

Delibera n. 102/11/CIR

Definizione della controversia M.B./Wind Telecomunicazioni S.p.A. (GU14/715/10)

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 22 luglio 2011;

VISTA la legge 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*”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”, ed in particolare l’articolo 1, comma 6, lettera a), n. 14;

VISTO l’articolo 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la delibera dell’Autorità n. 316/02/CONS, del 9 ottobre 2002, ed il relativo Allegato A, recante “*Adozione del nuovo regolamento concernente l’organizzazione ed il funzionamento dell’Autorità*”, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell’Autorità n. 173/07/CONS, del 22 maggio 2007, ed il relativo Allegato A, recante “*Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti*”, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA l’istanza del 12 ottobre 2010 (prot. n. 58970) con la quale il sig. M.B. ha chiesto l’intervento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società Wind Telecomunicazioni S.p.A.;

VISTA la nota del 20 ottobre 2010 (prot. n. 61110) con cui la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell’articolo 15 del regolamento allegato alla delibera n. 173/07/CONS, l’avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all’udienza per la discussione della stessa in data 17 novembre 2010;

UDITA le sola parte istante nel corso della predetta udienza;

VISTA la nota del 26 aprile 2011 (prot. n. 19541), con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha richiesto alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A., ai sensi dell'articolo 18, comma 2, della delibera n. 173/07/CONS, documenti utili alla definizione della controversia;

VISTA la memoria del 4 maggio 2011 (prot. n. 21342) trasmessa da Wind Telecomunicazioni S.p.A. in riscontro alla predetta richiesta;

VISTA l'ulteriore nota del 16 giugno 2011 (prot. n. 30714), con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha richiesto alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A., ai sensi dell'articolo 18, comma 2, della delibera n. 173/07/CONS, documenti utili alla definizione della controversia;

VISTA la memoria del 20 giugno 2011 (prot. n. 31280) trasmessa dall'utente;

VISTA la memoria del 23 giugno 2011 (prot. n. 32488) trasmessa da Wind Telecomunicazioni S.p.A. in riscontro alla predetta richiesta;

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

CONSIDERATO quanto segue:

.I Oggetto della controversia e risultanze istruttorie.

L'istante ha lamentato l'illegittima sospensione del servizio voce (relativamente alle sole chiamate in uscita) sulle due utenze nn. 320722xxxx e 347775yyyy da parte dell'operatore Wind Telecomunicazioni S.p.A., a partire dal 25 febbraio 2010.

In particolare, dall'istanza che ha introdotto il procedimento davanti alla Direzione tutela dei consumatori è emerso che:

1. l'utente è titolare delle due utenze nn. 320722xxxx e 347775yyyy in modalità prepagata;
2. in data 24 febbraio 2010 riceveva un telegramma da parte di Wind Telecomunicazioni S.p.A. che lo avvisava dell'imminente sospensione delle linee per violazione dell'articolo 6.1 delle Condizioni generali di contratto;
3. a partire dal 25 febbraio 2010 veniva riscontrata l'effettiva sospensione delle utenze;
4. in data 2 marzo 2010, dopo numerose interlocuzioni telefoniche, il sig. M.B. presentava reclamo via fax all'operatore, cui questo rispondeva telefonicamente il giorno seguente;
5. l'8 marzo 2010 il sig. M.B. avviava un tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi al Corecom Marche, con cui contestava l'illegittimità della sospensione chiedendo contestualmente l'adozione di un provvedimento provvisorio di riattivazione;

6. il 15 marzo Wind depositava una memoria in cui dichiarava che la disattivazione era stata causata da anomali parametri di consumo delle utenze, che superavano i limiti di cui al predetto articolo 6.1;

7. il 20 marzo 2010, all'esito di sommaria istruttoria, il Corecom emanava un provvedimento temporaneo di riattivazione dei servizi sulle due utenze in oggetto e le utenze venivano quindi riattivate;

8. il 9 aprile Wind formava una nota all'attenzione del Corecom Marche nonché di questa Autorità, in cui dichiarava che le due utenze (insieme ad altre due non oggetto di contestazione) avevano generato margini negativi di traffico pari a circa euro 13.000,00 a carico dell'operatore, in virtù di chiamate verso l'operatore H3G con meccanismi di autoricarica;

9. il 13 aprile 2010 il sig. M.B. subiva un secondo distacco da parte dell'operatore;

10. in data 11 ottobre 2010, contestualmente ad un'istanza per la definizione della controversia, l'utente ha depositato presso questa Autorità istanza di adozione di un provvedimento cautelare per la riattivazione provvisoria delle utenze;

11. nelle more dell'adozione del provvedimento temporaneo l'operatore ne ha disposto autonomamente e provvisoriamente la riattivazione.

Per questi motivi, l'utente ha chiesto a questa Autorità di accertare l'illegittimità della sospensione delle utenze da parte del gestore in quanto al caso di specie sarebbero inapplicabili le disposizioni di cui all'articolo 6.1.

Per parte sua, Wind ha precisato che entrambe le sospensioni denunciate dall'utente sono state causate da un presunto uso anomalo ed abusivo delle due utenze, che hanno generato traffico in misura nettamente superiore ai limiti previsti dalle Condizioni generali di contratto (articolo 6.1), così come evidenziato già con le note sopra richiamate. Nelle predette Condizioni, infatti, sono indicati i parametri massimi di traffico il cui superamento legittima il gestore a sospendere il traffico sull'utenza, circostanza che, nella specie, Wind ha dichiarato di essersi verificata.

.II Motivi della decisione.

Occorre precisare che l'utente ha chiesto di dichiarare legittimo l'utilizzo del servizio di telefonia contestato dall'operatore. In particolare, l'utente ha eccepito l'inapplicabilità al proprio caso dell'articolo 6.1. delle Condizioni generali di contratto, che introduce delle soglie massime per presumere un uso standard delle utenze. L'istanza, al contrario, è priva di richieste di indennizzo.

La disposizione contrattuale che l'operatore ha applicato al caso in esame contiene i limiti massimi di utilizzo di ciascuna utenza che l'operatore considera compatibili con un uso personale. In particolare, questi limiti sono: 1. traffico uscente giornaliero per SIM non superiore a 200 minuti e/o 300 SMS/MMS; 2. traffico uscente mensile per SIM non superiore a 2000 minuti e/o 4000 SMS/MMS; 3. traffico (minuti e/o SMS/MMS) uscente giornaliero/mensile indirizzato verso altri operatori mobili non superiore al 60% del traffico uscente complessivo; 4. traffico (minuti e/o SMS/MMS) uscente giornaliero/mensile indirizzato verso un singolo operatore mobile diverso da

WIND non superiore al 40% del traffico uscente complessivo; 5. rapporto tra traffico giornaliero uscente complessivo e traffico giornaliero entrante complessivo non superiore al 25%. Il superamento di tre fra questi parametri renderebbe incompatibile l'utilizzo dell'utenza con un uso personale legittimando il gestore a procedere alla sospensione del servizio.

L'utente ha, innanzitutto, eccepito di non aver potuto conoscere l'articolo 6.1 delle Condizioni in parola al momento della stipula dei due contratti; comunque, esso sarebbe stato modificato con l'introduzione dei nuovi tetti di utilizzo in epoca successiva alla stipula dei due contratti. L'Autorità, al contrario, ha accertato che il sig. M.B. ha attivato l'utenza n. 320722xxxx in data 26 luglio 2008 e l'utenza n. 347775yyyy in data 14 maggio 2008, ovvero successivamente all'entrata in vigore (in data 14 aprile 2008) della nuova versione delle Condizioni generali di contratto contenenti anche le clausole contrattuali contestate. Per questo motivo, l'Autorità ritiene che l'articolo 6.1 possa pacificamente applicarsi alle utenze oggetto del caso di specie, in virtù dei normali criteri civilistici che disciplinano l'applicazione delle Condizioni generali di contratto e che sarebbe superfluo richiamare in questa sede.

In ordine alla richiesta dell'utente, occorre precisare che l'articolo 19, comma 4, della delibera n. 173/07/CONS, Allegato A, delinea l'ambito di intervento così disponendo: *“L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità”*.

Pertanto, l'accertamento di questa Autorità non può essere diretto a sindacare la legittimità o meno di una clausola contrattuale, bensì la conformità o meno della condotta dell'operatore alle disposizioni regolamentari. In altri termini l'Autorità, a seguito dell'accertamento del fatto obiettivo dell'inadempimento, può disporre a carico dell'operatore rimborsi, storni ed indennizzi ma non può dichiarare l'inapplicabilità di una singola clausola che, essendo contenuta all'interno delle Condizioni generali di contratto, è destinata a produrre i propri effetti non solo nei confronti dell'istante *uti singulus* bensì nei confronti dell'intero bacino di utenza.

In via marginale, laddove il regolamento avesse previsto il potere di intervento dell'Autorità, si deve evidenziare che l'ordinamento sembra configurare la competenza a dichiarare la nullità della clausola in capo al giudice ordinario. Si ricordano, ad esempio, alcune disposizioni del Codice del consumo quali l'articolo 36, comma 3 (che così recita: *“La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice”*), l'articolo 37, comma 1 (il quale ascrive esplicitamente al giudice la competenza ad inibire *“l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività”*) nonché la norma di chiusura dell'articolo 38 che rinvia al Codice civile per quanto non espressamente disciplinato dal Codice del consumo. Sembra, perciò, da escludersi una competenza dell'Autorità in ordine alla richiesta dell'istante, per cui sarebbe, invece, competente il giudice. Ne segue, perciò, che non è accoglibile la richiesta dell'utente, in quanto questa amministrazione non è competente a pronunciarsi.

RITENUTO, pertanto, che la domanda dell'istante in ordine all'accertamento dell'effettive condizioni contrattuali in vigore la momento della stipula del contratto non può trovare accoglimento;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Roberto Napoli, relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento;

DELIBERA

il rigetto dell'istanza presentata dalla sig. M.B. in data 12 ottobre 2010.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile sul sito web dell'Autorità, www.agcom.it.

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

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Roma, 22 luglio 2011

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Roberto Napoli

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola