

Delibera n. 59/11/CIR

**Definizione della controversia
Del Re/ Wind Telecomunicazioni S.p.A.
(PROC. GU14/405/10)**

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 5 maggio 2011;

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

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"*;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003 n. 259 recante *"Codice delle comunicazioni elettroniche"*;

VISTA la delibera n. 173/07/CONS recante *"Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti"*, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA l'istanza del 31 maggio 2010 (prot. n. 34392), con la quale il sig. XXX Del Re 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. (di seguito, Wind);

VISTA la nota del 29 giugno 2010 (prot. n. 40789), 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 di discussione in data 15 luglio 2010;

UDITE le parti nella predetta audizione del 15 luglio 2010;

VISTA la memoria presentata dalla parte istante in data 16 luglio 2010;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il sig. XXX Del Re, intestatario dell'utenza telefonica n. xxx, lamenta il mancato funzionamento del servizio telefonico ed SMS verso numerazioni estere.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nel corso dell'audizione e nelle successive memorie integrativa ha dichiarato quanto segue:

i. l'istante, titolare dell'utenza n. xxx, riscontrava delle anomalie a seguito di *number portability* verso Wind; in particolare appurava che nella città di Milano o nelle zone limitrofe era impossibile generare traffico in uscita verso le numerazioni estere;

iii. il disservizio si verificava solo utilizzando la sim con il proprio terminale UMTS. Infatti la sim card, inserita in un terminale GSM risultava regolarmente funzionante. Analogamente il terminale GSM abbinato ad una qualsiasi altra sim, diversa da quella in esame, poteva essere utilizzato senza alcuna limitazione;

iv. l'istante, ipotizzando una problematica relativa alla propria anagrafica, inoltrava, in data 29 giugno 2009 (codice segnalazione 147143667) ed in data 8 luglio 2009 (codice 147343286), diverse segnalazioni al *call center* senza tuttavia ottenere la risoluzione del guasto;

v. con memoria del 16 luglio 2010, l'istante contestava ulteriormente le eccezioni sollevate dalla Società che declinava ogni responsabilità in quanto i terminali utilizzati non erano di marchio Wind; a tal proposito l'utente richiama l'articolo 2967 c.c. in tema di onere probatorio, nonché l'articolo 35, comma 2, codice del consumo in tema di interpretazione più favorevole al consumatore;

vii. l'utente, in ultimo, al fine di sostenere le proprie difese produceva, a mezzo e-mail, un video a dimostrazione del disservizio lamentato.

Tutto ciò premesso, l'istante chiede il ripristino del corretto funzionamento del servizio sotto rete UMTS o in alternativa un indennizzo forfettario pari ad euro 1.000,00 in caso di impossibilità di risolvere il disservizio, nonché un equo indennizzo per la mancata funzionalità del servizio a far data dal 4 aprile 2009 (quinto giorno successivo alla prima segnalazione) sino al giorno di ripristino dello stesso. Nelle memorie integrative chiede, altresì, l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami da calcolarsi, in virtù del principio *tempus regit actum*, in base alle disposizioni contrattuali vigenti al momento in cui è avvenuto il fatto.

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A., in sede di udienza, senza riconoscere alcuna responsabilità in merito ai fatti contestati, al termine della discussione ha formulato una proposta transattiva accettata dalla parte. Pertanto, si è proceduto alla verbalizzazione

dell'accordo, raggiunto in contraddittorio tra le parti, con il sig. Del Re presente in audio conferenza. Pur tuttavia l'istante, con nota del 16 luglio 2010, ha dichiarato di non voler formalizzare l'accettazione mediante la sottoscrizione del verbale e di voler proseguire con la definizione da parte dell'Autorità. Nella medesima comunicazione, in ogni caso, il sig. Del Re ha riportato le dichiarazioni rese dalla Società in sede di audizione. Nello specifico, l'operatore ha dichiarato che dai propri sistemi non risulta alcuna anomalia sulla sim e che, pertanto, la problematica è da imputare esclusivamente al terminale di proprietà del cliente.

II. Motivi della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste avanzate dalla parte istante non possono essere accolte per i motivi di seguito specificati.

In primo luogo, l'utente lamenta un'anomalia del traffico voce ed SMS generato verso numerazioni estere utilizzando il servizio nella città di Milano o in zone limitrofe. A sostegno della propria istanza, allega alla memoria conclusionale un filmato audiovisivo nel quale, mediante delle prove incrociate, mostra il corretto funzionamento del proprio terminale UMTS inserendo *sim card* diverse da quelle oggetto di contenzioso, nonché la regolare funzionalità della propria *sim* in un cellulare GSM. Al contempo, conferma che la *sim*, inserita nel terminale UMTS, non consente di effettuare traffico verso numerazioni estere.

In altre parole è lo stesso utente a dimostrare che il terminale e la scheda, separatamente utilizzati, sono funzionanti. Dunque, appurato che non sussiste alcun blocco che inibisce la fruizione di particolari servizi, il disservizio nascerebbe esclusivamente da una mera incompatibilità tra la *sim card* intestata all'utente ed il terminale UMTS dallo stesso utilizzato. La predetta incompatibilità, tuttavia, non può essere imputata all'operatore. In base alle condizioni generali di contratto il gestore, infatti, può rispondere solo di malfunzionamenti riscontrati su propri terminali, ovvero, più in generale, *“Wind si impegna ad assicurare la migliore funzionalità del sistema, ma non assume alcuna responsabilità nel caso in cui eventuali carenze del servizio siano dovute a cause ad essa non imputabili quali, a mero titolo esemplificativo, problemi tecnici, interferenze, particolari condizioni atmosferiche o ostacoli”* (articolo 3.4 delle CGC). Oltretutto, come dichiarato dalla Società in audizione, sulla *sim* non risulta alcuna anomalia; lo stesso istante dichiara di poterla correttamente utilizzare con un qualsiasi altro terminale GSM.

Non appare plausibile neanche la motivazione addotta dal sig. Del Re il quale riconduce il disservizio ad un problema di anagrafica: non vi è infatti alcuna corrispondenza tecnica tra l'incompatibilità esistente tra la *sim card* ed il terminale con i dati relativi a ciascun cliente, detenuti dall'operatore.

Per completezza si chiarisce che il richiamato onere della prova che l'istante imputa all'operatore viene meno laddove il gestore dichiara di non poter disporre alcuna verifica se non in relazione a beni e servizi dalla stessa forniti. Dunque non è tenuta a provare la funzionalità del terminale se il predetto bene non costituisce oggetto di

contratto; di contro, conformemente agli obblighi nascenti dal rapporto sinallagmatico, ha disposto verifiche tecniche sulla sim, risultata regolarmente funzionante.

Ed ancora, la norma del codice del consumo (articolo 35, comma 2) citata dall'istante ai fini di una risoluzione da parte dell'Agcom più favorevole all'utente, attiene, in realtà, all'interpretazione delle clausole contenute nel contratto che il professionista deve proporre al consumatore in maniera chiara e comprensibile (articolo 35, comma 1); in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevarrà l'interpretazione più favorevole al consumatore (comma 2 del citato articolo). Nel caso di specie l'oggetto della vertenza non sembra attenere all'interpretazione di una o più clausola contrattuale e, quindi, non appare pertinente al caso esaminato la norma richiamata.

Per quanto concerne la mancata gestione dei reclami, la richiesta di indennizzo è stata formulata dalla parte solo nella nota del 16 luglio 2010 con la quale l'utente ha comunicato la non accettazione dell'offerta ed ha formulato l'ulteriore istanza di indennizzo per la mancata risposta ai reclami. Ed infatti, nell'atto introduttivo l'istante pur avendo chiarito, nella descrizione dei fatti, di aver effettuato due segnalazioni per la risoluzione tecnica del problema (29 giugno e 8 luglio 2009), nel merito non richiede alcun indennizzo. Ovvero l'unica somma ritenuta dovuta è volta a ristorare la mancata risoluzione del problema tecnico. Orbene, la suindicata richiesta di indennizzo non può trovare accoglimento. In particolare, come già specificato, in data 15 luglio 2010 si è provveduto, in sede di audizione, a contattare il sig. Del Re in audio conferenza. In tale circostanza le parti, in contraddittorio, hanno discusso sull'oggetto dell'istanza e sulle richieste formulate dall'utente. In merito la Società, chiarita la regolare funzionalità della sim e l'impossibilità di superare tecnicamente l'incompatibilità tra questa ed il terminale dell'utente, ha parte offerto una somma a ristoro del disservizio lamentato, che al termine della discussione l'istante ha ritenuto soddisfattiva, accettando di verbalizzare i termini dell'accordo raggiunto. Alla luce di tali premesse, le memorie prodotte dal sig. Del Re successivamente all'udienza di discussione, possono, quindi, ritenersi ammissibili nella sola parte in cui, manifestata la volontà di voler proseguire con la risoluzione del contenzioso da parte dell'Autorità, dispongono integrazioni e repliche alle produzioni avversarie (articolo 16, allegato A del Regolamento). Nel caso di specie attengono alle sole dichiarazioni rese dalla Società in udienza in relazione al disservizio tecnico lamentato dal cliente ed alla relativa richiesta di indennizzo. Non possono ritenersi accoglibili le ulteriori istanze, diverse da quelle indicate nell'atto introduttivo e discusse tra le parti in sede di audizione.

CONSIDERATO che la mera incompatibilità tra la sim card ed il terminale UMTS utilizzato dall'istante non può essere imputata alla società Wind Telecomunicazioni S.p.A.;

RILEVATO che la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. nonchè l'utente hanno dichiarato la corretta funzionalità della sim, unico oggetto del contratto;

RITENUTO, infine, che la funzionalità della predetta sim risulta limitata solo se utilizzata con il terminale UMTS di proprietà dell'utente, non fornito dalla società Wind;

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 del sig. XXX Del Re.

Ai sensi dell'articolo 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.

La presente delibera è notificata alle parti ed è pubblicata sul sito internet dell'Autorità www.agcom.it.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 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.

Napoli, 5 maggio 2011

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Roberto Napoli

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola