

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 4

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Primerano XXX c/ WIND TELECOMUNICAZIONI

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 30/01/2013, 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 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;

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 4 giugno 2012, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 25984, con cui il sig. XXX, ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società Wind Telecomunicazioni, 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.;

la nota del 18 ottobre 2012 (prot. n. 45432), 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;

la nota di convocazione udienza del 15 novembre 2012 (prot. n. 49909), con cui il Responsabile del procedimento ha convocato le parti;

il verbale di udienza di definizione della controversia del 4 dicembre 2012;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con istanza di definizione, depositata il 4 giugno 2012, il sig. XXX, promuoveva dinanzi a questo Co.Re.Com. un procedimento di definizione nei confronti della Società Wind Telecomunicazioni.

In particolare, le doglianze riguardano:

- 1) Disattivazione schede sim.

L'istante precisa che ha subito la disattivazione delle schede sim senza alcun preavviso da parte dell'operatore Wind.

L'utente perciò si è determinato ad adire questo Co.Re.Com., avviando, il tentativo di conciliazione, conclusosi con un verbale di mancata conciliazione.

Successivamente, in data 4 giugno 2012, l'utente ha chiesto a questo Co.Re.Com. di definire l'odierna controversia, al fine di ottenere: "il risarcimento dei danni e il ripristino delle utenze".

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 18 ottobre 2012, con cui il Co.Re.Com. ha chiesto alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari, entrambe le parti hanno prodotto, nei termini procedurali, memoria difensiva e documentazione a supporto della rispettiva posizione.

L'operatore Wind, contesta la ricostruzione della vicenda effettuata dall'istante e rileva l'infondatezza delle pretese ed il controparte, di cui ha richiesto il rigetto con ogni conseguenza di legge, specificando, che per l'utenza XXX, l'istante il 6 gennaio 2009 ha concluso un contratto per la fornitura del servizio di fonia mobile con attivazione di scheda sim prepagata; tuttavia il 4 gennaio 2011, l'utenza è stata disattivata perché nell'arco di un anno non ha mai effettuato alcuna operazione di ricarica relativa alla sim, come invece specificato nelle condizioni di utilizzo della Carta prepagata, con conseguente perdita del numero, associato alla sim. Ancora negli ultimi 10 giorni di validità della sim, è previsto che l'istante ogni 48 ore, riceva un sms informativo circa la disattivazione e la possibilità di evitarla, procedendo ad effettuare una nuova ricarica di traffico. In riferimento, invece alla numerazione XXX, non è mai stata attivata su rete Wind; per tale utenza risulta solo avviata una procedura di migrazione, bloccata l'8 aprile 2009 con la motivazione "Annullamento per richieste altro recipient", quindi la suddetta migrazione non risulta completata per ragioni non imputabili a Wind.

Il sig. XXX, produce note di repliche, specificando che con la raccomandata inviata e pervenuta alla Wind il 26 gennaio 2012, (preceduta da tanti reclami tramite call center), ha contestato l'illegittimità della disattivazione senza preavviso, delle due schede usim, ribadendo che non è mai stato avvisato dalla Wind e che, a conseguenza di ciò, ha perso i numeri telefonici. Tale condotta è stata posta in essere in violazione delle disposizioni contenute nella legge n.40/2007 (divieto di termini temporali massimi di utilizzo del traffico telefonico). Assume inoltre la vessatorietà della clausola contenuta nelle Condizioni di utilizzo delle Carte prepagate, in quanto la stessa non è stata oggetto di specifica trattativa con il cliente. Specifica che le utenze sono ancora inattive e ritiene che l'operatore Wind ha violato i doveri informativi nascenti

dalla delibera Agcom n. 179/03/CSP e, nel caso specifico, non ha preavvisato l'utente, prima della disattivazione, permettendogli di accettarne la disattivazione, con tutte le altre conseguenze. Lamenta, infine che l'operatore non ha gestito la pratica di reclamo e chiede il relativo indennizzo.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Questo premesso, 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'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Pertanto, la domanda di risarcimento del danno proposta dall'utente, deve correttamente interpretarsi - come domanda di pagamento di un indennizzo in conseguenza dei fatti dedotti.

