



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA N. 143/17/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
SIMONETTI/ WIND TRE S.P.A. (GIÀ H3G S.P.A.)
(GU14/2016/16)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti e del 26 settembre 2017;

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*”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 125/17/CONS;

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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 597/11/CONS;

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*”, di seguito “*Regolamento indennizzi*”;

VISTA l’istanza del sig. Simonetti, del 6 settembre 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

L'istante, intestatario di numerose utenze telefoniche, ha contestato le fatturazioni emesse dal gestore telefonico a partire dal secondo semestre del 2010 in quanto prevedevano addebiti ingiustificati relativi a servizi in abbonamento non richiesti dall'istante. In particolare nell'istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell'audizione, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- a. a far data dal secondo semestre 2010, l'istante ha riscontrato addebiti relativi a servizi mai richiesti quali musica, giochi, "pagine 3";
- b. l'istante ha effettuato diversi reclami sia scritti che telefonici senza ricevere alcun chiarimento ed ha richiesto la copia di tutte le fatture.

In base a tali premesse, l'istante ha richiesto:

- i. la liquidazione dell'indennizzo per attivazione di servizi non richiesti;
- ii. il rimborso degli importi addebitati ingiustamente;
- iii. la liquidazione dell'indennizzo per mancata risposta al reclamo;
- iv. il rimborso delle spese sostenute.

2. La posizione dell'operatore

La società H3G S.p.A. (ora Wind Tre S.p.A., di seguito anche solo "H3G" o "Società"), nella propria memoria e nel corso della discussione, ha eccepito, in via preliminare, la diversità delle richieste avanzate nell'istanza di conciliazione nella quale, l'istante invocava unicamente il rimborso di quanto illegittimamente fatturato dal secondo bimestre 2010 e l'indennizzo per mancata risposta al reclamo dall'istanza di definizione con la conseguenza che la nuova doglianza è da considerarsi inammissibile e/o improcedibile ex art. 14, comma 1, del Regolamento, trattandosi di una richiesta nuova, non sottoposta al preventivo tentativo di conciliazione.

H3G ha rilevato inoltre che al codice cliente indicato in istanza sono state associate in tempi diversi molteplici numerazioni quasi tutte ricaricabili. Le uniche utenze per le quali è stata emessa fatturazione sono l'abbonamento "web light" n. 3926081XXX (attivato solo ad ottobre 2014 ed ancora in essere) e l'abbonamento "Top infinito" n.3477224XXX, cessato in data 4 aprile 2016 per effetto di un cambio piano da abbonamento a ricaricabile.

Prima dell'istanza di conciliazione, non risultano reclami avanzati dall'istante. L'unica richiesta è stata inviata da Assorimborsi per conto dell'istante ben cinque giorni dopo la discussione dell'udienza di conciliazione ed è afferente la richiesta di invio dell'intera fatturazione dal 2010 in poi, richiesta strumentale, stante la successiva produzione delle stesse fatture da parte istante in sede di presentazione del formulario GU14.

Al solo fine di dirimere la presente controversia ed evitare la procrastinazione di uno "sterile" contenzioso, H3G ha inviato una proposta conciliativa molto vantaggiosa che l'istante non ha inteso accettare.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere accolte parzialmente, come di seguito precisato.

L'utente ha contestato, in questa sede, le fatturazioni ingiustificate in quanto contenenti addebiti per servizi in abbonamento mai richiesti a partire dal secondo semestre del 2010, senza aver mai presentato un reclamo tempestivo che avrebbe consentito all'operatore di salvare i dati del traffico per esaminare gli addebiti contestati.

Agli atti non risulta alcuna contestazione relativa alle errate fatturazioni a eccezione della richiesta del 16 giugno 2016, successiva all'udienza di conciliazione, volta ad acquisire tutta la fatturazione relativa al rapporto contrattuale in essere con l'istante. A tal proposito, la delibera Agcom n. 69/11/CIR, nonché unanime orientamento dell'Autorità in materia, ha ritenuto che “[n]on è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore per malfunzionamento della linea qualora l'utente non provi di aver inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di un reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi, provvedere alla sua risoluzione”, (si vedano, *inter alia*, le delibere nn. 100/12/CIR, 113/12/CIR).

Non può trovare accoglimento la richiesta dell'istante di cui al punto i) di liquidazione di un 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.

La richiesta dell'istante sub ii), può essere accolta limitatamente al semestre precedente la data di presentazione dell'istanza di conciliazione del 4 aprile 2016. Deve precisarsi che l'art. 123 del Codice della *privacy*, la cui *ratio* è la tutela dei dati personali degli utenti di servizi di comunicazioni elettroniche, prescrive l'obbligo di cancellare o rendere anonimi i dati relativi al traffico riguardanti contraenti ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatta salva la conservazione per il periodo di sei mesi per esigenze di fatturazione o per la commercializzazione di servizi di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi a valore aggiunto, e l'ulteriore specifica conservazione necessaria per una contestazione, anche in sede giudiziale.

Nel merito, la debenza degli importi in contestazione non risulta provata (tenuto conto dell'assenza di documentazione attestante la volontà dell'utente alla sottoscrizione



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

di servizi premium, quale, ad esempio, copia dei *log* di attivazione o dell'url della *landing page* navigata dal cliente e dell'assenza di *alert* relativi al superamento delle soglie).

Tanto premesso, H3G sarà tenuta al rimborso della somma complessiva pari ad euro 514,57, come risultante complessivamente addebitata a titolo di servizi digitali nelle fatture oggetto di contestazione emesse a partire dal mese di ottobre 2015 (ovvero dal semestre precedente la data di deposito del formulario UG) fino al 13 dicembre 2016, (data di svolgimento dell'udienza di discussione. Nel dettaglio, H3G sarà tenuta a rimborsare i seguenti importi comprensivi di IVA:

- fattura n. 1541415510, l'importo pari ad euro 114,22 + IVA, addebitato sotto la voce "traffico a consumo ed extrasoglia";
- fattura n. 1631210111, l'importo pari ad euro 210,92 + IVA addebitato sotto la voce "traffico a consumo ed extrasoglia";
- fattura n. 1632944402, l'importo pari ad euro 189,43 addebitato sotto la voce "traffico a consumo ed extrasoglia".

Con riferimento alla richiesta di indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 15 giugno 2016, la stessa non può essere accolta, non solo, infatti, risulta inviata dopo lo svolgimento del tentativo di conciliazione, ma non può essere assimilata ad un reclamo trattandosi di una richiesta strumentale al deposito dell'istanza di definizione in quanto volta ad acquisire documentazione inerente il rapporto contrattuale oggetto di contestazione.

Con riferimento alla richiesta dell'istante di cui al punto iv), in considerazione del comportamento tenuto dalle parti nel corso del procedimento, si ritiene di compensare le spese di procedura.

CONSIDERATO che, nelle more della conclusione del procedimento, la società H3G S.p.A. si è fusa, per incorporazione, con la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. nella nuova società Wind Tre S.p.A.;

CONSIDERATO che la nuova formulazione dell'art. 2504-bis c.c., al comma 1 chiarisce che la fusione tra società prevista dall'art. 2501 c.c. e seguenti non determina, nel caso di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nel caso di fusione paritaria, bensì attua l'unificazione per integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione (cfr. Cass., Sez. II, 22 agosto 2007, n. 17855; Cass., Sez. III, 23 giugno 2006, n. 14526).

UDITA la relazione del Commissario Antonio Nicita, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo 1



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

1. L'Autorità accoglie parzialmente l'istanza del sig. Simonetti nei confronti della società Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A.) per le motivazioni di cui in premessa e, pertanto, la società Wind Tre S.p.A. è tenuta a restituire/stornare in favore dell'istante, mediante bonifico o assegno, gli importi relativi ai servizi non richiesti pari ad euro 514,57 (cinquecentoquattordici/57), con la maggiorazione degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.

2. La società Wind Tre S.p.A. è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

3. 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.

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

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Napoli, 26 settembre 2017

IL PRESIDENTE

Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE

Antonio Nicita

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Riccardo Capecchi