

Co.re.com. Cal./Vic
DELIBERAZIONE N. 45

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - SGROMO XXX C. WIND TELECOMUNICAZIONI XXX

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 27/03/2013, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

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

e Avv. Rosario Carnevale, Dirigente del Settore Assistenza a

gli Organi Istituzionali – Affari generali e legali del Comitato;

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 succ. modif. ed int.;

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 succ. modif. ed int.;

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;

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";

Vista l'istanza del 20 luglio 2012, acquisita al prot. Co.re.com. Calabria n. 33088, con cui la sig.ra XXX Sgromo ha chiesto l'intervento del Co.re.com. Calabria per la definizione della controversia in essere con 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 succ. modif. ed int.;

Vista la nota del 27 luglio 2012 (prot. n. 34115), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

Vista la richiesta di integrazione istruttoria del 14 febbraio 2013 (prot. n.7759);

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

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

La ricorrente, sig.ra XXX Sgromo, intestataria di un'utenza telefonica mobile avente numero XXX utilizzata (in quanto utenza business) anche per l'esercizio della professione di avvocato, ha riferito di aver effettuato richiesta di migrazione con N.P. della propria linea telefonica verso l'operatore Vodafone e di aver subito, nelle more della procedura medesima, l'arbitraria sospensione della linea. Ha asserito di aver prontamente segnalato l'accaduto all'operatore che, solo dopo varie segnalazioni telefoniche, ha dichiarato che l'utenza non risultava più essere fra i propri clienti e che la sospensione, per come riportato dalla ricorrente, era dovuta ad un mero errore. Ha assicurato all'istante che la sim facente capo alla stessa, sarebbe stata riattivata in tempi ristretti. E però il persistere del disservizio, malgrado i ripetuti reclami risultati infruttuosi, induceva l'istante a sporgere denuncia-querela sia avverso Wind che Vodafone presso il Commissariato di P.S. in Roma, segnalando l'accaduto, lamentando all'uopo l'ingiustificata ed arbitraria interruzione del servizio. A seguito di ciò l'operatore Wind contattava la ricorrente, rassicurandola nuovamente che il servizio sarebbe stato riattivato senza pregiudizio per la numerazione che sarebbe stata conservata. All'uopo l'istante veniva invitata dall'operatore ad inoltrare una comunicazione via fax con cui avrebbe dovuto richiedere la riattivazione del servizio telefonico senza perdita della numerazione, posseduta sin dall'anno 1997.

La sig.ra Sgromo provvedeva in tal senso. Successivamente la stessa, in data 19 aprile 2012 presentava presso il Co.Re.Com Lazio istanza di conciliazione della controversia in essere con l'operatore Vodafone. All'udienza del 19 giugno 2012 tenutasi presso il Co.Re.Com. Lazio l'operatore Vodafone rigettava ogni addebito, chiedendo l'estensione del contenzioso all'operatore Wind. Si decideva quindi l'aggiornamento del tentativo di conciliazione.

L'istante non ha tuttavia prodotto il verbale conclusivo della procedura di conciliazione presso il Co.Re.Com. Lazio il cui esito risulta, allo stato, sconosciuto.

Successivamente, la ricorrente presentava istanza per tentativo di conciliazione presso il Co.Re.Com Calabria avverso l'operatore Wind. L'udienza, tenutasi in videoconferenza in data 13 luglio 2012 sortiva esito negativo, stante il mancato raggiungimento dell'accordo fra le parti rappresentate dai rispettivi legali.

La ricorrente, perdurando il disservizio, in data 20 luglio 2012 depositava istanza per la definizione della controversia in essere con l'operatore, lamentando la sospensione della linea e l'addebito di somme non dovute.

A seguito di lettera di avvio del procedimento del 27 luglio 2012, con cui il Co.Re.Com. ha chiesto ad entrambe le parti del procedimento i chiarimenti istruttori ritenuti necessari, l'operatore Wind ha prodotto, nei termini procedurali, una memoria difensiva a supporto della propria posizione, rilevando, che in data 12 marzo 2012, perveniva sui propri sistemi una richiesta di portabilità verso altro OLO della utenza intestata alla ricorrente, sicché veniva avviato il relativo provisioning che si concludeva il 15 marzo successivo. In pari data l'operatore ha riferito di aver ricevuto una segnalazione della ricorrente che lamentava la disattivazione della propria sim e, conseguentemente l'interruzione del servizio. La società convenuta effettuava dunque delle verifiche, appurando che la portabilità è risultata rifiutata dall'olo recipient per "incongruenza MSISDN, non appartenente al donating". Nelle more Wind apriva una segnalazione al fine di normalizzare la situazione. Il servizio veniva quindi ripristinato