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale, ai fini della liquidazione delle spese di procedura, come si evince dai verbali agli atti: le parti hanno aderito all'udienza di conciliazione, pur senza raggiungere alcun accordo, per converso all'udienza di definizione, parte ricorrente ha presenziato a mezzo di un legale del ricorrente. Il fascicolo è stato assegnato per la decisione.

2. Riguardo al merito.

2.1 Sulla disattivazione della scheda usim XXX.

Il disservizio lamentato dal ricorrente consiste nella disattivazione delle schede sim prepagate, da parte dell'operatore Wind, senza alcun preavviso.

Il servizio di che trattasi è di tipo "mobile e personale", mediante ricarica telefonica su carta prepagata.

L'operatore assume di aver applicato la clausola contenuta nell'art. 2.6 della propria Carta Servizi, in base alla quale la durata della carta prepagata è di un anno decorrente dall'attivazione della scheda sim, o dall'ultima ricarica effettuata, e decorsi i suddetti termini, la sim viene disattivata; in tal caso è possibile richiedere la restituzione del numero e/o il riconoscimento gratuito del credito su altra sim Wind.

In proposito occorre ricordare che l'art. 1, comma 1, della legge n. 40/2007 ha stabilito il divieto della *"previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico e del servizio acquistato. Ogni eventuale clausola difforme è nulla e non comporta la nullità del contratto, fatti salvi i vincoli di durata di eventuali offerte promozionali comportanti prezzi più favorevoli per il consumatore. Gli operatori di telefonia mobile adeguano la propria offerta commerciale alle predette disposizioni entro il termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto"*.

La norma ha introdotto un generale divieto di previsione di termini temporali massimi per l'utilizzo di servizi acquistati con carte prepagate, sancendo la nullità di pieno diritto delle eventuali clausole difformi (in tal senso Cons. di Stato, sent. n. 2122 del 5 aprile 2011). Il principio, è, altresì, confermato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che ha dettato apposite Linee Guida (pubblicate in G.U. del 13/7/2007) per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4 della Legge n. 40/2007, cit.

L'utente ha contestato l'illegittimità della disattivazione delle schede sim prepagate, avvenuta - peraltro - senza preavviso; ha richiesto il ripristino delle numerazioni telefoniche associate alle schede sim, nonché il risarcimento dei danni patiti. Stando agli atti istruttori, non risulta che la società Wind, abbia aderito ad alcuna delle richieste del ricorrente, né che abbia dato riscontro alle contestazioni dello stesso. Per quanto sopra esposto, risulta evidente una responsabilità in capo alla Wind, per la disattivazione della scheda sim e la conseguente perdita della numerazione, in quanto ha proceduto all'indebita disattivazione in difformità delle su citate previsioni legislative. Si evidenzia, altresì che, come risulta da memoria di difesa dell'operatore (agli atti), che la riattivazione degli originari numeri di utenza, non è più tecnicamente possibile, essendosi verificata la perdita delle due risorse numeriche associate alle predette sim. Pertanto l'operatore non è in grado di ottemperare agli obblighi previsti dall'art. 2.6 della propria Carta dei servizi, laddove lo stesso si impegna a restituire il numero di telefono al cliente che ne abbia fatto richiesta.

Tuttavia, bisogna considerare, che il ricorrente ha fatto richiesta di restituzione del proprio numero solo il 26 gennaio 2012 e quindi dopo parecchi mesi dalla data di disattivazione della scheda de qua, inoltre rispetto a tale circostanza non produce alcuna comunicazione e/o prova dell'invio, ma tutto ciò si evince esclusivamente dalle note di repliche prodotte dallo stesso. Luogo comune, è che l'utilizzo della scheda sim, a uso personale, avviene quotidianamente e non si comprende come l'istante abbia solo a distanza di parecchi mesi richiesto la riattivazione.

