti”.*

In allegato alla predetta memoria, il sig. XXX inoltrava copia del richiamato verbale dell’udienza di conciliazione presso la Commissione di conciliazione Telecom Italia - Associazioni dei consumatori Lombardia, recante la data del 5 ottobre 2012.

In data 13 marzo 2013 si svolgeva l’udienza di discussione, dal cui verbale risulta che *“la parte istante precisa che, secondo quanto previsto dalla Delibera 664/06/Cons, l’operatore può dare prova della conclusione del contratto solamente allegando un documento sottoscritto oppure producendo la registrazione integrale della telefonata. L’operatore si richiama alla memoria depositata in data 15 febbraio 2013”.*

Motivi della decisione

Il caso in esame concerne la contestazione relativa all’attivazione di servizi accessori a sovrapprezzo non richiesti sull’utenza di telefonia mobile XXX intestata al sig. XXX.

In particolare, l’utente lamenta l’attivazione del servizio non richiesto di SMS a sovrapprezzo *“dada.mobi.net”* dal 16 luglio 2006 al 13 febbraio 2012 e chiede il rimborso delle somme corrisposte per il servizio.

Per la definizione della controversia in esame, utile è il riferimento alla Del. A.G.Com. 276/13/CONS, allegato A, punto III.1.2., *Contenuto e qualificazione delle istanze*, secondo cui *“il contenuto delle singole richieste di parte può essere interpretato in maniera più sfumata, in considerazione del fatto che la pronuncia di definizione è in ogni caso a contenuto vincolato, poiché prevede esclusivamente la possibilità di condannare l’operatore al rimborso (o storno) di somme non dovute e alla liquidazione di indennizzi.*

Pertanto, in un'ottica di tutela dei contraenti più deboli e nel rispetto delle finalità delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie, le istanze inesatte, ogni qualvolta sia possibile, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare. Quindi, se un utente agisce per la sola riattivazione di un servizio, senza chiedere il relativo indennizzo, nulla osta a disporre comunque la sua liquidazione (...)".

1. Osservazioni in rito

Preliminarmente, corre l'obbligo di esaminare la questione relativa all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, propedeutico alla presentazione dell'istanza di definizione amministrativa della controversia da parte dell'utente.

Il sig. XXX presentava istanza per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione presso la Camera di conciliazione paritetica, costituita da Telecom e dalle Associazioni dei consumatori della Lombardia, così come previsto dalla Del. A.G.Com. 173/07/Cons, Allegato A, art. 13, *Conciliazioni presso altri organismi di conciliazione*, comma 2, *"allo stesso fine l'utente ha altresì la facoltà di rivolgersi agli organismi istituiti con accordi tra operatori ed associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale, purché detti organismi operino nel rispetto dei principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione n. 2001/310/UE"*.

L'istanza di conciliazione, presentata dal sig. XXX, è costituita da un formulario, debitamente compilato e sottoscritto, su cui è indicato *"con la presente, il sottoscritto (...) dichiara di aver ricevuto, unitamente al presente modulo di domanda, copia del regolamento di conciliazione e di conoscerne ed accettarne integralmente il contenuto e la modalità di nomina dei componenti della Commissione di conciliazione paritetica; accetta che la Commissione di conciliazione paritetica sia formata dal rappresentante di Telecom Italia e dal rappresentante dell'Associazione dei consumatori firmatarie (Altrocunsumo); conferisce mandato ad individuare una proposta per la composizione della controversia di cui sopra, al rappresentante delle associazioni dei consumatori componente la Commissione di conciliazione paritetica per le funzioni a questi attribuite a norma del regolamento di conciliazione; s'impegna a comunicare al proprio rappresentante dell'associazione l'accettazione o il rifiuto della proposta individuata dalla Commissione di conciliazione paritetica entro 10 giorni lavorativi dalla comunicazione della proposta e comunque entro 45 giorni previsti per l'espletamento della procedura (...) chiede di non essere sentito dalla Commissione di conciliazione paritetica (...)"*.

