

*Co.Re.Com. Cal./BA*

## DELIBERAZIONE N. 73

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA- MANFREDI XXXXX / WIND TELECOMUNICAZIONI Xxx

### IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 24/03/2014, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

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'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

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";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com." e ss.mm. e ii.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e ss.mm. e ii.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni 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;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

l'Accordo quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, 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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 17 settembre 2013, rubricata al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 40217, con cui il signor Manfredi Xxxxx ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con la Società Wind Telecomunicazioni Xxx ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons. e ss. mm. e ii.;

la nota del 14 Novembre 2013, prot. n. 48633, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

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

Considerato quanto segue:

#### **Oggetto della controversia e risultanze istruttorie**

Il signor Manfredi Xxxxx, ha promosso dinanzi al Co.Re.Com. Calabria, procedimento di Conciliazione contro l'operatore Wind Telecomunicazioni Xxx, avente ad oggetto: "*sospensione utenza per cause amministrative, mancato riconoscimento credito*". A seguito della mancata conciliazione, il 17 settembre 2013, ha introdotto il presente giudizio, rappresentando quanto segue: Il sig. Manfredi, titolare delle utenze n. xxx/xxxxe , xxx/xxxx, ha contestato nei confronti della società Wind, l'illegittima disattivazione delle *sim card*.

In particolare nell'istanza introduttiva del procedimento è emerso che:

- 1) in data 22 luglio la società Wind ha sospeso arbitrariamente le due *sim card* di titolarità dell'istante;
  - 2) dopo aver contattato il *call center* l'istante ha appurato che la sospensione era stata disposta per traffico anomalo dopo aver ricevuto delle segnalazioni da parte di Vodafone;
  - 3) nonostante il sollecito inviato via fax con il quale è stato comunicato che l'istante avrebbe utilizzato le *sim* conformemente alle condizioni generali di contratto, la società rifiutava la riattivazione della *sim*;
- Tutto ciò premesso, l'istante ha chiesto la riattivazione delle due *sim* con il piano di autoricarica presente al momento della sospensione, la restituzione del credito auto ricaricato, nonché l'indennizzo per il periodo di illegittima disattivazione.

In seguito all'avvio del procedimento, avvenuto il 14 novembre 2013, la Wind nel rispetto dei termini assegnati, ha prodotto memorie e documenti. In particolare l'operatore, ha contestato le domande del ricorrente, ed ha eccepito in particolare che:

- 1) La sospensione è stata legittimamente disposta da parte del servizio frodi, dopo aver accertato un uso anomalo del servizio da parte del cliente.
- 2) In particolare, in data 23 luglio le utenze n. xxx/xxxx e xxx/xxxx sono state sospese per traffico anomalo anche a seguito delle segnalazioni pervenute da parte della società Vodafone a partire dal 22 maggio 2013, conformemente alle disposizioni dettate dalla delibera n. 418/07/CONS. Ne deriva un uso improprio del servizio telefonico da parte del titolare delle card.
- 3) Già in precedenza le stesse card sono state sospese ai precedenti titolari e riattivate a seguito di richieste di subentro di nuovi titolari;
- 4) a seguito della predetta sospensione la società è stata più volte contattata dal cliente per il ripristino del servizio; in tali circostanze Wind ha dato evidenza delle ragioni che l'hanno determinata.

In ragione di tale ricostruzione della vicenda ha fatto presente che nessuna responsabilità può essere addebitata alla Wind. In primo luogo per quanto previsto dalla Delibera 73/11/CONS, in secondo luogo quanto previsto dalle Condizioni Generali di contratto e nello specifico dagli art. 4.1, e art. 6.

## **Motivi della decisione**

### **1. In tema di rito.**

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

Tuttavia, resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno.

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale: entrambe le parti hanno aderito all'udienza di conciliazione.

L'udienza di discussione per il presente ricorso non si è tenuta, in quanto non è stata richiesta espressamente dalle parti e non è stata ritenuta necessaria ai fini dell'odierna decisione.

### **2. Riguardo al merito**

#### **2.1 Sulla richiesta di indennizzo per sospensione dell'utenza senza preavviso.**

L'istante ha chiesto un indennizzo per la sospensione senza preavviso di due utenze mobili allo stesso intestate, da parte dell'operatore Wind, oltre la riattivazione delle sim, il ripristino del piano telefonico e delle opzioni esistenti al momento della sospensione.

Al fine di determinare se il ricorrente abbia diritto agli indennizzi pretesi per suddetta richiesta va circostanziata in relazione alla fattispecie in esame che impone, ai fini della definizione del contenzioso, di appurare se la condotta del sig. Manfredi sia conforme o meno alle condizioni contrattuali, che si presumono violate.

Entrando nel merito della controversia, per delineare il quadro normativo di riferimento entro il quale valutare la condotta dell'operatore, è opportuno richiamare innanzitutto il principio fondamentale in materia di qualità dei servizi di telecomunicazioni, stabilito dall'art. 3, comma 4, Del. AGCOM 179/03/CSP, che pone in capo agli operatori l'obbligo di fornire i servizi "in modo regolare, continuo e senza interruzioni". Le uniche eccezioni a tale principio riguardano le interruzioni dovute a interventi tecnici di manutenzione e riparazione (la cui legittimità è peraltro subordinata all'adempimento di una serie di oneri preventivi in capo all'operatore) e i casi tassativamente indicati dall'art. 5 del *Regolamento* (all. A, Del. 173/07/CONS), ovvero sia le ipotesi di *frode*, ripetuti ritardi nei pagamenti o ripetuti mancati pagamenti (da intendersi secondo le indicazioni espressamente fornite dal comma 2, lett. a) e b) del citato art. 5), rispetto alle quali incombe comunque in capo all'operatore un preciso onere di

informativa ("Fermo restando l'obbligo di informare l'utente con congruo preavviso", così recita il comma 1 del citato art. 5) il cui mancato rispetto rende illegittima l'interruzione del servizio.

Inoltre la Delibera 73/11/Cons, all'art. 13, comma 1 e 2, prevede quali cause di esclusione degli indennizzi: "1. 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.....;

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...."

La carta servizi dell'operatore su tale punto, rileva all'art. 4.1 che: Il Cliente ha l'obbligo di utilizzare il Servizio nel rispetto della legge, dei regolamenti vigenti e delle Condizioni generali di Contratto. Qualsiasi uso difforme del Servizio configura inadempimento del Cliente, con risoluzione automatica del Contratto secondo l'art. 1456 c.c., fatto salvo il risarcimento integrale dei danni conseguenti.

Il Cliente ha l'obbligo di non utilizzare i Servizi in modi o per scopi illeciti o per fini di lucro e terrà indenne Wind da ogni conseguenza derivante da illecita fruizione propria o di altri. Il Cliente deve 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 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 di traffico. Nei casi indicati Wind si riserva la facoltà di sospendere il Servizio e di addebitare al Cliente gli importi corrispondenti al traffico non correttamente tariffato, ferma restando la facoltà di adottare ogni altra misura di tutela.

L'art. 6, in tema di segnalazione di consumi anomali e sospensione del servizio, dispone che: Il Cliente è tenuto ad utilizzare il Servizio secondo buona fede e correttezza, evitando utilizzi illeciti, abusivi o impropri.

Qualora Wind riscontri dei volumi di traffico giudicati anomali 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 mediante messaggio telefonico, potrà sospendere il Servizio, relativamente al traffico in uscita ed al Roaming, e/o emettere una fattura anticipata..... Wind potrà, inoltre, comunicare la sostituzione del piano sottoscritto con altro di tipo diverso. Il Cliente avrà facoltà di recedere con effetto immediato senza applicazione di penali.

Il servizio è destinato all'utilizzo personale da parte del Cliente. L'utilizzo personale è definito in base ad un profilo di traffico standard. E' considerato standard il profilo di traffico che rispetta almeno tre dei seguenti parametri:

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 e comunque non superiore ad 50% del traffico vs mobile 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 e comunque non superiore ad 30% del traffico vs mobile complessivo;
5. traffico (minuti e/o SMS/MMS) uscente giornaliero/mensile indirizzato verso la propria rete di abbonamenti Wind non sia superiore al 80% del traffico uscente complessivo.

Il superamento di più di due dei suddetti parametri è incompatibile con l'uso standard della SIM e comporta la facoltà di Wind di procedere alla sospensione immediata del servizio".

Invero, dalla documentazione prodotta dall'operatore (sul quale, secondo i principi in materia di prova dell'inadempimento delle obbligazioni ormai acquisiti dalla giurisprudenza della Cassazione e dalle delibere dell'AGCOM e dei Co.Re.Com delegati, grava l'onere della prova del corretto adempimento

degli obblighi connessi al contratto di fornitura del servizio), emergono elementi idonei a dimostrare la sussistenza dei due presupposti necessari per legittimare la condotta dell'operatore: innanzi tutto, l'azione fraudolenta dell'istante ovvero l'improprio utilizzo, da parte di quest'ultimo, dei servizi forniti dal gestore e, secondariamente, il preavviso di almeno dodici ore contrattualmente previsto (il 23 luglio 2013 l'operatore ha inviato un sms all'istante per avvertirlo dell'imminente sospensione).

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. Se è vero, infatti, che le scelte commerciali del gestore relative alle soglie dell'autoricarica, o ad altre offerte che incentivano al consumo, 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. Nel caso in esame l'istante ha sottoscritto un contratto che pone espressamente l'obbligo per il cliente "di non utilizzare i Servizi in modi o per scopi illeciti o per fini di lucro" (articolo 4.1 carta Servizi) pena la facoltà del gestore di sospendere o risolvere il contratto "per l'uso improprio o illegittimo del servizio".

Alla luce di tali affermazioni, ed in applicazione delle citate disposizioni contrattuali, è necessario appurare se nel periodo esaminato vi siano stati episodi di utilizzo del servizio, da parte del cliente, non conforme al contratto sottoscritto, in violazione del generale principio di buona fede. Nella fattispecie in oggetto, sulla base di un'attenta valutazione e disamina delle informazioni rese dalle parti, appare comprovato l'utilizzo non ragionevole del servizio, che giustificerebbe la sospensione e la successiva disattivazione delle *sim card*. Gli importi di autoricarica accumulati dall'istante (anche per altre *sim* indicate dall'operatore nella propria memoria), oltre ad essere ingenti, sono circoscritti a lassi temporali molto ristretti ed interessano, contestualmente, tutte e due le utenze in oggetto (Cfr. memoria Wind). I dati rilevanti emergono dalle segnalazioni dalla società Vodafone inviate, tramite il reparto frodi, alla Wind. Seppure, infatti, il rapporto contrattuale, oggetto di disamina, coinvolge la sola Wind, non possono escludersi, dalla presente valutazione, talune informazioni fornite dagli OLO nel rispetto di obblighi di collaborazione interoperatori, promossa dalla stessa Autorità. Con la delibera n. 418/07/CONS, ed in particolare con l'articolo 6, l'Agcom ha, infatti, ritenuto necessario favorire forme di cooperazione tra gli operatori, mediante scambi di informazioni e dati, per facilitare la prevenzione e la rapida individuazione di fenomeni fraudolenti sulle reti di comunicazione elettronica. Il tutto per garantire una tutela effettiva sia per gli utenti sia per le società che operano nel mercato.

Considerato che la società Wind, ha dimostrato l'uso improprio del servizio da parte dell'istante e la legittimità della sospensione delle *sim card*; e, che la società ha legittimamente disattivato anche in base alle segnalazioni inoltrate da altri gestori, in ossequio agli obblighi di collaborazione interoperatori previsti dall'articolo 6 della delibera n. 418/07/CONS, le richieste formulate dall'istante di indennizzo per sospensione delle *sim*, oltre alla riattivazione delle stesse, sono rigettate.

### **3. Con riferimento alle spese di procedura**

L'art. 19, al comma 6, del Regolamento allegato alla delibera Agcom n. 173/07/CONS, sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, sia l'udienza di conciliazione che di definizione si sono concluse con un verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti.

Per tali motivi, non ricorrono le condizioni per il rimborso delle spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto;

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

### DELIBERA

Il rigetto per le motivazioni di cui in premessa, dell'istanza presentata dal signor Manfredi Xxxxx (utenze numero xxx/xxxx e xxx/xxxx), nei confronti delle società Wind Telecomunicazioni Xxx.

- E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/CONS.;
- Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259";
- La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

#### **I Componenti**

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

#### **Il Presidente**

f.to Prof. Alessandro Manganaro

#### **V. Il Direttore del Co.Re.Com.**

f.to Avv. Rosario Carnevale