



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione Tutela dei Consumatori

DETERMINA DIRETTORIALE N. 38/17/DTC

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TURRI /WIND TRE S.P.A. (GIA' WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A.) (GU14/533/16)

II DIRETTORE

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. 88/16/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*”, 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*”;

VISTA l’istanza del sig.Turri, del 31 marzo 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO che sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento è risultato quanto segue.

L’istante, intestatario dell’utenza telefonica n. 3294453xxx, ha contestato gli addebiti relativi a servizi a sovrapprezzo non richiesti. In particolare nell’istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell’audizione, l’istante ha dichiarato quanto segue:



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione Tutela dei Consumatori

a. dalle verifiche delle fatture emesse dall'operatore, l'istante ha rilevato la presenza di addebiti relativi a servizi a sovrapprezzo mai richiesti né fruiti;

b. dopo varie segnalazioni telefoniche nelle quali l'istante lamentava l'attivazione dei servizi senza il proprio consenso, in data 5 ottobre 2015, ha inviato un reclamo senza ricevere i chiarimenti richiesti e senza conseguire la disattivazione dei servizi.

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

- i. la disattivazione dei servizi non richiesti;
- ii. la restituzione degli importi addebitati ingiustamente;
- iii. la liquidazione dell'indennizzo per attivazione di servizi non richiesti;
- iv. la liquidazione dell'indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 5 ottobre 2015;
- v. il rimborso delle spese di procedura.

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A. (ora Wind Tre S.p.A., di seguito anche solo "Wind" o "Società"), nella memoria e nel corso dell'audizione, ha dichiarato nel mese di marzo 2015 veniva attivato con connessione *Wap* il servizio "*doctor game*" con provider "Go Mobile" al costo di euro 6,09/settimana; l'istante aveva ricevuto sul numero 3294453xxx, oggetto di controversia, SMS di attivazione e di rinnovo mensile del servizio, in cui era indicato espressamente: "Info e disattivazione n. 0910851xxx o doctorgame.it" In data 22 settembre 2015, il suddetto servizio veniva disattivato come comprovato dal messaggio ricevuto dal numero 3294453xxx contenente il testo: "il servizio è stato disattivato....". Wind ha precisato che i servizi a sovrapprezzo sono quei "*servizi forniti attraverso reti di comunicazione elettronica, mediante l'uso di specifiche numerazioni, che consentono l'accesso degli utenti ad informazioni o prestazioni a pagamento*" e che l'abilitazione della SIM alla fruizione dei servizi a sovrapprezzo forniti a mezzo di specifiche numerazioni è insita - in quanto propria - al servizio di telefonia mobile, quindi già prevista in seno alle condizioni generali di contratto e resa nota al consumatore sin dal momento in cui aderisce al servizio Wind. Lo stesso dicasi per l'accesso a servizi premium forniti sul *web*, dal momento che le condizioni generali di contratto precisano che la SIM è abilitata al servizio di connettività *internet*. Si tratta di comportamenti attivi del consumatore che implicano la manifestazione di un consenso per fatti concludenti al perfezionamento di un autonomo e specifico rapporto contrattuale per l'acquisizione dei predetti servizi. Nel caso in esame, avendo l'istante ricevuto i messaggi informativi, risultava perfettamente consapevole dell'attivazione in corso del servizio.

Ad ogni modo, Wind, avendo ricevuto il reclamo da parte del legale dell'istante in data 5 ottobre 2015, provvedeva ad inserire il blocco dei servizi a sovrapprezzo il successivo 7 ottobre 2015 ed emetteva nota di credito di euro 44,65 in favore del cliente, provvedendo a darne opportuno riscontro scritto al legale. La nota di credito veniva compensata per euro 30,45 sulla fattura insoluta n.7419031071 e rimborsata tramite bonifico bancario per



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Direzione Tutela dei Consumatori

la rimanenza di euro 14,20. Wind ha precisato, inoltre, che alcun indennizzo per attivazione per servizi non richiesti può essere riconosciuto non trovando nel caso di specie applicazione la norma di cui all'articolo 8 del *Regolamento indennizzi*.

Inoltre, per spirito conciliativo, già in sede CORECOM, aveva proposto il rimborso totale dei servizi a sovrapprezzo addebitati nel periodo oggetto di contestazione.

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

L'istante ha lamentato gli addebiti relativi a servizi a sovrapprezzo mai richiesti senza indicare il periodo di riferimento ma rimettendo all'operatore l'onere di verificare nella fatturazione complessivamente emessa la presenza di tali addebiti onde poi disporre il relativo rimborso. Sul punto, occorre precisare che è onere dell'istante indicare i fatti posti a fondamento delle proprie pretese e quindi depositare le fatture oggetto di contestazione con l'indicazione dei singoli importi oggetto di doglianza.

Essendo ormai pacifico, che nel caso di contestazione delle fatture, l'operatore debba fornire la prova della debenza degli importi fatturati, altrimenti l'utente ha diritto allo storno o al rimborso degli stessi, tenuto conto che la fattura non costituisce negozio di accertamento e che nel merito, la debenza degli importi in contestazione non risulta provata (tenuto conto dell'assenza di documentazione attestante la volontà dell'utente alla sottoscrizione di servizi premium, quale, ad esempio, copia dei *log* di attivazione o dell'URL della *landing page* navigata dal cliente, etc.).

Con riferimento alla richiesta dell'istante di cui al punto *i*) la stessa risulta già soddisfatta, in quanto il servizio attivato nel mese di marzo 2015 risulta disattivato in data 22 settembre 2015 ed inoltre, la società Wind, ricevuto il reclamo dell'istante, ha inserito il blocco per i servizi a sovrapprezzo (c.d. *barring*).

Tanto premesso, con riferimento alla richiesta dell'istante di cui al punto *ii*), occorre precisare che, tenuto conto del reclamo del 5 ottobre 2015 e considerato che gli operatori telefonici hanno l'obbligo, in presenza di una contestazione formale, di conservare i dati di dettaglio del traffico per procedere alle relative verifiche, si ritiene di prendere in considerazione il periodo di fatturazione aprile 2015- ottobre 2015 onde verificare la presenza di addebiti per servizi a sovrapprezzo. Alla luce di tale verifica, in parziale accoglimento della richiesta dell'istante, la società Wind sarà tenuta al rimborso della somma complessiva di euro 142,23, come risultante complessivamente addebitata a titolo di servizi digitali nelle fatture relative al periodo oggetto di verifica, al netto della nota di credito già emessa dell'importo pari ad euro 44,65, per un totale pari ad euro 97,58.

Non può trovare accoglimento la richiesta dell'istante *sub iii*) 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.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni
Direzione Tutela dei Consumatori

Con riferimento alla richiesta dell'istante di cui al punto *iii*) la stessa non può essere accolta in quanto il reclamo inviato dal legale dell'istante risulta riscontrato sia per iscritto che per fatti concludenti attraverso l'inserimento del *barring* per i servizi a sovrapprezzo e l'emissione di una nota di credito volta a riconoscere un rimborso parziale relativo ai servizi addebitati.

Con riferimento alla richiesta volta al rimborso delle spese di procedura, la stessa non può essere accolta in considerazione del comportamento conciliativo dell'operatore che già in sede di tentativo di conciliazione aveva proposto il rimborso integrale delle fatture interessate da tali addebiti.

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

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).

DETERMINA

1. L'accoglimento parziale dell'istanza del sig. Turri nei confronti della società Wind Tre S.p.A. per le motivazioni espresse in premessa e, pertanto, la società Wind Tre S.p.A. è tenuta a corrispondere in favore dell'istante, mediante bonifico o assegno bancario, l'importo pari ad euro 97,58 (novantasette/58) addebitato sotto la voce "servizi a sovrapprezzo" nella fatturazione relativa al periodo marzo 2015 – novembre 2015, con la maggiorazione degli interessi legali dalla data di proposizione dell'istanza.

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

3. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11 di cui al d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

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

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

Napoli, 21/04/2017

IL DIRETTORE
Mario Staderini