Il regolamento di conciliazione Associazione dei consumatori – Telecom, all'art. 5 *"procedimento di conciliazione"*, comma I, prevede che *"l'utente/cliente conferisce al conciliatore dell'associazione dei consumatori, componente la commissione di conciliazione, mandato ad individuare una proposta per composizione della controversia e si impegna a comunicare allo stesso, in modalità documentata, l'accettazione o il rifiuto della proposta stessa. L'accettazione o il diniego deve avvenire entro 10 giorni dalla comunicazione per iscritto della proposta da parte del conciliatore dell'associazione, salvo cause di forza maggiore, e comunque entro un termine di cui al comma 8 (entro 45 giorni dalla data di protocollo della domanda a cura della segreteria dell'Ufficio di Conciliazione)"*.

L'art. 2 del regolamento di conciliazione paritetica stabilisce che *"presso le sedi di Telecom è istituito un ufficio di conciliazione..L'ufficio di conciliazione è dotato di una segreteria che fornisce ai conciliatori il necessario supporto organizzativo nello svolgimento delle rispettive funzioni ed attività. Alla segreteria*

dell'ufficio di conciliazione è destinato personale di Telecom Italia che opera in raccordo con i conciliatori (...). Presso gli uffici di conciliazione è disponibile un elenco dei conciliatori accreditati (...)."

L'art. 3 del citato regolamento dispone, inoltre, che *"la segreteria dell'ufficio di conciliazione (...) tiene copia dei verbali di conciliazione che provvede ad inviare in copia al conciliatore delle associazioni e in originale al cliente, alla conclusione della procedura, ai sensi del successivo articolo 7, comma 2"*.

Unitamente all'istanza di definizione amministrativa, il sig. XXX ha depositato copia del verbale di conciliazione, protocollo n. 4017-2012-LO-470, da cui risulta che *"in data 5.10.2012 si è riunita la Commissione di conciliazione formata da XXX, nominato da Telecom Italia, e XXX, nominato dall'associazione dei consumatori XXX per esaminare l'istanza presentata da XXX, titolare dell'utenza n. 338/3748543, relativa alla contestazione inerente accrediti/addebiti vari. La commissione, dopo aver attentamente esaminato la documentazione disponibile, concorda: l'accredito di € 100,00 sulla linea in oggetto"*.

Tale verbale risulta sottoscritto da parte di entrambi i predetti conciliatori.

In sede di memoria *ex art. 16 Regolamento*, il sig. XXX ha depositato copia di un altro verbale, in cui risulta l'aggiunta *"tuttavia, sulla base delle argomentazioni addotte dal cliente, la Commissione ha constatato l'impossibilità di conciliare, dichiarando il mancato accordo tra le parti"*. Tale verbale risulta sottoscritto soltanto dal sig. XXX, quale componente della Commissione di conciliazione istituita presso una delle sedi Telecom, nominato dall'associazione dei consumatori XXX.

In ordine all'autenticità del verbale *de quo*, depositato in data 1 marzo 2013 da parte dell'utente, si rileva che Telecom non ha sollevato eccezioni o presentato querela di falso o azione di disconoscimento del documento in oggetto, così come risulta dal verbale dell'udienza di discussione del 13 marzo 2013.

Pertanto, non può porsi in dubbio l'autenticità del verbale di mancato accordo, trasmesso dall'utente, il quale, come risulta dal regolamento di conciliazione paritetica, viene formato dall'ufficio di conciliazione, la cui segreteria è composta da personale dipendente della Telecom.

Inoltre, si evidenzia che, ai sensi dell'art. 5 del regolamento di conciliazione paritetica, la Commissione di conciliazione è tenuta a sottoporre la proposta conciliativa all'utente, il quale ha l'onere di manifestare il suo consenso o meno in ordine ai termini dell'accordo e che, ai fini dell'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, non è necessaria l'apposizione della sottoscrizione del verbale da parte di entrambi i conciliatori.

Peraltro, nella denegata e non creduta ipotesi, invece, di raggiungimento dell'accordo conciliativo tra le parti, Telecom avrebbe dovuto, altresì, dare atto di aver adempiuto al presunto verbale di conciliazione, che non è avvenuto.

Pertanto, è vero che il sig. XXX era componente della Commissione di Conciliazione paritetica per conto dell'associazione dei consumatori XXX, in qualità di rappresentante dell'utente, al pari del sig. XXX per conto dell'operatore Telecom, ma è altrettanto vero che, per regolamento la Commissione è tenuta ad individuare eventualmente una soluzione conciliativa, la quale deve essere sottoposta all'utente, il quale *"s'impegna a comunicare al proprio rappresentante dell'associazione l'accettazione o il rifiuto della proposta individuata dalla Commissione di conciliazione paritetica entro 10 giorni lavorativi"*, così come riportato sul formulario allegato e compilato dall'utente nonché sull'art. 5 del predetto regolamento.

2. Servizi accessori a sovrapprezzo non richiesti

Il Decreto del Ministro delle Comunicazioni 2 marzo 2006 n. 145 prevede la disciplina dei servizi di comunicazioni elettroniche a sovrapprezzo che, all'art. 1, sono definiti come *“servizi forniti attraverso reti di comunicazione elettronica, accessibili al pubblico, anche mediante l'uso di specifiche numerazioni (...) per tali servizi, il fornitore di servizi di comunicazione elettronica addebita un prezzo complessivo comprendente il trasporto, l'instradamento, la gestione della chiamata e la fornitura delle informazioni o prestazioni. I servizi a sovrapprezzo includono anche quelli realizzati con connessione ad internet (...) sono inoltre inclusi tra i servizi a sovrapprezzo quelli offerti sulla piattaforma della televisione digitale interattiva, ovvero mediante invio di messaggi di testo o dati quali, ad se. SMS o MMS, su base di singola richiesta ovvero in modalità di ricezione periodica a seguito di sottoscrizione di uno specifico contratto (...).”*.

L'art. 5, comma 2, D. M. cit. dispone che *“gli operatori di telefonia mobile assicurano l'osservanza degli impegni sottoscritti con il codice di condotta per l'offerta dei servizi a sovrapprezzo (...).”*.

L'art. 12, *Informazioni obbligatorie*, prevede che *“le informazioni o prestazioni dei servizi a sovrapprezzo sono precedute, indipendentemente dalla durata del servizio, da un messaggio di presentazione, chiaro ed esplicito (comma I) (...) l'accettazione di un servizio a sovrapprezzo è ammessa solo con il consenso espresso dell'utente finale, fatta eccezione per i servizi di carattere sociale-informativo (comma IV) (...).”*.

L'art. 13, *Erogazione durata del servizio*, comma 1, dispone che *“il servizio a sovrapprezzo è erogato solo dopo l'esplicita accettazione da parte dell'utente finale, fatta eccezione per i servizi di carattere sociale-informativo.”*.

Il codice di condotta per l'offerta dei servizi a sovrapprezzo e la tutela dei minori, sottoscritto il 16 febbraio 2005 da Telecom, Wind, Vodafone, H3G presso il Ministero delle Comunicazioni, prevede all'art. 4, *Offerta dei servizi a sovrapprezzo*, che *“gli aderenti forniscono alla clientela informazioni complete, chiare, tempestive, trasparenti e di facile accesso sui servizi offerti ed in modo particolare sulle condizioni economiche e sui contenuti offerti anche mediante la previsione di un messaggio introduttivo informativo riguardo al prezzo dei servizi”*.

Nel caso in esame, l'utente contesta gli SMS ricevuti da parte di *dada.mobi.net*, cui si riferiscono alcuni provvedimenti (n. 17856/2008; n. 19576/2009) adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.).

Da tali provvedimenti dell'A.G.C.M. si evince che il costo dell'abbonamento ai servizi erogati da *dada.mobi.net* era di € 3,00 i.v.a. inclusa a settimana.

Nel provvedimento n. 19576 si precisa che *“(...) oggetto di doglianza, oltre al carattere ambiguo delle comunicazioni circa le caratteristiche e le condizioni economiche del servizio, sono le modalità di addebito dello stesso, in quanto l'addebito avveniva poco dopo che era stato inviato l'SMS di richiesta, prima che venisse effettivamente scaricata la suoneria, senza aver consultato l'utente per verificare la legittimità e la piena consapevolezza della richiesta”*.

In detto provvedimento, secondo l'A.G.C.M. *“(...) occorre osservare che i servizi offerti ai destinatari dei messaggi contestati appartengono ai servizi a valore aggiunto (c.d. VAS Mobili), le cui numerazioni a decade 4 costituiscono utenze telefoniche condivise e gestite direttamente dai principali gestori telefonici, titolari esclusivi di dette utenze rispetto alla propria clientela finale. Attraverso le numerazioni in questione sono veicolati contenuti di vario genere a loro volta forniti dai content service provider, fornitori di contenuti. Lo sfruttamento economico delle predette utenze e dei relativi contenuti è negoziato*

direttamente tra le società che realizzano e forniscono gli stessi contenuti e gli operatori telefonici (...) nell'ambito del procedimento i gestori telefonici hanno contestato che gli stessi possano essere ritenuti corresponsabili nella diffusione dei messaggi censurati nel procedimento de quo (...) hanno contestato un difetto di legittimazione passiva e, in generale, di essere qualificati nel caso di specie professionista ex art. 18, comma I, lett. b), del D.Lgs. n. 206/2005 (Codice del Consumo). Essi dichiarano di non essere autori dei messaggi né di avere partecipato alla loro ideazione, ma di essersi limitati a porre a disposizione della DADA l'accesso all'infrastruttura (...). La tesi, secondo cui non può essere considerato professionista il soggetto che non sia autore del messaggio, è priva di pregio e non conforme alla definizione contenuta nell'art. 18, comma 1, lett b) del citato Decreto Legislativo. Al fine di garantire l'effetto utile della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, deve infatti essere considerato professionista qualunque soggetto che partecipi alla realizzazione della pratica, traendone uno specifico e diretto vantaggio economico e/o commerciale (...). I citati servizi si inseriscono all'interno dell'offerta commerciale delle compagnie telefoniche, le quali per tale prestazione hanno sottoscritto un contratto con la società DADA. Da tale contratto deriva una cointeressenza diretta ed immediata dei gestori telefonici nell'incrementare e sviluppare i profitti derivanti dai traffici telefonici conseguenti alla fruizione di servizi a decade 4...In particolare, gli importi prelevati agli utenti, ovvero ai consumatori che sono appunto clienti dei vari gestori di telefonia mobile, in seguito all'attivazione del servizio vengono incassati direttamente dagli operatori telefonici i quali, a loro volta, provvedono a corrispondere una percentuale (revenue sharing) al content provider in base agli accordi sottoscritti (circa il 20%-70%). (...) Tale meccanismo esclude che il gestore telefonico possa aver svolto unicamente il ruolo di carrier della pubblicità, ossia di mero vettore del messaggio che non trae dalla diffusione della stessa nessun ritorno economico, specifico ed ulteriore rispetto a quello dovuto per il semplice instradamento del messaggio (...). Ad ulteriore dimostrazione di quanto sopra evidenziato circa la partecipazione dei gestori mobili alla realizzazione della pratica commerciale, si aggiunge che l'esame dei contratti agli atti evidenzia come sia prevista un'utilizzazione reciproca nei messaggi dei rispettivi loghi e segni distintivi. La riproduzione dei segni distintivi di ciascuna compagnia determina un coinvolgimento diretto di queste ultime nelle operazioni pubblicitarie che interessano i servizi reclamizzati, realizzando un effetto pubblicitario diretto a favore delle stesse compagnie. In particolare, nelle condizioni contrattuali (...) è indicato che i servizi sono offerti da DADA in collaborazione con Telecom Italia (...). Tale circostanza è confermata dal fatto che tanto il prezzo del servizio quanto le modalità di utilizzo dei crediti e la compatibilità dei cellulari variano a seconda dell'operatore prescelto (...). Il coinvolgimento diretto delle compagnie telefoniche nella pratica commerciale risulta confermato anche dal controllo che gli operatori di rete mobile sono chiamati ad esercitare sui messaggi confezionati dal content provider. Dall'esame dei contratti stipulati con DADA risulta che le compagnie telefoniche devono visionare ed autorizzare preventivamente la diffusione dei messaggi e l'utilizzazione negli stessi dei rispettivi segni distintivi...”.

Dal provvedimento n. 17856 risulta inoltre che “(...) il citato provvedimento normativo (D.M. n. 145/2006) stabilisce specifiche responsabilità tanto in capo agli stessi fornitori di contenuti, ossia la società Dada, quanto al titolare della numerazione a sovrapprezzo, ovvero, nel caso di specie, i gestori telefonici. Infatti, l'art. 18 stabilisce che ‘il centro servizi, ovvero il fornitore dei contenuti, se diverso dal centro servizi, è responsabile del contenuto dei servizi a sovrapprezzo’ (...) nonché ‘il fornitore di servizi di comunicazione elettronica è responsabile del trasporto, dell'instradamento, della gestione della

chiamata' (...) mentre con riferimento al titolare della numerazione a sovrapprezzo 'è compito dell'operatore raccogliere la dichiarazione sui contenuti dei servizi redatta sotto la responsabilità del centro servizi, ovvero del fornitore dei contenuti' (art. 18, comma III) (...).".

L'orientamento espresso dall'A.G.C.M. ha trovato sostanziale conferma nelle pronunce del T.A.R. e del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sentt. 24 marzo 2011 n. 1813, *zed sms non richiesti*; 24 marzo 2011 n. 1811, *zeng loghi e suonerie*; 24 marzo 2011 n. 1810, *Suonerie.it*; 24 marzo 2011 n. 1812, *Moby.Dada.Net*; 26 settembre 2011 n. 5306, *Telecom fatturazione per chiamate satellitari e/o numerazioni speciali*; 24 marzo 2011 n. 1809, *David 2 Promozione servizi a decade 4*; 29 marzo 2011 n. 1897, *Abbonamento New Europe Media*; 12 aprile 2011 n. 2256, *10 SMS gratis*) in ordine ad un'interpretazione ampia della definizione di professionista ai sensi del *Codice del consumo*, ricomprendendo chiunque abbia agito nel quadro di un'attività di impresa con il fine di promozione e/o commercializzazione di un prodotto o di un servizio. Non configura elemento indispensabile che il professionista abbia interagito direttamente con il consumatore, in quanto può assumere tale qualifica anche l'operatore intermedio, al quale derivi un vantaggio economico immediato e diretto dal realizzarsi della pratica e vanti una responsabilità editoriale in merito al confezionamento dei messaggi. Come precisato dal Consiglio di Stato, se non è possibile ritenere che l'immanente obbligo di diligenza gravante su coloro che dalla pratica commerciale traggono comunque dei benefici sia in termini economici che pubblicitari determini sempre e comunque una loro responsabilità editoriale per pratica commerciale scorretta, un'omissione rilevante ai fini dell'iscrizione di una responsabilità a titolo soggettivo sussiste allorquando l'operatore economico non dimostri di avere posto in essere un sistema di monitoraggio effettivo sui contenuti delle iniziative promo-pubblicitarie realizzate e diffuse da soggetti terzi, anch'essi interessati alla pratica commerciale.

Non è sufficiente infatti ad escludere la responsabilità da omesso controllo la circostanza che il soggetto terzo non abbia preventivamente sottoposto la campagna che intende diffondere, ove un sistema di controllo preventivo non sia stato posto in essere.

Sulla base di tale orientamento, i gestori telefonici devono ritenersi coautori (responsabilità editoriale) delle pratiche se, oltre ad un vantaggio economico immediato e diretto connesso alla diffusione dei messaggi, abbiano prestato il consenso all'utilizzo dei propri loghi e segni distintivi nelle operazioni pubblicitarie relative ai servizi reclamizzati e inoltre sia previsto, nei contratti stipulati con il *content provider*, il loro potere (preventivo e successivo) di verifica sul contenuto dei messaggi pubblicitari, a prescindere dal concreto esercizio dei poteri di controllo, per la mancata predisposizione di un sistema di monitoraggio effettivo.

Irrilevante e non idoneo ad escludere la responsabilità del gestore è stato ritenuto l'inserimento, nelle previsioni contrattuali, di clausole di salvaguardia che addossavano unicamente al *content provider* le conseguenze di eventuali profili di illiceità, in quanto diversamente si ammetterebbe la possibilità di disapplicare in via pattizia i criteri legali per la determinazione della responsabilità dell'illecito che sono invece sottratti al potere dispositivo dei soggetti privati.

La figura del co-autore non si configura come un *tertium genus* rispetto al committente ed all'autore, essendo possibile configurare un'ipotesi di concorso di persone nell'illecito. Ciò che rileva è che con il suo contegno abbia contribuito, in concorso con altri, alla realizzazione dell'illecito, non solo nel caso in cui

tale contributo abbia avuto efficacia causale, ponendosi come condizione indefettibile alla realizzazione della violazione, ma anche in forma di un contributo agevolatore.

Il Consiglio di Stato ritiene che la scelta di collegare la messa a disposizione delle proprie risorse di banda all'operatività del richiamato meccanismo di remunerazione non si traduca nella pura e semplice cessione delle richiamate risorse a un operatore terzo e distinto secondo normali condizioni di mercato, ma si risolva nella volontaria e consapevole partecipazione a un'iniziativa di tipo imprenditoriale finalizzata alla messa a disposizione dei richiamati servizi e alla massimizzazione degli utili conseguentemente ritraibili.

La circostanza per cui il gestore telefonico ritraesse una quota percentuale dei proventi del traffico telefonico generato attraverso la fornitura dei servizi offerti dal *provider* rende chiaro che la prima non si limitasse a cedere risorse di rete a condizioni di mercato, secondo un approccio tendenzialmente orientato alla sola copertura del costo marginale della risorsa ceduta, ma che fosse direttamente ed immediatamente interessata alla massima diffusione dei messaggi e alla conseguente massimizzazione del traffico telefonico generato, ponendosi a pieno titolo come compartecipe dell'iniziativa economica nel suo complesso e che l'opzione per un siffatto meccanismo di remunerazione eccedesse di certo il *quid minimum* reso necessario dalle regolazioni pro-concorrenziali di settore, finalizzate a garantire l'accesso al mercato delle risorse di rete a condizioni eque e negoziate secondo buona fede.

Al contrario, nessuna regola pro-concorrenziale impone agli operatori di comunicazioni elettroniche di favorire a tal punto le iniziative loro proposte, sino ad assumerne volontariamente i connessi rischi di gestione e a collegare il proprio interesse imprenditoriale alla migliore riuscita dell'iniziativa stessa.

La fattispecie di responsabilità in tal modo posta in essere si connota dei caratteri tipici di una responsabilità per fatto proprio e colpevole.

Per le ragioni sopra richiamate, Telecom ha apportato alla fattispecie un contributo determinante sotto il profilo concausale.

La Del. A.G.Com. 179/03/CSP, allegato A, art. 5, comma 5, stabilisce che gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalle conseguenze economiche e pregiudizievoli derivanti dall'attivazione di linee, contratti, forniture di beni o servizi da essi non richiesti.

Inoltre, la Del. A.G.Com. 664/06/CONS, allegato A, art. 3 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 (...). In ogni caso, la mancata risposta dell'utente ad un'offerta di fornitura non significa consenso. In caso di attivazioni di linee, contratti o forniture di beni o servizi non richiesti gli operatori non pretendono dagli utenti alcuna prestazione corrispettiva (...).”*

Il gestore, per adempiere formalmente e sostanzialmente al dettato del richiamato art. 3 Del. A.G.Com. 664/06/CONS, avrebbe dovuto procedere alla verifica della volontà inequivoca del cliente prima dell'attivazione di qualsiasi servizio a pagamento e gli eventuali tabulati telefonici non sono idonei a provare la volontà dell'utente di attivare i servizi, che deve essere espressa.

