

DELIBERA DL/135/15/CRL/UD del 11 settembre 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx CARMENI/WIND TELECOMUNICAZIONI xxx

(LAZIO/D/353/2013)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 11 settembre 2015;

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 del 1 agosto 2003 n. 259, recante *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*;

VISTO 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;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16/12/2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, recante *“Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”*, di seguito, *“Regolamento”*;

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011, recante *“Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”*;

VISTA l’istanza dell’utente sig.ra xxx Carmeni presentata in data 20 giugno 2013;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato - nei confronti dell’operatore Wind – l’improvvisa, non preavvisata ed illegittima disattivazione dell’utenza mobile, la perdita della numerazione e la mancata risposta ai reclami. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione, ha dichiarato quanto segue:

- a) Il 31 gennaio 2013 l’operatore aveva disattivato l’utenza mobile n. XXXXXX6099 senza preavviso e senza l’adozione del meccanismo dell’ultimo mese di traffico in sola ricezione;
- b) L’utenza era attiva dal 2007 ed utilizzata anche per esigenze professionali;
- c) L’operatore non aveva dato riscontro ai reclami, né aveva riattivato l’utenza a seguito dell’adozione del provvedimento temporaneo emesso dal Corecom.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- i. La riattivazione dell'utenza con invio al domicilio della nuova sim card gratuita;
- ii. Indennizzo per la disattivazione non preavvisata dei tre servizi principali voce, sms ed internet
- iii. Indennizzo per mancato invio gratuito della sim card
- iv. Indennizzo per eventuale perdita della numerazione
- v. Indennizzo per mancata risposta ai reclami
- vi. Raddoppio di tutti gli indennizzi per la natura professionale dell'utenza
- vii. Spese di procedura.

La posizione dell'operatore Wind

L'operatore ha precisato di aver disattivato l'utenza n. XXXXXX6099 per mancata ricarica del credito nell'arco di un anno. Ha dichiarato inoltre che gli sms inviati per avvisare l'utente della scadenza SIM non erano stati ricevuti per KO-Utente irraggiungibile; che i tentativi di contattare l'utente per informarlo delle modalità di riattivazione erano falliti per irraggiungibilità dell'unico recapito telefonico a disposizione; che, per la riattivazione del numero, sarebbe stato necessario l'acquisto da parte dell'utente di una nuova sim, i cui costi sarebbero stati rimborsati, sulla quale sovrascrivere la numerazione e che l'utente, informata in sede conciliativa di tale necessaria modalità, non si era resa disponibile.

Motivazione della decisione

In via preliminare, si rigetta l'eccezione preliminare dell'utente di inammissibilità della memoria di Wind perché contenente una unica e cumulativa difesa per il presente procedimento e per altro procedimento definitorio, da esso distinto.

L'eccezione è infondata, avendo l'operatore svolto le proprie difese distintamente per le due fattispecie, seppure con una sola memoria.

Si precisa inoltre che deve ritenersi superata la domanda di riattivazione dell'utenza, avendo l'istante comunicato che la stessa è definitivamente inattiva. Viene pertanto presa in esame la sola domanda di liquidazione di indennizzo per la disattivazione e la perdita definitiva della numerazione.

Viene infine rigettata la domanda di raddoppio di tutti gli eventuali indennizzi, non risultando la natura affari dell'utenza.

Sulla disattivazione dell'utenza

E' pacifica l'esistenza del contratto di utenza telefonica mobile prepagata tra la sig.ra XXXX e Wind, con numerazione XXXXXX6099, ed è altresì pacifica la disattivazione dell'utenza effettuata dall'operatore il 31 gennaio 2013.

Oggetto della controversia è la legittimità, o meno, della avvenuta disattivazione, operata da Wind, secondo quanto dalla stessa asserito, per mancata ricarica del credito nell'arco temporale di un anno.

La domanda dell'utente è fondata per le seguenti ragioni.

Per i servizi di comunicazioni mobili e personali di tipo pre-pagato, l'obbligo di preavviso della cessazione del numero in mancanza di rapporti commerciali per un periodo di almeno ventiquattro mesi è stato introdotto dalla Delibera 26/08/CIR (art. 8.7).

