

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Delibera n. 7/2018

Estratto del processo verbale della seduta n. dell' 8 marzo 2018

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

Presiede il Presidente

Giovanni Marzini

Sono presenti:

il Vice Presidente

Alessandro Tesini

il componente

Paolo Santin

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"*;

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"*;

VISTO l'accordo quadro del 25 giugno 2003 tra l'Autorità, la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome e la Conferenza dei Presidenti dell'Assemblea dei Consigli regionali e delle Province autonome, che individua i principi generali concernenti l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni e prefigura il contenuto delle singole convenzioni tra la stessa Autorità e gli Organismi competenti, come individuati dalle leggi regionali;

VISTO l'accordo quadro del 28 novembre 2017 tra l'Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, con cui si sono individuati i principi generali concernenti l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, prefigurando il contenuto delle singole convenzioni tra l'Autorità e gli organi competenti come individuati dalle leggi regionali;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, stipulata tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia ed il Comitato regionale per le comunicazioni del Friuli Venezia Giulia in data 27 dicembre 2017;

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.4938/A d.d. 24/04/2017, presentata dalla signora Senekovic con la quale ha chiesto 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. 5349/A d.d. 3 maggio 2017 del responsabile del procedimento con la quale è stato comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia;

VISTI gli atti del procedimento;

RILEVATO che non è stata fissata l'udienza di discussione prevista dall'articolo 19 del Regolamento in quanto non richiesta espressamente dalle parti né ritenuta necessaria ai fini dell'odierna decisione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione di Parte Istante

L'istante ha lamentato l'indebita sospensione delle proprie utenze n. _____ e da parte del gestore telefonico Wind.

In particolare, nell'istanza introduttiva, l'istante ha rappresentato che:

- in data 22 novembre 2016 ha ricevuto un sms con il quale l'Operatore gli ha comunicato la sospensione del servizio, per aver commesso degli abusi, se non provvedeva a contattare entro 15 giorni il servizio clienti Wind;

- contattato il call center Wind, per ottenere la riattivazione delle SIM, ha appreso che avrebbe dovuto cambiare il vecchio piano tariffario BeWind in altro e che comunque non gli sarebbe stato restituito il credito pregresso pari ad euro 502,00.- sull'utenza _____ ed euro 535,00.- sull'utenza _____.

L'istante, quindi, non ha accettato il cambio del piano tariffario proposto e non ha ritenuto di aver commesso alcun abuso o violazione delle condizioni generali di contratto del 2006 le quali non prevedevano alcuna limitazione di utilizzo del servizio. L'istante ha precisato di non aver mai usato le SIM per chiamare numerazioni a sovrapprezzo.

Sulla base di tali premesse, l'utente ha richiesto:

- i. la riattivazione delle SIM card con i piani tariffari BeWind e le opzioni esistenti prima della sospensione del servizio;
- ii. la restituzione del credito esistente compreso quello decurtato;
- iii. l'indennizzo giornaliero per la sospensione del servizio;
- iv. l'importo di euro 1.500.- per danni morali e materiali, perdita di giornate lavorative e benzina per gli incontri al Co.Re.com;
- v. il rimborso delle spese procedurali pari ad euro 150,00.-.

2. La posizione dell'Operatore

La società Wind si è costituita depositando agli atti la memoria difensiva prot. n. 6884/A d.d. 05/06/2017 e premettendo che sulle utenze oggetto di contestazione era attivo il piano BeWind che prevedeva tra l'altro un bonus di autoricarica in funzione del traffico ricevuto.

L'Operatore ha rilevato che:

- in data 22/11/2016 ha inviato all'utente un sms informativo con il quale gli ha comunicato che a seguito di un utilizzo del servizio difforme dai principi di buona fede e correttezza, gli sarebbe stato sospeso il servizio e decurtato il credito generato da autoricarica; ha invitato l'utente, per ulteriori informazioni o per una gestione alternativa, a chiamare il servizio clienti Wind, ed avvertito lo stesso che, in assenza di comunicazioni entro quindi entro 15 giorni, sarebbe seguita la disattivazione delle SIM;

- in data 28/11/2016 l'utente ha contattato Wind e rifiutato la modifica del piano tariffario per ottenere la riattivazione delle SIM;

- in data 05/12/2016 ha inviato alle utenze in contestazione un ulteriore sms comunicando all'istante che a seguito dell'utilizzo del servizio in violazione degli artt. 4.1 e 6.1. Condizioni di contratto e della Delibera 73/11/Cons le SIM venivano disattivate entro 2 giorni e che il credito residuo disponibile non includeva bonus;

- in data 09/12/2016 ha disattivato tali utenze;

- le utenze non sono state riattivate nemmeno a seguito della specifica richiesta da parte dell'istante di adozione, in via d'urgenza del provvedimento temporaneo ex art. 5 della delibera 173/07/CONS, presentata avanti a codesto Co.Re.Com in data 12/12/2016.

Nel merito l'Operatore ha rilevato che ai sensi dell'articolo 3.2 delle condizioni generali di contratto, allegate dalla stessa parte istante, il cliente può effettuare e ricevere chiamate telefoniche, inviare e ricevere messaggi ed usufruire del servizio di connettività internet secondo le modalità e con i limiti relativi al servizio specifico come e secondo il disposto dell'articolo 4 delle stesse condizioni generali di contratto.

L'Operatore, inoltre, ha rilevato che l'articolo 6.1. rubricato "*Segnalazioni di consumi anomali e sospensione del servizio*", delle condizioni generali di contratto, stabilisce che: "*Qualora Wind riscontri dei volumi anomali di traffico rispetto al traffico pregresso o alle previsioni di utilizzo del cliente o qualora il cliente effettui, in un periodo eguale o inferiore a quello di fatturazione, un numero di chiamate che dia luogo ad un addebito superiore all'importo previsto ai paragrafi 1 e 2 del precedente art. 5.6, Wind previo avviso, potrà sospendere il Servizio...*"

La società Wind, quindi, ha rilevato la legittima sospensione delle utenze in questione avendo riscontrato sulle stesse operazioni di autoricarica oltre i limiti consentiti dalla normativa vigente violando quanto previsto dagli articoli 4, 6.1 delle condizioni generali di contratto e 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.

A sostegno di quanto dichiarato, Wind ha prodotto per entrambe le utenze in contestazione un estratto dei volumi di traffico giornalieri entrante finalizzato ad autoricarica rilevato nel periodo 1 settembre 2016 - 22 novembre 2016 antecedentemente all'occorrenza sospensione (cfr. memoria Wind).

L'Operatore, sulla legittima sospensione delle utenze de quo, ha inoltre evidenziato l'obbligo per il cliente di "non utilizzare o far utilizzare, direttamente o indirettamente, i servizi per scopo di lucro, anche indiretto pena la facoltà del gestore di sospendere o risolvere il contratto "*per l'uso improprio illegittimo del servizio*" nonché di "*attenersi ai criteri di buona fede e correttezza nell'uso e nella fruizione del Servizio astenendosi dal conseguire vantaggi diversi da quelli connessi alla personale fruizione del Servizio, dei servizi e delle promozioni rispettando i limiti, le condizioni e le modalità dell'offerta, quali – a titolo di esempio – avvalersi di artifici per conseguire o far conseguire a terzi, o ad altre numerazioni, ricariche, o accrediti o di addebito/accredito del traffico e/o dei costi delle opzioni*".

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento.

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

La richiesta di parte istante sub. i) volta alla riattivazione delle proprie utenze e quella sub ii) di ripristino del piano tariffario "Be Wind" possono essere trattate congiuntamente e sono da rigettare.

In particolare le domande sub. i) e sub ii) non possono trovare accoglimento sia in rito, perché volta ad ottenere un *facere* che l'articolo 19, comma 4, del Regolamento esclude dal contenuto c.d. vincolato della decisione che il Co.Re.Com ha il potere di emanare sia nel merito come di seguito si esporrà con riferimento alla domanda sub iii).

Anche la richiesta di parte istante sub. iv) di corresponsione dell'importo di euro 1.500.- per danni morali e materiali, perdita di giornate lavorative e benzina per gli incontri al Co.Re.com, viene rigettata in quanto ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitata agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o dalle delibere.

Il caso in esame concerne, in particolare, la valutazione sulla legittima o meno sospensione delle utenze a seguito di "uso anomalo" dei servizi.

E' opportuno, comunque, chiarire che se è vero che le scelte commerciali del gestore relative alle soglie dell'autoricarica, o ad altre offerte che incentivano al consumo di traffico, possono essere eventualmente sindacate, in termini di trasparenza, per le condizioni di utilizzo dei servizi, non può comunque ritenersi che la formula dell'autoricarica legittimi qualsiasi forma di uso (o abuso) dell'utenza telefonica.

Infatti la naturale funzione economico – sociale del contratto, che sottende al rapporto sinallagmatico tra le parti, va individuata nel servizio di comunicazione dietro il pagamento di un corrispettivo, non nel consumo del solo credito autoricaricato; né può affermarsi che l'eventuale assenza di un limite massimo di traffico possa legittimare qualsiasi condotta, in violazione delle generali regole di buona fede nell'esecuzione del contratto (articoli 1337, 1175 e 1375 del Codice civile) e di solidarietà tra le parti, tenute a preservare reciprocamente i propri interessi.

Nel caso in esame non vi è peraltro alcun margine per ritenere che il piano tariffario "Be Wind" attivo sull'utenza in oggetto, per quanto contraddistinto da una logica di autoricarica, possa essere usato esclusivamente come strumento per accumulare credito, mediante la sola ricezione, ininterrotta, di traffico voce, dati o sms.

Alla luce di tali considerazioni, ed in applicazione delle citate condizioni contrattuali, è necessario appurare se nel periodo esaminato vi siano stati episodi di utilizzo del servizio da parte del cliente non conforme alle condizioni contrattuali relative al piano tariffario sottoscritto, in violazione del generale principio di buona fede.

Nella fattispecie in oggetto, sulla base delle informazioni assunte, quali l'estratto dei volumi di traffico giornalieri entrante finalizzato ad autoricarica per il periodo 1/09/2016 - 20/11/2016 relativamente all'utenza [redacted] e per il periodo 1/09/2016 - 22/11/2016 per l'utenza [redacted] precedentemente soggetta a sospensione, e non contestati dall'istante, è emerso un "uso anomalo" dei servizi telefonici in questione (cfr. memoria Wind).

Inoltre, circostanza non priva di rilievo, dagli stessi tabulati telefonici prodotti dall'istante risulta prevalentemente un utilizzo delle due utenze (chiamate effettuate) non consono ad un "uso normale" e "ragionevole" del servizio, soprattutto se si tiene conto che l'istante avrebbe utilizzato tutte e due le utenze in un lasso di tempo pressoché identico (cfr tabulati allegati all'istanza GU 14).

L'Operatore, quindi, a seguito dell'oggettiva presenza di traffico anomalo generato dalle SIM in questione le ha legittimamente sospese ed alcun indennizzo va riconosciuto ai sensi dell'articolo

13, comma 1 e 2, della delibera n. 73/11/CONS, ai sensi della quale "1. Nei casi in cui l'utente finale abbia utilizzato i servizi di comunicazione elettronica in maniera anomala o comunque, non conforme alla causa o alle condizioni del contratto stipulato, sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento per i disservizi conseguenti o, comunque, collegati al predetto utilizzo. 2. In particolare, nel caso di utenze mobili, s'intende come "anomalo" ai fini del comma 1 il traffico giornaliero finalizzato ad autoricarica superiore a due ore di conversazione ed a 50 sms o mms".

Dunque, per quanto appena rilevato, le richieste formulate dall'istante sub iv) di indennizzo per il disservizio delle proprie utenze e sub iii) di ripristino del credito residuo devono essere rigettate risultando il disservizio lamentato da parte istante derivato da un utilizzo improprio del servizio attraverso il quale è stato generato un indebito credito derivante da autoricarica che non risulta monetizzabile.

Da ultimo con riferimento alla richiesta sub. v), a fronte dell'integrale rigetto della domanda di parte istante, non si ritiene di poter riconoscere il rimborso delle spese procedurali.

CONSIDERATO che, 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.;

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).

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

DELIBERA

1. Il rigetto dell'istanza della signora Senekovic, nei confronti della società Wind Tre S.p.A. per le motivazioni di cui in premessa.
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 Servizi Organi di Garanzia
Gianni Cortiula



Il Presidente
Giovanni Marzini

