

DELIBERA DL/184/15/CRL/UD del 23 novembre 2015
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
FG FINANZIARIA GENERALE xxx / WIND TELECOMUNICAZIONI xxx
(LAZIO/D/187/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 23 novembre 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 FG Finanziaria Generale xxx presentata in data 5.3.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

L’istante ha lamentato - nei confronti dell’operatore Wind:

- i. Di avere sottoscritto un contratto (codice cliente 507301173) il 11.11.2013 per la mnp da Telecom, di alcune sim (profilo business) in uso ai propri dipendenti presso la sede di Anguillara Sabazia (RM) e di avere ricevuto assicurazioni da Wind relativamente alla massima copertura di rete nella predetta zona;
- ii. Espletata la mnp, tutte le sim migrate subiscono la completa interruzione dei servizi;
- iii. Segnalato il problema al referente Wind, i servizi non vengono ripristinati e l’utente, in data 21.11.2013, chiede il rientro in Telecom, che viene espletato il 11.12.2013;

iv. Con raccomandata a.r. del 10.12.2013 – ricevuta da Wind il 18.12.2013 - l'utente, premesso che le sim non hanno mai funzionato a far data dalla mnp in Wind a causa della mancata copertura di rete e che pertanto per tale motivo si era vista costretta a chiedere – il 21.11.2013 - il rientro in Telecom, chiedeva a Wind la immediata cessazione del contratto con codice cliente 507301173, oltre allo storno della fattura di prossima emissione e l'emissione della relativa nota di credito.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva la condanna di Wind al risarcimento del danno conseguente alla mancata fruizione dei servizi per circa 10 giorni, quantificato in Euro 2.500,00, oltre allo storno delle fatture emesse ed il ritiro della pratica di recupero crediti affidata a Ge.Ri srl.

L'utente non ha presentato memorie, né replicato alle difese dell'operatore.

2. La posizione dell'operatore Wind.

Con memorie tempestive, l'operatore deduce che l'utente con PDA del 30.10.2013, ha stipulato un contratto per servizi di telefonia mobile per 8 sim voce e 3 sim dati (contratto depositato in atti) e, segnatamente : 6 utenze in portabilità da TIM (337xxxx381; 348xxxx976; 334xxxx570; 334xxxx550; 335xxxx473; 338xxxx380); 2 utenze Wind di nuova attivazione (320xxxx186 e 329xxxx094) ; 3 sim dati (320xxxx454; 329xxxx368 e 320xxxx035)

La portabilità è stata espletata il 21.11.2013 per 4 utenze, mentre per due (335xxxx473; 338xxxx380) l'utente vi ha rinunciato, acconsentendo all'utilizzo delle due numerazioni provvisorie Wind.

Il 11.12.2013 le utenze 337xxxx381; 348xxxx976; 334xxxx570 sono cessate per rientro in TIM mentre tutte le altre, compresa la 334xxxx550 la cui portabilità verso Tim non si perfezionava, sono rimaste attive con Wind fino a risoluzione contrattuale per morosità avvenuta il 17.6.2014.

La richiesta di indennizzo per il disservizio occorso non è fondata in quanto nessuna segnalazione di disservizio è mai pervenuta dall'utente, così come non è giunta alcuna disdetta/portabilità per le utenze attive con Wind , il cui contratto si è risolto pertanto solo il 17.6.2014, residuando a carico dell'utente un insoluto per Euro 2.762,01.

L'operatore ha inoltre depositato altro contratto relativo a servizi di connettività su rete fissa, stipulato il 8.11.2013 per le 4 sedi della società, estraneo all'oggetto della presente controversia.

3. Motivazione della decisione.

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

Si rileva anzitutto che, ai sensi dell'Art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti (L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità), l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria.

Deve ritenersi inammissibile, pertanto, la richiesta di indennizzo per € 2.500.00 per il disagio subito a fronte degli asseriti 10 giorni di disservizio in quanto avente chiara finalità risarcitoria; tuttavia, la domanda di risarcimento del danno, di per sé inammissibile, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione, può essere interpretata come accertamento dell'inadempimento dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal *nomen juris* indicato dalla parte (Par. III.1.3 Delibera n.276/13/CONS - Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie).

La domanda pertanto è procedibile nel senso dell'accertamento del diritto all'indennizzo conseguente all'interruzione dei servizi successivamente all'attivazione dei servizi mobili in Wind.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Inoltre, ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali ed in conformità a quanto previsto dall'articolo 3, comma 4, della delibera Agcom n. 179/03/CSP.

Wind ha eccepito di non aver mai ricevuto alcuna segnalazione di disservizio in seguito alla portabilità espletata il 21.11.2013, richiamandosi a consolidata giurisprudenza Agcom in tema di esenzione di responsabilità dell'operatore per i malfunzionamenti non segnalati attraverso la procedura di reclamo, nonché in tema di indeterminatezza delle deduzioni di parte istante circa la natura e la durata del supposto inadempimento dell'operatore telefonico.

In effetti, dalla lacunosa e scarna rappresentazione dei fatti di controversia da parte dell'utente, non si evince alcun reclamo che potesse mettere l'operatore in condizione di risolvere la problematica o, diversamente, di comunicare l'eventuale impossibilità della prestazione; l'utente si limita ad accennare, nel formulario Gu14 , di aver segnalato la cosa al referente Wind senza depositare alcunché, né ha circostanziato quanto dedotto, con data e contenuto del reclamo. Inoltre, l'utente non ha inteso replicare all'eccezione del gestore, né depositare memorie esplicative o precisative dei fatti.

Il primo atto con il quale l'operatore viene messo a conoscenza dell'accaduto è la disdetta del contratto del 10.12.2013 che viene appunto così motivata, rilevandosi pertanto a tale data, la

manca di interesse del cliente ad un intervento in merito. Sempre in tal senso deve intendersi la richiesta di rientro delle utenze migrate, rivolta a Telecom (email in atti) il giorno stesso dell'espletamento della portabilità in Wind.

Allo stato degli atti pertanto non è possibile accogliere la domanda di indennizzo per l'asserito disservizio, a causa della mancata messa in mora dell'operatore ad intervenire sul guasto.

Quanto poi alla disdetta depositata in atti del 10.12.2013, non vi è dubbio sul contenuto della stessa quale risoluzione del rapporto contrattuale per inadempimento, con riferimento all'intera posizione contrattuale contrassegnata dal cod. cliente 507301173 per i servizi di telefonia mobile ad eccezione delle numerazioni già oggetto di MNP da Tim, per le quali era stata inoltrata richiesta di rientro.

Eccepisce il gestore di non aver ricevuto alcuna richiesta, né di disdetta né di portabilità per le utenze rimaste attive con Wind (al netto di quelle tornate in Tim), ma risulta depositata dall'utente la cartolina di ritorno della raccomandata recante, quale data di ricezione, il 18.12.2014. Né il gestore ha depositato prova dell'utilizzo di dette utenze, peraltro di nuova attivazione, mediante deposito di fatture con consumi o tabulati, a riprova di una volontà contraria dell'utente rispetto a quella formalizzata il 18.12.2013.

Si precisa che nessuna delle parti ha depositato le fatture delle quali si chiede lo storno da un lato, il pagamento dall'altro.

Wind è comunque tenuta a stornare tutta la fatturazione emessa successivamente alla disdetta del contratto esercitata dall'utente, sino alla cessazione delle utenze, con emissione delle relative note di credito e ritiro della pratica di recupero crediti a cura e spese dell'operatore.

In considerazione dell'impossibilità di accertare l'asserito inadempimento del gestore sulla regolare erogazione del servizio, la richiamata disdetta non può intendersi quale risoluzione contrattuale per inadempimento, non essendo stato il gestore messo nella condizione di ovviarvi, e pertanto fa salvi i diritti dell'operatore in ordine all'eventuale recupero dei corrispettivi per recesso anticipato, ove applicati

4. Sulle spese di procedura.

Per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 50,00 (trenta/00) considerate le difese svolte ed il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di FG Finanziaria Generale xxx nei confronti dell'operatore Wind Telecomunicazioni xxx.

2. La società Wind Telecomunicazioni xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, la somma di euro 50,00 (cinquanta /00) per le spese di procedura.

3. La società Wind Telecomunicazioni xxx è altresì tenuta a disporre lo storno delle fatture emesse in relazione al codice cliente 507301173 a far data dalla disdetta nei termini di cui in motivazione, sino alla sua cessazione, con emissione delle relative note di credito e ritiro della pratica di recupero crediti a cura e spese di Wind.

4. 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.

5. 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.

6. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

7. 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, 23 novembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto