

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Delibera n. 1/2018

Estratto del processo verbale della seduta del 1 febbraio 2018

Oggetto: Definizione della controversia Masarà /Wind Tre S.p.A. (già
Wind Telecomunicazioni S.p.a)

Presiede il Presidente Giovanni Marzini

Sono presenti:

il componente Paolo Santin

Assente giustificato il Vicepresidente Alessandro Tesini

Verbalizza Gianni Cortiula

In ordine all'oggetto, il Comitato ha discusso e deliberato quanto segue:

IL COMITATO

- 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" (di seguito Codice);
- VISTO** il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante il "Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229";
- VISTO** l'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "Agcom"), 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, il Consiglio Regionale del Friuli Venezia Giulia e il Comitato Regionale per le Comunicazioni del Friuli Venezia Giulia in data 10 luglio 2009 a Otranto, e in particolare l'art. 4, comma 1, lett. e);
- VISTA** la Legge Regionale 10 aprile 2001, n. 11 "Norme in materia di comunicazione, di emittenza radiotelevisiva locale ed istituzione del Comitato Regionale per le Comunicazioni (Co.Re.Com.)" in particolare l'articolo 7, comma 1, lett. b), ai sensi del quale "il Co.Re.Com. esercita le funzioni istruttorie, consultive, di gestione, di vigilanza e controllo di competenza dell'Autorità, ad esso delegate ai sensi dell'articolo 1, comma 13, della legge 249/1997 e successive modificazioni e integrazioni, così come meglio specificate all'articolo 5 del Regolamento approvato con deliberazione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni 28 aprile 1999, n. 53";
- VISTA** la delibera Agcom n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, All. A recante "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti", (di seguito Regolamento);
- VISTA** la Delibera dell'Agcom n. 276/13/CONS "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Co.Re.Com. in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";
- VISTA** la delibera Agcom n. 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** l'istanza GU14, acquisita al protocollo generale al n.14431/A d.d.30 dicembre 2016, presentata dal signor Masarà con la quale chiede l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, Co.Re.Com) per la definizione della controversia in essere con la società Wind Telecomunicazioni S.p.a. (di seguito per brevità "Wind" od "Operatore") ai sensi dell'art. 14 del Regolamento;
- VISTA** la nota prot. n.337/P d.d.13 gennaio 2017 con la quale è stato comunicato alle parti l'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione di Parte Istante

L'istante, già titolare dell'utenza telefonica _____, sospesa in data 28/07/16 e non più attiva, lamenta l'azzeramento del credito residuo di "circa millesettecento" (1700,00 euro), asseritamente maturato in base alla tariffa BeWind, di cui chiede la restituzione.

2. La posizione dell'Operatore

L'Operatore Wind, costituito con la memoria difensiva prot. n. 1802/A d.d. 16 febbraio 2017, conferma il fatto che sulla suddetta numerazione _____ risultava attivo il piano BeWind - che, tra l'altro, prevedeva un "bonus" di autoricarica in funzione del traffico ricevuto- ma sostiene l'infondatezza della pretesa attorea e quindi chiede il rigetto della richiesta avanzata dalla parte istante in quanto rileva che in data 28 luglio 2016 la SIM del _____ è stata sospesa con decurtazione del credito generato da autoricarica per "utilizzo anomalo" del medesimo servizio di autoricarica, avendo riscontrato:

-volumi di traffico giornalieri superiori ai parametri contrattualmente previsti (articoli 4.1, 4.1 e 6.1 delle condizioni generali di contratto) e violando quanto previsto dall'articolo 13, comma 2, della delibera Agcom 73/11/CONS- che stabilisce, nel caso di utenze mobili, un traffico giornaliero finalizzato ad autoricarica a 2 ore di conversazione ed a 50 sms o mms-.

- un utilizzo del *bonus* di autoricarica accumulato per ricaricare altre SIM attraverso sms di donazioni di credito.

L'Operatore allega quindi una tabella che riporta a titolo esemplificativo taluni volumi di traffico giornaliero eccedenti i suddetti parametri e non contestati dall'istante. Allega altresì un ulteriore tabulato di traffico relativo a donazioni di credito per ricaricare altre SIM e non contestate dall'istante .

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente si osserva che:

- l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento.

-Il gestore convenuto ha depositato nei termini del contraddittorio una memoria di difesa (giusta memoria prot. n.1802/A dd 16/02/2017) mentre la Parte istante non ha in presentato nei medesimi termini integrazioni o repliche alle produzioni avversarie.

-Ha avuto luogo una udienza di audizione per la discussione nel merito delle vicende dedotte in definizione, nel corso della quale le parti hanno confermato le rispettive posizioni e non hanno raggiunto alcun accordo per una composizione bonaria della controversia (giusto verbale dd 9 novembre 2017).

-L'istanza della procedura di definizione è diversa dalla domanda di conciliazione in cui l'istante chiedeva una ricostituzione in pristino del contratto originario e del credito di traffico residuo regolarmente maturato prima della sospensione della SIM. In definizione è invece richiesta la condanna dell'operatore alla liquidazione di una somma di denaro per equivalenza di valore (cfr. UG prot. n.9091/A dd 16/08/2016).

Il caso in esame non concerne la valutazione sulla legittimità o meno della sospensione della SIM a seguito di "uso anomalo" dei servizi – già oggetto di valutazione con provvedimento temporaneo in procedura di prima istanza- bensì il supposto credito residuo di un volume di traffico che l'istante assume di aver regolarmente maturato prima della sospensione dell'utenza , per un valore di circa 1700 euro e di cui chiede la "restituzione".

Venendo al merito, si rileva che la richiesta di restituzione del credito da autoricarica per un valore dichiarato di circa 1700 euro avanzata dalla parte istante non può peraltro essere accolta, per le motivazioni di seguito specificate.

L'autoricarica si differenzia dal credito di una somma di denaro che sia stata già anticipata (come nelle cd "prepagate") o indebitamente corrisposta di cui può essere chiesto la restituzione o il rimborso; riguarda un volume di traffico regolarmente maturato, e presuppone la sussistenza di un rapporto di servizio fruibile. In specie il Servizio di cui si discute è stato definitivamente disattivato e quindi oggettivamente non è più fruibile.

L'oggetto del provvedimento dell'Autorità che definisce la controversia non può non tener conto della delimitazione operata dall'articolo 19 del Regolamento alla sola possibilità – ove riscontri la fondatezza dell'istanza – di condannare l'operatore ad effettuare rimborsi (o storni) di somme risultate non dovute o alla liquidazione di indennizzi chiesti e accertati; nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché dai casi individuati dalle disposizioni normative o dalle delibere dell'autorità (pronunce a contenuto vincolato).

Il credito di cui si discute non è riferito ad una somma di denaro certa liquida ed esigibile o agevolmente determinabile e liquidabile, che sia stata impropriamente versata , bensì l'equivalente del controvalore in denaro di una prestazione.

Ciò richiede un apprezzamento ed una valutazione discrezionale, funzionale alla determinazione della conversione in controvalore pecuniario del valore della prestazione stessa che esula dalla sfera di competenza del Co.Re.Com. (cfr. Regolamento AGCOM, art. 19, commi 4 e 5), come ogni valutazione di risarcimento del danno.

La contestazione in esame difetta per genericità e non è chiaramente determinata o determinabile nell'"*an*" e nel "*quantum*", indicati solo in modo approssimativo -"circa" 1700 euro- e per la prima volta in definizione (cfr Istanza UG già richiamata che configura una diversità di *petitum*),

dal punto di vista procedurale, occorre citare, in tema di onere della prova l'articolo 2697 c.c. che afferma quanto segue: "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento".

L'istante assume il fatto di aver maturato prima della sospensione dell'utenza un volume di traffico regolare per un valore di "circa" 1700 euro. Il fatto non è provato . Per converso l'Operatore allega le tabelle richiamate in premessa -non contestate dall'istante- che riportano (seppure a titolo meramente esemplificativo) dei volumi di traffico giornaliero da un utilizzo improprio del servizio di autoricarica in questione.

Il CO.RE.COM, per le ragioni di cui sopra,

DELIBERA

1. Il rigetto dell'istanza del Sig. Masarà nei confronti della società Wind Tre S.p.A. (già marchio Wind telecomunicazioni S.p.a.).
2. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso;

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Co.Re.Com. FVG e dell'Autorità (www.agcom.it).

Il Direttore del Servizio Organi di Garanzia
Gianni Cortiula



Il Presidente
Giovanni Marzini