alcuni mesi dopo, segnatamente, il 23 luglio 2012. L'operatore ha conclusivamente rigettato ogni altro addebito asserendo di aver agito correttamente e di aver gestito regolarmente l'utente. Non ha tuttavia prodotto a sostegno ed a supporto delle proprie argomentazioni alcun documento di pregio, limitandosi a depositare una memoria. La ricorrente, dal canto suo, con memoria di replica ha ribadito doglianze e richieste già prospettate con il GU14 asserendo che l'operatore Wind avrebbe illegittimamente interrotto il servizio prima ancora che la richiesta di portabilità della propria utenza fosse formalizzata al gestore Vodafone, il quale, a sua volta, avrebbe rifiutato la richiesta de qua non risultando l'utenza appartenere al donating. Concludeva richiedendo l'indennizzo per la sospensione e/o cessazione del servizio; quello per la ritardata attivazione del servizio; nonché per omessa o ritardata portabilità e perdita della numerazione. Avanzava inoltre richiesta di indennizzo per mancata risposta ai reclami, domandando, nel mentre, il rimborso delle somme relative a tutte quelle voci non direttamente collegate ai servizi richiesti al momento della conclusione del contratto. Infine, richiedeva il risarcimento del danno ingiustamente patito.

Ai fini di integrazione istruttoria questo Ufficio, in data 14 febbraio 2013, ha richiesto a Vodafone, ai soli fini istruttori ai sensi dell'art. 18, comma 1, della delibera n. 173/07/CONS Allegato A, informazioni circa l'importazione dell'utenza *de qua* da Wind a Vodafone. Tale richiesta veniva riscontrata il 20 febbraio 2013, con la produzione delle schermate relative ai passaggi tra i due operatori. Da tale ultimo riscontro è emerso che il sistema Vodafone ha registrato ben tre tentativi di importazione rifiutati. Produceva, inoltre, al fine di ribadire la propria esclusione di responsabilità in ordine alla vicenda *de qua*, e.mail ricevuta in data 7 maggio 2012 proveniente dall'OLO Wind in cui si legge testualmente "**abbiamo erroneamente disattivato l'utenza XXX che aveva chiesto MNP verso la Vs compagnia nel mese di marzo 2012**". Espletata quindi l'attività istruttoria, il fascicolo è stato trattenuto per la decisione.

2. Motivi della decisione.

Osservazioni in rito.

Preliminarmente, si deve evidenziare che l'istante ha introdotto nella presente procedura domande assolutamente nuove, che non sono state oggetto del precedente tentativo di conciliazione. Ci si riferisce, in particolare, alla richiesta di indennizzo per perdita della numerazione. Poiché tale richiesta è stata proposta per la prima volta in seno al procedimento in oggetto, deve esserne dichiarata l'inammissibilità.

Con riferimento alla richiesta di risarcimento del danno avanzata in istanza, ai sensi dell'art. 19 comma 4 della Delibera 173/07/CONS, Allegato A, l'oggetto della pronuncia da parte di questa Autorità esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa 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 per le garanzie nelle comunicazioni, restando naturalmente salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per l'eventuale maggior danno. La domanda di "risarcimento del danno", come proposta dall'istante, non può pertanto essere esaminata in questa sede.

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nelle due fasi procedurali: l'operatore convenuto ha partecipato all'udienza di conciliazione disertando, invece, quella di definizione, sebbene ritualmente convocato.

2. Nel merito.

In base alla documentazione versata in atti deve preliminarmente evidenziarsi che la vicenda in oggetto della presente disamina rappresenta un caso di: ritardo nell'espletamento della procedura di migrazione; omessa portabilità; sospensione del servizio; mancata risposta ai reclami.

2.1 Sulle richieste di indennizzo per perdita della numerazione.

Non è possibile procedere alla disamina delle domanda *de qua*, in quanto è da ritenersi inammissibile. L'oggetto delle richiesta è infatti diverso nella sostanza dall'oggetto del tentativo di conciliazione, trattandosi di domanda nuova presentata per la prima volta in seno al presente procedimento. Deve pertanto essere rigettata. In effetti, qualora si ammettesse l'ampliamento dell'oggetto a questioni ulteriori, si consentirebbe, in pratica, di aggirare il principio della obbligatorietà della fase conciliativa per le nuove questioni. Ciò è espressamente precluso dalla ratio sottesa all'intero procedimento. Resta salva, comunque, la facoltà per la ricorrente di presentare istanza per tentativo di conciliazione e qualora dovesse sortire esito negativo di proporre istanza per la definizione della controversia innanzi a questo stesso Co.Re.Com.

2.2. Sulla ritardo nell'espletamento della procedura di migrazione e sulla omessa portabilità

Con riferimento alle contestazioni in oggetto, dalla istruttoria condotta è emerso che, come asserito da parte convenuta, in data 12 marzo 2012 perveniva sui sistemi della stessa, richiesta di migrazione con n.p. della utenza mobile della ricorrente verso l'OLO Vodafone, in qualità di operatore recipient ed il relativo provisioning si completava il 15 marzo successivo. Da quanto dedotto dall'istante, è proprio in quel periodo che l'utenza risulta irraggiungibile ed il servizio interrotto. All'uopo si osserva che in ordine al cambiamento dei fornitori di accesso, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – nell'intento di dettare misure "a tutela dei consumatori, in quanto garantiscono la migrazione degli utenti con minimo disservizio e la libertà di scelta degli stessi nel cambiare fornitore di servizi di accesso, in coerenza con quanto previsto all'articolo 1, comma 3 della legge 2 aprile 2007 n. 40" – ha adottato la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, con cui ha introdotto una procedura bilaterale volta ad assicurare una concreta attuazione della facoltà riconosciuta all'utente di trasferire la propria utenza ad altro operatore, evitando incertezze sui tempi di attivazione del servizio e disservizi. In particolare, l'articolo 17, comma 2, stabilisce che in caso di trasferimento delle risorse di rete di accesso tra due operatori, i tempi di interruzione del servizio all'utente finale sono ridotti al minimo (anche tramite apposite procedure di sincronizzazione), con l'obiettivo di non recare disservizi al cliente finale.

Si osserva inoltre che il succitato art. 17, ribadisce principi già sanciti dalle previsioni contenute nel Codice delle Comunicazioni elettroniche, richiamate anche nella delibera 274/07/CONS, secondo cui i tempi di attivazione e, correlativamente di disattivazione del servizio costituiscono elementi che debbono necessariamente far parte del contenuto minimo del contratto.

Inoltre, in tema di portabilità l'art.80 del Codice delle comunicazioni elettroniche (D.Lgs. 1/8/2003 n.259), riconosce il diritto alla conservazione del proprio numero telefonico indipendentemente dall'impresa fornitrice del servizio e l'art. 5 della delibera n.78/08/CIR dell'AGCOM prevede che "il periodo di realizzazione della prestazione di MNP non supera tre giorni lavorativi dall'invio della richiesta da parte dell'operatore recipient fino alla data di cut-over, indipendentemente dall'eventuale termine di preavviso per il recesso dal contratto."

Prima di esaminare nel merito la fondatezza di detta doglianza, conviene esporre brevemente la procedura di trasferimento delle utenze telefoniche tra operatori (con riferimento alla c.d. migrazione) in forza della delibera AGCOM n. 274/07/CONS articolata in tre fasi:

- fase 1) l'utente richiede il codice di migrazione all'operatore che provvede a fornirlo. L'utente è tenuto a fornire all'operatore recipient il codice di migrazione perché provveda a inserire la richiesta di migrazione nel sistema telematico;
- fase 2) a seguito di avvio della procedura di migrazione da parte dell'operatore recipient l'Olo donating effettuerà le necessarie verifiche tecnico/formali;
- fase 3) l'operatore recipient provvede, quindi, al passaggio della risorsa numerica sulla propria rete.

Gli operatori *recipient* e *donating* possono interrompere la migrazione o richiedere la rimodulazione della data attesa di consegna solo in casi eccezionali e non dipendenti dalla propria volontà, secondo quanto previsto all'articolo 17, comma 12, della medesima delibera 274/07/CONS.

Da quanto precede è possibile rilevare l'esistenza di una speciale responsabilità in capo agli operatori, funzionale al buon esito delle procedure di migrazione e posta a presidio del diritto a migrare degli utenti. In concreto, tale responsabilità si traduce nell'adozione di uno *standard* di diligenza rafforzato, da cui discende la necessità di implementare misure e cautele idonee a garantire che il *favor* espresso dal legislatore nei confronti del diritto di migrazione non si traduca in una mera petizione di principio.

Appare infatti evidente come in assenza di tali misure non sia possibile per gli operatori *donating* avvedersi in maniera tempestiva dell'insorgere di problemi o anomalie all'interno delle procedure avviate dagli utenti e attivarsi in tempi rapidi per risolverli. Problemi e anomalie che – ove tempestivamente identificati e affrontati – possono non ripercuotersi sul buon esito delle procedure e sulla relativa tempistica, mentre – ove trascurati – finiscono per tradursi in altrettanti ostacoli all'esercizio del diritto dei consumatori ad effettuare il trasferimento delle proprie utenze e ad ottenerlo in tempi rapidi e sicuri.

Questo premesso, in estrema sintesi, è necessario esaminare la vicenda in oggetto partendo dall'apprezzamento di quegli aspetti sicuri e certi nella loro evidenza oggettiva.

In effetti dalla documentazione prodotta a fini istruttori dall'operatore recipient, appare con chiarezza che Wind non ha adempiuto con la necessaria dovuta diligenza ai suoi obblighi, normativi e contrattuali, di operatore donating.

Peraltro, è di palmare evidenza, in primo luogo, che la migrazione dell'utenza telefonica di cui si discute non sia stata ostacolata da problemi nella comunicazione del codice di migrazione richiesto dalla ricorrente in modo corretto, come si evince dalle schermate prodotte da Vodafone che non recano traccia alcuna di bocciatura per causali di scarto per "codice di migrazione errato".

Risulta, altresì, pacifico che Wind non ha mai reso edotto l'utente, relativamente alle difficoltà incontrate nell'adempimento delle richieste, sicché quest'ultimo non ha mai conosciuto i motivi ostativi alla migrazione, sino alla data del 27 agosto 2012, data in cui Wind, nella procedura di conciliazione avviata dall'istante, con memoria difensiva depositata in pari data, ha finalmente comunicato che la portabilità è stata rifiutata dall'OLO Vodafone per "incongruenza MSISDN non appartenente al donating".

In effetti in presenza di tali contestazioni d'inadempimento sollevate dall'utente, sin da subito era onere di Wind dare prova di avere espletato tempestivamente e correttamente tutte le fasi della procedura di migrazione di propria competenza; ciò in forza dell'ordinario riparto dell'onere probatorio, in tema d'inadempimento delle obbligazioni, che come noto è governato dal seguente principio generale, da ultimo ribadito da Cassazione civile, sezione II, 20 gennaio 2010 n.936: " *il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa.. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.*"

Al contrario, le affermazioni generiche di avere correttamente operato contenute nella memoria difensiva di Wind, non trovano alcun riscontro nella documentazione in atti.

Nella fattispecie, pertanto, si ritiene che Wind non abbia rispettato i termini previsti per le verifiche da effettuarsi in Fase 2 e che abbia altresì omesso di adottare un sistema di monitoraggio idoneo a individuare l'insorgere di problemi o anomalie, considerato che i tre processi di migrazione, risultanti dalle schermate prodotte da Vodafone sono state rifiutate, provocando così un notevole ritardo nella migrazione dell'utente, di fatto mai concretizzatasi. Peraltro, Wind, a fronte delle contestazioni dell'istante, non solo, come già evidenziato, non ha prodotto nessuno dei documenti espressamente richiesti con la lettera di avvio del procedimento, ma non ha neppure adempiuto ai propri obblighi informativi.

Sussiste pertanto la responsabilità di Wind ex artt. 1176 c.c. per non avere ottemperato alla propria obbligazione con la diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata ed ex art. 1218 c.c. per il ritardo nell'adempimento, con conseguente diritto dell'utente ad un indennizzo per la ritardata migrazione.

Quindi, ove l'utente lamenti l'inadempimento rispetto alla richiesta di migrazione, gli operatori, per escludere la propria responsabilità, sono tenuti a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze loro non imputabili. In questi casi, peraltro, i gestori devono anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione, non ritenendosi sufficiente un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, poiché l'utente deve essere messo in grado di comprendere quanto accaduto. Allo stesso modo, gli operatori devono anche dimostrare di essersi diligentemente attivati per adempiere esattamente; in caso contrario, l'utente ha diritto ad un indennizzo proporzionato al disservizio subito.

L'operatore non ha rispettato la richiesta, chiaramente formulata dall'utente, di ottenere la portabilità verso altro OLO ed ha, di fatto, operato un'arbitraria sospensione del servizio per un lungo lasso di tempo.

Tutto ciò premesso, poiché l'operatore Wind non ha dato evidenza di aver rispettato quanto previsto dalla normativa di settore in tema di procedura di migrazione, né ha fornito prova alcuna di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento della prestazione richiesta, la responsabilità per la mancata portabilità è esclusivamente imputabile all'operatore Wind.

Ne consegue che la società suddetta deve indennizzare l'utente per complessivi 127 gg. giorni di ritardo per il mancato adempimento della prestazione richiesta, decorrenti dal 12 marzo 2012 (data in cui la richiesta di migrazione avrebbe dovuto essere evasa) al 20 luglio 2012 (data di presentazione della istanza GU14). Ritenuta, pertanto la responsabilità esclusiva della società Wind in ordine a quanto lamentato dall'istante, si osserva che il computo della misura dell'indennizzo deve necessariamente prescindere dal massimale eventualmente previsto nella Carta Servizi Wind, in quanto quest'ultimo viola il principio di proporzionalità, inteso in termini di adeguatezza, quale corrispondenza dell'indennizzo al pregiudizio subito, valutata sulla base di una serie di elementi di natura soggettiva, oggettiva e temporale, quali la qualità e la quantità del servizio, la durata del disservizio, la natura del soggetto – utente (persona fisica – giuridica) che ha subito il pregiudizio, in conformità a quanto previsto dall'articolo 6 in combinato disposto con l'art. 12 dell'Allegato A delibera n. 73/11/CONS. L'indennizzo va dunque calcolato moltiplicando l'importo di €. 5,00 per 127 gg. e quindi in totale l'importo dovuto alla ricorrente è pari ad €. 635,00 (seicentotrentacinque/00).

2.3 Sulla sospensione del servizio

L'utente ha dedotto e provato, mediante i numerosi reclami scritti tutti versati in atti, preceduti da molteplici segnalazioni telefoniche di aver subito l'arbitraria interruzione del servizio il 15 marzo 2012.

Wind dal canto suo ha confermato la circostanza nella propria memoria difensiva, dichiarando di aver riattivato la sim solo il 23 luglio 2012.

Ne deriva che la ricorrente ha subito l'arbitraria sospensione del servizio per 130 gg. sicchè alla stessa è riconosciuto, in base al combinato disposto tra l'art. 5 e 12 dell'allegato A delibera n. 73/11/CONS un indennizzo pari ad €. 10,00 per ogni giorno di sospensione e quindi in totale alla stessa è dovuto l'importo complessivo di €. 1.300,00 (ossia €. 10 X130gg.).

2.4 Sulla domanda di rimborso delle somme corrisposte dall'utente.

Non può trovare accoglimento la richiesta avanzata dalla ricorrente in ordine alla restituzione di somme già corrisposte. Tale richiesta, infatti, proposta genericamente in sede di definizione della controversia, non è stata successivamente né circoscritta temporalmente, né quantificata, né documentalmente provata. L'utente, infatti, non ha fornito la prova del pagamento delle somme di cui ha genericamente richiesto il rimborso, né ha provato di aver contestato le fatture dell'operatore, indicando quali somme ivi addebitate ritenesse non dovute. Fermo restando sempre la necessità di provarne l'avvenuto pagamento ai fini dell'accoglimento della domanda di rimborso. A tale onere probatorio, rimasto inadempito, doveva provvedere l'utente; vieppiù che la genericità della domanda non consente neanche l'esercizio dei poteri istruttori dell'ufficio. In effetti, la carenza sotto il profilo probatorio di tale istanza, rende impossibile ogni valutazione in ordine alla sua fondatezza, con conseguente rigetto della domanda di liquidazione di un indennizzo.

3. Sulla mancata risposta ai reclami

Per quanto riguarda la richiesta di indennizzo per mancata risposta ai reclami scritti del 15 e del 19 marzo 2012 nonché del 29 maggio 2012 inviati via fax, deve evidenziarsi che il gestore non ha fornito alcuna allegazione probatoria, tantomeno alcuna documentazione tra quelle richieste con l'avvio del procedimento del 27 luglio 2012.

Al riguardo, deve rilevarsi che ai sensi dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP, qualora un utente rivolga un reclamo all'operatore, la risposta deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto, comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto. La mancata risposta al reclamo, per tali ragioni, giustifica il riconoscimento all'utente di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della richiamata delibera 179/03/CSP, nonché secondo quanto pattuito all'articolo 3.2 della Carta dei Servizi Wind, ove la società si impegna a fornire risposta motivata al reclamo entro 45 giorni dal ricevimento dello stesso.

Quanto alla misura dell'indennizzo, si devono ribadire due principi fondamentali:

- in conformità all'odierno orientamento dell'Autorità, si ritiene che il computo della misura dell'indennizzo possa prescindere dal limite previsto dalla Carta Servizi, laddove la relativa applicazione violi, in termini di adeguatezza, il principio di proporzionalità, quale corrispondenza dell'indennizzo erogato al pregiudizio subito, valutata sulla base di una serie di elementi di natura soggettiva, oggettiva e temporale, come la qualità e la quantità del servizio, il valore del canone corrisposto, la durata del disservizio, la natura del soggetto – utente (persona fisica–persona giuridica) che ha subito il pregiudizio;
- nella determinazione della misura dell'indennizzo non si può prescindere dalla valutazione complessiva della fattispecie e dalle ripercussioni che, secondo un criterio di ragionevolezza, sono derivate dal difetto di interlocuzione, dovendosi impedire che da tale incomunicabilità con l'operatore – certamente imputabile a quest'ultimo in quanto soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato – possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate.

In questo senso va peraltro il nuovo Regolamento di cui alla Delibera n.73/11/CONS in materia di indennizzi, applicabili nei rapporti tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche e di televisione. Venendo al caso in esame, si valutano i seguenti elementi: a) reiterazione del reclamo, essendo i reclami scritti accompagnati e preceduti da solleciti verbali; b) utenza business utilizzata da oltre 10 anni per l'esercizio dell'attività professionale; c) considerevole lasso di tempo trascorso dalla presentazione del reclamo alla data della prima interlocuzione con il gestore d) condotta omissiva dell'operatore in relazione ai reclami avanzati dall'utente.

Valutati tutti gli elementi appena esposti, con particolare riferimento all'indubbio disagio subito dall'utente, testimoniato anche dai numerosissimi reclami e solleciti inoltrati si ritiene che nella fattispecie sia equo e proporzionale liquidare l'indennizzo di €. 300,00 (diconsi trecento/00).

4. Sulle spese di procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto *"del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione"*. Tanto premesso, in considerazione del comportamento omissivo di Wind che non ha partecipato all'udienza di definizione, pur essendo stata regolarmente convocata, si ritiene congruo riconoscere all'istante l'importo di euro 150,00 (centocinquanta/00) a titolo di rimborso spese della procedura di definizione.

Vista la proposta di decisione del Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali – Affari generali e legali di questo Comitato, 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

Preliminarmente si dispone il rigetto della domanda di indennizzo per perdita della numerazione trattandosi di domanda nuova e come tale inammissibile.

In parziale accoglimento dell'istanza formulata in data 20 luglio 2012, Wind Telecomunicazioni XXX, è tenuta a corrispondere alla ricorrente sig.ra XXX Sgromo, mediante assegno o bonifico bancario le somme così liquidate:

1. €. 635,00 (seicentotrentacinque/00) per le causali di cui al punto 2.2.;
2. €. 1.300,00 (milletrecento/00) per la sospensione e/o interruzione del servizio;
3. €. 300,00 (trecento/00) per mancata risposta ai reclami;
4. €. 150,00 (centocinquanta/00) a titolo di rimborso spese della presente procedura.

Le somme a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, sino al soddisfo.

E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'articolo 19 comma 5 della delibera n. 173/07 CONS. e suc. modif. e int.;

Ai sensi dell'art.19, comma 3, della delibera n. 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 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.

Wind è tenuta altresì a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del Processo Amministrativo, approvato con d. l.vo 2 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'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Dirigente

f.to Avv. Rosario Carnevale