La successiva Delibera 74/10/CIR, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, all'art. 8.9, come successivamente confermato dalla Delibera n.52/12/CIR ha stabilito che: *“Gli operatori che prevedono la sospensione del servizio entro tale periodo, comunque non prima dello scadere del dodicesimo mese dall'ultimo rapporto commerciale, informano il cliente della clausola in questione e consentono la riattivazione del servizio sulla medesima numerazione, mediante procedure semplici e senza alcun onere aggiuntivo per il cliente, entro quarantotto ore dalla richiesta salvo casi eccezionali, ferme restando, in ogni caso, le pertinenti disposizioni riguardanti il trattamento del credito residuo. Gli operatori informano l'utente, con almeno trenta giorni in anticipo, sia della eventuale sospensione del servizio che della cessazione del numero. Tali numerazioni possono essere utilizzate per altri utenti dopo il prescritto periodo di latenza”*.

Alla data in cui l'utente ha lamentato la disattivazione della SIM, dunque, era sì prevista dalle Condizioni di utilizzo della Carta Prepagata la disattivazione della SIM per assenza di ricarica, ma vigeva a carico dell'operatore l'obbligo di preavviso, di almeno trenta giorni, sia della sospensione del servizio, sia della cessazione del numero, ad essa conseguenti.

Sul punto l'operatore ha dichiarato di aver inoltrato gli avvisi di scadenza SIM e che gli stessi non erano stati ricevuti per utenza non raggiungibile.

Dalle schermate del sistema Siebel (perfettamente leggibili quanto a intestazione e provenienza, in copia digitale pervenuta via email al Corecom in aggiunta alla trasmissione via fax, come da prassi consolidata ed esplicitata nella nota di avvio del procedimento), si evincono molteplici tentativi di contatto all'utente in varie date: alcuni riferiti a campagne (tutti falliti), altri riconducibili ad invii di sms identificati dal codice SCAD_ e con didascalia *“ I clienti in lista target ricevono SMS informativo sulla validità SIM e sulle modalità rinnovo stessa”*. Tali sms, per ammissione stessa del gestore, non risultano ricevuti per *“Ko –utente non raggiungibile”*. Deve pertanto desumersi che l'operatore abbia contravvenuto all'obbligo di preavviso previsto dalla Delibera 74/10/CIR e ciò costituisce motivo principale, ed assorbente di ogni altro, dell'illegittimità della condotta di Wind. Ben avrebbe potuto il gestore infatti, pienamente consapevole dell'inefficacia del preavviso reso, provvedere in modo alternativo, ad esempio con comunicazione al recapito postale del cliente.

L'inadempimento dell'operatore all'obbligo di preavviso previsto dalla Delibera 74/10/CIR è motivo principale, ed assorbente di ogni altro, dell'illegittimità della condotta di Wind.

Sull'applicabilità ai contratti già in essere della normativa introdotta dalla Delibera 26/08/CIR come modificata dalla Delibera 74/10/CIR si è già espressa AGCOM con la Delibera 416/13/CONS, cui si rimanda per tutte le condivise considerazioni.

Secondo i recenti orientamenti di AGCOM (Determina 106/13/DIT), condivisi dall'Autorità adita, tale condotta comporta l'obbligo in capo all'operatore di indennizzare l'utente per il periodo intercorrente tra la data di sospensione e il momento in cui l'utente avrebbe potuto ottenere la riattivazione dell'utenza se ne avesse fatto immediata richiesta (successive 48 ore).

Pertanto, dalla responsabilità di Wind per la sospensione del servizio in assenza di previa tempestiva informazione, discende il diritto dell'utente ad un indennizzo, determinato ai sensi dell'articolo 4.1 del Regolamento, in Euro 7,50 die per la sospensione dell'utenza per complessivi Euro 15,00.

Non è al riguardo condivisibile la prospettazione offerta dall'utente di scissione delle funzionalità dell'utenza in servizi di fonia e dati, nonché in quella ulteriore di servizi principali e accessori, suscettibili come tali di autonomi indennizzi, in ragione della peculiarità tecnico-commerciale che distingue la telefonia mobile da quella fissa, laddove alle utenze mobili sono comunemente associate una serie di funzionalità già originariamente pertinenti al pacchetto di connessione in mobilità, con modalità di erogazione e fruizione delle stesse altrettanto unitarie ed inscindibili. Tale valutazione riguarda pertanto sia il servizio internet che, viepiù, quello di messaggistica, da considerarsi inscindibile dall'unitario servizio fonia/dati in mobilità.

Tuttavia, nella fattispecie, sussiste la responsabilità dell'operatore per il ritardo nella riattivazione, per le seguenti ragioni e con espresse limitazioni.

Nella fattispecie, a seguito della richiesta dell'utente inviata via fax l'8 febbraio 2013, non risulta che Wind abbia provveduto alla riattivazione neppure in seguito, nonostante la reiterata richiesta del 2/5 aprile 2013.

Si premette che le modalità per ottenere la riattivazione sono espressamente indicate dall'art. 8.8. delle Condizioni relative ai servizi Wind, che recita: "ART. 8.8 Per la riattivazione del numero di telefono occorre essere in possesso di un'altra Sim Wind presente sulla medesima anagrafica o in alternativa, acquistarla presso un Rivenditore autorizzato WIND o altri punti di distribuzione e chiamare il Servizio Clienti WIND al numero 155. In alternativa è possibile inviare una raccomandata allegando il modulo di richiesta presente sul sito www.wind.it compilato e firmato in ogni sua parte alla Casella Postale 14155 - Ufficio Postale Milano 65 - 20152 Milano".

Tali condizioni erano conosciute e accettate espressamente dall'utente, che aveva sottoscritto il modulo di adesione ai servizi Wind in data 3.9.2007, per l'utenza *de qua*.

Nel caso in esame, risulta dagli atti del procedimento amministrativo di richiesta di provvedimento temporaneo avviato dall'utente, e precisamente dal primo provvedimento prot. N. U2996 del 17 maggio 2013 comunicato all'istante il 28 maggio 2013, che l'operatore aveva precisato che non era tecnicamente possibile riattivare l'utenza e che qualora l'utente fosse stata interessata alla riattivazione avrebbe potuto recarsi presso un punto vendita Wind per l'acquisto di una sim prepagata al costo di Euro 10,00, che sarebbero poi stati rimborsati, al fine di poter sovrascrivere l'utenza disattivata sul numero provvisorio. Con ciò confermando quanto già previsto dalle condizioni contrattuali.

Del resto la necessità tecnica dell'attivazione di una nuova sim al fine di ottenere la riattivazione del numero di utenza era circostanza nota all'utente che, fin dal primo reclamo, precedente la detta comunicazione di Wind, aveva chiesto " l'invio gratuito al proprio domicilio di nuova sim card con cui poter riutilizzare (una volta riattivatami) l'utenza n. XXXXXX6099".

Tale consapevolezza appare ancora più evidente nelle contestazioni svolte successivamente, in sede di procedimento temporaneo ed in replica al gestore in fase di definizione quando, imputando tecnicamente l'inutilizzabilità dell'utenza al mancato invio della sim al proprio recapito, ha richiesto all'ufficio di adottare un ordine di riattivazione nei confronti di Wind da attuarsi con le modalità da lui stesso indicate, anziché con quelle contrattualmente previste.

Non essendo l'ipotesi dell'invio a domicilio della nuova sim prevista dalle Condizioni relative ai servizi Wind, e stante l'impegno assunto dall'operatore di rimborsare il costo di Euro 10,00 per l'acquisto della nuova sim, si ritiene che la modalità indicata da Wind per ottenere la riattivazione della sim card sia stata conforma alla normativa vigente, ovvero semplice e senza "alcun onere aggiuntivo per l'utente".

Questa infatti, semplicemente recandosi presso un Rivenditore autorizzato WIND o altri punti di distribuzione, avrebbe potuto ottenere la riattivazione della sim, con il rimborso del costo sostenuto per l'acquisto della nuova sim, evitando oltretutto la perdita della numerazione.

Condizionare pertanto la fruizione del servizio ad una modalità di adempimento da parte del gestore, unilateralmente imposta dall'utente, non integra certamente il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto – tanto più se in palese contrasto con questo-, così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia "in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico " (Cass, n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09).

Viceversa, rifiutandosi di anticipare i costi di acquisto della nuova sim e pretendendone l'invio gratuito a domicilio, ha contribuito in maniera determinante ad impedire la procedura di riattivazione. Di conseguenza, non può riconoscersi il diritto ad essere indennizzato per l'intera durata del periodo di disservizio provocato anche dalla propria condotta.

Spetta quindi all'istante un indennizzo per la ritardata/mancata riattivazione dell'utenza per il periodo a decorrere dal 16 febbraio 2013 (considerati i due giorni previsti per la riattivazione successivi alla richiesta dell'8 febbraio ricevuta il 14 febbraio 2013), al 28 maggio 2013 -data del provvedimento temporaneo U2996 del Corecom, da cui l'utente ha avuto conoscenza (recte: conferma) delle modalità di riattivazione-, per un periodo di 101 giorni, che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 3.1 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, si liquida in complessivi Euro 757,50.

Viene infine rigettata la domanda di liquidazione di un indennizzo per il mancato invio a domicilio della nuova sim card, non essendo tale modalità di riattivazione prevista dalle Condizioni relative ai servizi Wind e trattandosi di una fattispecie non riconducibile per analogia a nessuna delle figure di disservizio disciplinate dalla Delibera 73/11/CONS.

Sulla perdita della numerazione

L'utente chiede la liquidazione di un indennizzo per la perdita della numerazione.

Considerato quanto già esposto nel precedente paragrafo, la domanda viene rigettata, avendo l'utente determinato con la sua condotta la mancata riattivazione della numerazione nel termine previsto dalle Condizioni relative ai servizi Wind (art. 8.8), che ha comportato la perdita della disponibilità del numero.

Sulla mancata risposta ai reclami

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami svolti l'8 febbraio 2013 e il 2/5 aprile 2013, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

L'operatore dichiara che i tentativi di contattare l'utente erano falliti per irraggiungibilità dell'unico recapito telefonico a disposizione.

Si premette innanzitutto che, pur mancando la prova dell'invio del primo reclamo, è l'operatore stesso che ammette di averlo ricevuto in data 14 febbraio 2013. Il successivo reclamo, attinendo al medesimo disservizio, deve considerarsi reiterativo del primo.

Ciò premesso, la domanda dell'utente è fondata, non avendo l'operatore provato di aver contattato telefonicamente l'utente e ben potendo, comunque, stante la sua eventuale irraggiungibilità, dare riscontro per iscritto al reclamo ricevuto.

Rileva, allora, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *in forma scritta*, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta al reclamo inviato, come è da considerarsi la fattispecie, da cui è derivata per l'utente una *mancaza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo".

Deve pertanto riconoscersi all'istante un indennizzo per la mancata risposta al reclamo, da computarsi, in forza dell'art. 2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, secondo i parametri indennizzatori previsti dalla Carta Servizi Wind (artt. 2.3 e 3.3).

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 11.1 e 2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS e degli artt. 2.3 e 3.3 della Carta Servizi Wind, considerato che il primo reclamo è stato ricevuto il 14 febbraio 2013, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni) e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (28 maggio 2013), viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo

di Euro 299,28 (sull'applicazione dei limiti indennitari cfr. Del. Agcom 276/13/CONS del 11.4.2013, Par.III.5.3, pag.16).

Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura: visto il combinato disposto di cui agli artt. 16.2 bis e 19.6 del Regolamento Agcom 173/07/CONS e s. m. e le relative Linee Guida interpretative dettate da ultimo con Del. 273/13/CONS, Par. III.5.4 (*Spese di procedura*), che al comportamento complessivamente tenuto dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione e definizione collegano ogni opportuna valutazione dell'Autorità in tema di riconoscimento di indennizzi e spese di procedura, anche indipendentemente dall'esito del giudizio; richiamato il principio espresso dall'art.3 del D.Lgs. 02.07.2010, n.104 (Nuovo Codice del Processo amministrativo), principio di carattere generale come da parere motivato Consiglio di Stato-Sez I n. 00346/2013 in tema di violazione del dovere di sinteticità e chiarezza degli atti processuali; tutto ciò considerato, sussistono giusti motivi per compensare le spese di procedura tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza della sig.ra xxx Carmeni nei confronti dell'operatore Wind Telecomunicazioni xxx.
2. La società Wind Telecomunicazioni xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante:
 - a) l'importo di Euro 15,00 (quindici/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 4.1. allegato A alla delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 - b) l'importo di Euro 757,50 (settecentocinquantesette/50) ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 3.1 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 - c) l'importo di Euro 299,28 (duecentonovantanove/28) ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 11.1 e 2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS e degli artt. 2.3 e 3.3 della Carta Servizi Wind, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
3. La società Wind Telecomunicazioni xxx è tenuta altresì a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.
5. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. 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 Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 11 settembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto