

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Delibera n. 15/2017

Estratto del processo verbale della seduta n. 8 del 9 novembre 2017

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

D'Aponte /Wind Tre

Presiede il Presidente

Giovanni Marzini

Sono presenti:

il Vice Presidente

Alessandro Tesini

il componente

Paolo Santin

Verbalizza

Alessandra Cammaroto

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.0006622/A d.d. 6 giugno 2016, presentata dal signor D'Aponte con la quale chiedeva 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. 0006905/P d.d. 9 giugno 2016 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;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione di Parte Istante

L'istante, titolare di tre utenze telefoniche nn. : ~~XXXX~~00, ~~XXXX~~90, ~~XXXX~~84, ha lamentato nei confronti di Wind la sospensione indebita e senza preavviso delle stesse.

In particolare, nell'istanza introduttiva e nel corso dell'audizione, ha rappresentato che:

-in data 18 dicembre 2015 l'operatore Wind ha cessato arbitrariamente la linea delle predette utenze, dopo 15 anni di regolare utilizzo delle stesse;

- le SIM venivano utilizzate da terzi ai quali l'istante le aveva affidate;

-sulle SIM ~~XXXX~~00 e ~~XXXX~~84 è attivo con Wind un contratto con piano tariffario "All Inclusive Unlimited" mentre sulla terza SIM è attivo un abbonamento ricaricabile con abbinato l'acquisto rateale di un telefono che sta pagando dal 25 dicembre 2015 e sul quale non può essere utilizzata la Smartphone box.

- nonostante numerosi tentativi di contatto al servizio clienti, del deposito del formulario GU5 al Co.Re.Com FVG, al fine di ottenere un provvedimento temporaneo di ripristino immediato sulle utenze de quo e, contestualmente, aver depositato il formulario UG al fine di avviare la procedura di conciliazione, l'istante non ha ottenuto la riattivazione del servizio.

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

- i. il rimborso delle spese procedurali, pari ad euro 150,00.-per ogni utenza;
- ii. l'indennizzo giornaliero secondo le tabelle Agcom per il mancato servizio per ogni utenza;
- iii. l'indennizzo per la mancata assistenza per ogni utenza;
- iv. la restituzione dei canoni della All Inclusive sulle utenze ~~XXXX~~00 e ~~XXXX~~84;
- v. la restituzione delle rate del telefono incluso per mancata fruizione del servizio smartphone box;
- vi. ogni altro indennizzo previsto;
- vii. la riattivazione delle SIM con tutti i servizi precedenti.

2. La posizione dell'Operatore

L'operatore Wind si è costituito depositando agli atti la memoria difensiva prot. n. 0008485/A d.d. 19 luglio 2016 e rappresentando che le SIM in questione sono state sospese in data 18 dicembre 2015 per "sospetta frode" in quanto veniva riscontrato che per le suddette numerazioni l'istante aveva effettuato operazioni di autoricarica oltre i limiti consentiti dalla normativa vigente violando quanto previsto dagli articoli 4.1, 4.2 e 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.

L'Operatore evidenziava che il cliente era stato già sospeso nel mese di luglio per le medesime motivazioni ed aveva inviato un sms con il quale invitava il cliente ad inviare un fax di impegno al rispetto degli articoli 4.1. e 6.1. delle condizioni generali di contratto. Il cliente ottemperava in tal senso inviando il fax in data 17/07/2015.

A seguito della nuova intercorsa sospensione l'istante rinviava, autonomamente, analogo fax del 17/07/2017 ma l'Operatore non procedeva con la riattivazione delle utenze in considerazione anche del recidivo comportamento.

Veniva, quindi, fissata, ai sensi dell'articolo 16 del Regolamento, l'udienza di discussione alla quale le parti si richiamavano a quanto dedotto in atti (verbale cfr. prot. n. 0007173/P d.d. 12 giugno 2017)

3. Motivazione della decisione

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

Sempre in via preliminare, si evidenzia che l'istante ha prodotto la memoria di replica sub n. 8933/A d.d. 05/08/2016 tardivamente rispetto ai termini assegnati alle parti per il suo deposito e pertanto ai sensi dell'articolo 16 del Regolamento la stessa, unitamente a quanto allegato, deve ritenersi irricevibile.

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.

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 "All inclusive" attivo sulle utenze 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 le tabelle di riepilogo del traffico in entrata allegate dall'Operatore e non contestate dall'istante e le dichiarazioni fornite da quest'ultimo che ha confermato, circostanza non priva di rilievo, l'utilizzo per più di 6 ore delle

utenze da parte di terzi ai quali aveva affidato le SIM, è emerso un "uso anomalo" dei servizi telefonici in questione.

Tuttavia, seppur l'Operatore, nel corso dell'istruttoria non ha assolto all'onere probatorio, volto a dimostrare il preavviso di sospensione delle utenze in questione (articolo 6.2. delle condizioni generali di contratto), alcun indennizzo può essere riconosciuto all'istante a fronte del riconosciuto "uso anomalo" dei propri servizi telefonici.

Infatti, in considerazione di quanto suesposto, si tiene applicabile al caso di specie l'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, la richiesta formulata dall'istante sub ii) di indennizzo per il mancato servizio per ogni utenza, non merita accoglimento.

Non possono, altresì, trovare accoglimento né la richiesta sub iv) di restituzione del canone della All Inclusive sulle utenze ~~XXXX~~ 00 e ~~XXXX~~ 84 né quella sub v) relativa alle rate del telefono incluso per la mancata fruizione del servizio smartphone box in quanto l'istante non ha assolto il relativo onere probatorio volto a dimostrare il contratto con le relative condizioni contrattuali stipulate con l'Operatore né l'acquisto rateizzato del telefono ed i relativi esborsi sostenuti.

La richiesta sub iii) di indennizzo per la mancata assistenza si ritiene generica e non disciplinata dal regolamento in materia di indennizzi di cui alla delibera 73/11/CONS.

Parimenti non risulta accoglibile la richiesta sub. vii) volta ad ottenere la riattivazione delle SIM con tutti i servizi precedenti in quanto connessa ad un obbligo di *facere* estraneo alla cognizione del Co.Re.Com ai sensi del comma 4 dell'articolo 19 del Regolamento, poiché l'oggetto della pronuncia è limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Infine, la richiesta sub i) di rimborso delle spese di procedura non può essere accolta, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, stante l'accertata infondatezza e rigetto delle domande di parte istante.

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 del Sig. D'Aponte 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).

Per il Direttore Servizio Organi di Garanzia
Il Vice Segretario Generale

Alessandra Cammaroto


Il Presidente
Giovanni Marzini