La disciplina dell'onere della prova (art. 2697 c.c.) prevede che "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento" e "chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato

o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda". Più in particolare, in tema di contratti telefonici, le questioni relative all'onere della prova sono pacificamente risolte in tal senso: "in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. 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 (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento" (Cass. Civ. n. 2387/04). Nondimeno, occorre evidenziare il comportamento negligente e di inerzia tenuto dalla parte ai sensi e per gli effetti degli artt. 1175 e 1227 c.c. e che l'istanza, formulata dallo stesso, non offre una completa descrizione dei fatti, ed è lacunosa per come meglio specificato nel proseguito.

2.2 Sulla disattivazione della scheda usim XXX e relativo indennizzo per la perdita della numerazione.

Come specificato dall'operatore la risorsa numerica de qua non è mai stata attivata su rete Wind e risulta solo una richiesta di migrazione, mai processata, non imputabile a Wind.

L'operatore, ha specificato in merito all'utenza de qua che: "non è mai stata attivata su rete Wind, risultando solo avviata una richiesta di migrazione, nello scenario donating, bloccata l'8 aprile 2009 con la motivazione annullamento per richieste altro recipient, l'ordine quindi non è stato completato per ragioni non imputabili a Wind".

Di converso, l'istante con istanza di definizione, si è limitato a rappresentare che ha subito: "la disattivazione delle schede usim senza alcun preavviso da parte della società telefonica causando gravi danni e disagi all'utente", rendendo quindi difficile una concreta ricostruzione dei fatti, non fornendo alcun elemento di prova e non supportando le proprie richieste rendendo, quindi, l'istanza lacunosa.

Alla luce di tali considerazioni, per le ragioni su esposte e in relazione alle memorie presentate dall'operatore, circa la richiesta di indennizzo formulata dall'istante per aver subito la disattivazione della scheda usim e la conseguente perdita della risorsa numerica, non può essere accolta in quanto troppo generica e infondata.

Pertanto, in accoglimento parziale dell'odierno ricorso, si stabilisce che la società Wind corrisponda al sig. XXX:

- l'indennizzo di € 200,00 (duecento/00) in via equitativa, per l'illegittima disattivazione della scheda sim (XXX) e per la relativa perdita della numerazione.

Atteso che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Co.Re.Com. all'esito della procedura di definizione, devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e, pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura.

2.3 Sulle 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, si ritiene equo liquidare, in favore dell'istante, a titolo di rimborso delle spese di procedura, l'importo complessivo di € 50,00 (cinquanta/00) in considerazione del comportamento tenuto dall'operatore Wind nel corso del procedimento di conciliazione e nella fase della controversia;

Per tutto quanto sopra esposto.

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria 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

1) L'accoglimento parziale delle richieste di indennizzo, avanzate dal sig. XXX nell'odierna istanza di definizione della controversia, stabilendo, di conseguenza, che l'operatore Wind Telecomunicazioni provveda ai sotto indicati adempimenti in favore del ricorrente summenzionato:

- a) l'indennizzo di € 200,00 (duecento/00) in via equitativa, per l'illegittima disattivazione della scheda sim n. XXX e per la relativa perdita della numerazione.

b) corrisponda, a titolo di rimborso delle spese di procedura, l'importo complessivo di € 50,00 (cinquanta/00);
c) rigetta la richiesta di indennizzo per la disattivazione della scheda sim n. XXX e per la relativa perdita della numerazione.

2) 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, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/ CONS;

3) Si precisa che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia sino al soddisfo;

4) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "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";

5) 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;

6) La Società resistente è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima;

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. 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 Direttore

f.to Avv. Rosario Carnevale