Peraltro, in ordine al caso in esame si ricorda la Del. A.G.Com. 135/12/CONS, *Ordinanza ingiunzione a Telecom Italia S.p.A. per la violazione del combinato disposto degli articoli 70 del D.Lgs. n. 259/2003 e art. 3, commi I e II, della Delibera n. 664/06/CONS per l'attivazione di servizi a sovrapprezzo non richiesti*, secondo cui *“in presenza di contestazioni concernenti l'attivazione di servizi non richiesti l'operatore può provarne l'infondatezza dando prova di avere ottemperato agli oneri di cui all'art. 2,*

commi V, VI e VII della Delibera n. 664/06/CONS, allegato A, (...) la Società non ha fornito alcun documento da cui risulti l'esistenza di una manifestazione di volontà degli utenti di attivare i servizi a sovrapprezzo de quibus, essendosi limitata la stessa ad indicare le modalità e i tempi dell'avvenuta attivazione, elementi non idonei a rivelare una manifestazione di volontà dell'utente in tal senso bensì soltanto la circostanza dell'avvenuta attivazione da parte dell'operatore (...)."

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità (Cassazione Civile, sezione unite, 30.10.2001 n. 13533; Cass. 9.2.2004 n. 2387, 26.1.2007 n. 1743, 19.4.2007 n. 9351, del 11.11.2008 n. 26953, 3.7.2009 n. 15677, 20.1.2010 n. 936) secondo il quale 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 c.c. ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contatto o dalla carta dei servizi.

Da tali considerazioni emerge come la condotta dell'operatore integri inadempimento contrattuale, fondante il diritto dell'utente ad un ristoro economico ex art. 1218 c.c..

La fattispecie indennitaria dell'attivazione di servizi accessori non richiesti è disciplinata dalla Del. A.G.Com. 73/11/CONS, allegato A, art. 8, comma 2, secondo cui *"nel caso di servizi accessori o di profili tariffari non richiesti l'indennizzo è applicato nella misura di € 1,00 per ogni giorno di attivazione"*.

Ai fini della determinazione del *quantum debeatur*, non può omettersi di evidenziare che soltanto nel mese di febbraio 2012 l'utente segnalava all'operatore l'attivazione di servizi non richiesti, chiedendone la disattivazione, avvenuta tempestivamente da parte di Telecom in data 13 febbraio 2012.

E' appena il caso di rilevare che l'utente, nella qualità di presunto creditore nella fattispecie in esame, è tenuto a conoscere l'entità e le finalità dei pagamenti da lui stesso effettuati per circa 6 anni, mediante asseriti prelievi sulla sim ricaricabile.

Incombe sul creditore l'onere di allegazione dei pagamenti effettuati nonché di adempiere al disposto di cui all'art. 1227 c.c., secondo cui *"se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"*.

Tale norma costituisce un'applicazione specifica del dovere di correttezza che incombe anche a carico del creditore (art. 1175 c.c.), atteso che tale dovere si sostanzia in un'agevole attività personale o in un lieve sacrificio patrimoniale, tesi ad evitare le ulteriori conseguenze dannose dell'inadempimento.

Giova rilevare che il riferimento alla gravità della colpa va inteso oggettivamente come misura della violazione del criterio della diligenza che si riverbera sulla causazione dell'evento lesivo.

Il dovere che fa capo al danneggiato è di evitare quei pregiudizi che, nonostante la condotta illecita dell'obbligato, sarebbero stati interamente evitabili, in quanto ricadenti nel controllo del creditore.

Nel caso di specie, non è dato sapere con certezza: l'entità reale degli addebiti relativi al servizio accessorio in oggetto, pagati dall'utente nè la tempistica dei predetti pagamenti dal 2006 al 2012, stante l'assenza di fatturazioni, di tabulati nonché di reclami, eventualmente presentati, in ordine alla questione in esame tra il 2006 e l'inizio del 2012 da parte dell'utente, atteso che il primo reclamo presentato dal sig. Miodoro è soltanto del febbraio 2012, in seguito al quale immediatamente Telecom provvedeva alla disattivazione del servizio.

La Del. A.G.Com. 179/03/CSP, allegato A, art. 3, comma 7, stabilisce che *“per migliorare la fornitura del servizio, ciascun utente o associazione di consumatori può produrre documenti, prospettare osservazioni, formulare suggerimenti cui gli organismi di telecomunicazioni si impegnano a fornire tempestivo riscontro”*.

Il sig. XXX ha contestato l'illegittimità dell'attivazione di servizi accessori a sovrapprezzo solo nel 2012, a circa sei anni di distanza dall'attivazione. Quanto al computo di tale ristoro, possono essere in parte richiamati i parametri indicati, nella Del. A.G.Com. 139/11/CIR.

Per la determinazione del periodo cui rapportare l'indennizzo per l'attivazione di servizi accessori non richiesti, si stabilisce il *dies a quo* tenendo presente che l'utente ha formalizzato la propria volontà di ottenere la disattivazione del servizio accessorio in oggetto nel mese di febbraio 2012 e che il 13 febbraio 2012 tale servizio è stato completamente disattivato da Telecom. Nello specifico, dal 16 luglio 2006 sino al 13 febbraio 2012 (data in cui la società Telecom ha disposto la disattivazione del servizio Dada.net), l'utente non ha presentato al gestore reclami scritti con richieste di disattivazione dei servizi in oggetto.

Se l'istante ha ritenuto ragionevole lamentare l'inadempienza contrattuale nel 2012, altrettanto ragionevole e proporzionato sarà far decorrere il computo dell'indennizzo dalla data in cui è stata formalmente richiesta la disattivazione e di fatto ragionevolmente si è acquisita la certezza dell'addebito di € 3,00 a settimana per il periodo di sei mesi antecedenti al 13 febbraio 2012, data di disattivazione del servizio, come risulta dalla memoria depositata da Telecom.

Il D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, c.d. *Codice della Privacy*, all'art. 123, comma 2, prevede che *“il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale”*. Telecom, nella sua memoria, ha riconosciuto di aver applicato l'addebito, a carico dell'utente, per € 3,00 a settimana per i sei mesi antecedenti, relativamente all'utenza di telefonia mobile XXX, con profilo contrattuale prepagato.

Pertanto, per quanto riguarda il periodo in relazione al quale commisurare l'indennizzo e il rimborso da riconoscere in favore dell'utente, in assenza di elementi certi circa l'entità e la periodicità dei pagamenti effettuati da parte dell'utente, nonché di tabulati, fatturazioni, reclami antecedenti al febbraio 2012, si ritiene ragionevole riconoscere al sig. XXX l'indennizzo previsto dall'art. 8, comma II, pari ad €. 180,00 (6 mesi, ossia 180 giorni, x € 1,00) nonché € 75,00 pari al totale degli addebiti effettuati a carico dell'utente in relazione al predetto servizio per il periodo di sei mesi antecedenti al 13 febbraio 2012, data di disattivazione da parte dell'operatore.

3. Spese di procedura

In merito alle spese di procedura, atteso l'esito dell'istruttoria condotta, il comportamento delle parti, ai sensi della Del. A.G.Com. 173/07/CONS, allegato A, art. 19, comma 6, si ritiene ragionevole liquidare in via equitativa in favore dell'istante l'importo omnicomprendivo di €. 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

D E T E R M I N A

a definizione della controversia XXX/Telecom Italia XXX che:

- Telecom Italia XXX provveda a rimborsare la somma di € 75,00 a titolo di addebiti per servizi accessori non richiesti;
- Telecom Italia XXX provveda a corrispondere la somma di € 180,00 a titolo di indennizzo per attivazione di servizi accessori non richiesti;
- Telecom Italia XXX provveda a corrispondere la somma di € 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Milano, 08 ottobre 2014

Il dirigente

Dott. Massimiliano Della Torre

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 11, comma 4 della delibera 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Del. A.G.Com. 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Il dirigente

Dott. Massimiliano Della Torre