

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 83

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Nastasi Xxxxxxx c/ Wind Telecomunicazioni Xxxxxxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 20/05/2013, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

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

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.re.com. Calabria;

Visti:

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

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";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Corecom" 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.;

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

gli artt. 17 e 17 bis della Delibera n. 274/07/Cons, "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

la Delibera 664/06/Cons, allegato A;

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 Corecom 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 acquisita al prot. Corecom Calabria n. 49090 del 9 novembre 2012, con cui l'utente Nastasi Xxxxxxx ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società Wind Telecomunicazioni Xxxxxxx, 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 13 novembre 2012 (prot. n. 49654/12), 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;

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

Dato atto che nessuna delle parti ha richiesto l'udienza di discussione;

Considerato quanto segue

Oggetto delle controversie e risultanze istruttorie

La sig.ra Nastasi Xxxxxxx ha promosso, dinanzi al Corecom Calabria, un procedimento di conciliazione nei confronti della società Wind Telecomunicazioni Xxxxxxx. La conciliazione si è conclusa con esito negativo.

Il 9 novembre 2012, l'istante ha domandato a questo Corecom la definizione della controversia. La ricorrente ha esposto di aver stipulato, nel mese di gennaio 2012, un contratto di somministrazione di servizi di telefonia mobile per uso privato con l'operatore Wind, con portabilità del numero. Il contratto si è concluso nei locali commerciali di un rivenditore autorizzato Wind. Prima della formalizzazione dell'accordo, la sig.ra Nastasi ha precisato al negoziante che la sim, abbinata alla numerazione da portare, era formalmente intestata al proprio coniuge, sebbene fosse nella sua disponibilità esclusiva da circa quattro anni. Il rivenditore, appresa la notizia, ha rassicurato l'istante, affermando che la circostanza non avrebbe potuto arrecarle alcun pregiudizio. Qualche giorno dopo la sottoscrizione, un operatore Wind ha contattato la ricorrente invitandola a recedere dal contratto per l'esistenza di impedimenti alla portabilità. La sig.ra Nastasi quindi ha in buona fede esercitato il recesso, inviando una racc. a/r. Sette mesi dopo (ad agosto 2012), la ricorrente ha ricevuto una fattura emessa da Wind, a cui ha fatto seguito, nel mese di settembre 2012, un'ulteriore bolletta. Di guisa, l'istante ha

proposto un reclamo, attraverso cui si è lamentata per l'indebita fatturazione, senza ricevere alcun riscontro.

La sig.ra Nastasi ha, pertanto, rivendicato la corresponsione di distinti indennizzi per:

- a) la mancata portabilità della numerazione, in quanto il recesso è stato imposto dalla società Wind;
- b) la mancata trasparenza contrattuale, in quanto Wind è responsabile delle azioni compiute da chi agisce in suo nome e per conto;
- c) la mancata risposta al reclamo proposto ad agosto 2012;
- d) l'indebita emissione di fatture.

La ricorrente ha altresì precisato che siffatti indennizzi sarebbero da riconoscere anche per il comportamento complessivo tenuto da Wind in occasione dell'esperimento del tentativo di conciliazione, allorché la società resistente ha proposto solo lo storno delle fatture, rimettendo a carico dell'istante il pagamento delle tasse di concessione governativa.

Wind Telecomunicazioni Xxxxxxx, tempestivamente costituita, ha eccepito quanto segue :

- 1) Il 23 gennaio 2012, l'istante ha sottoscritto una proposta di contratto per l'attivazione della sim Wind n. Xxxxxxx1. La ricorrente ha richiesto il servizio passa a Wind per la migrazione della numerazione Xxxxxxx2 - proveniente dall'operatore cedente Tim - qualificandosi come titolare dell'abbonamento e legittimo possessore della carta sim.
- 2) La resistente ha prontamente avviato il relativo provisioning, ricevendo un Ko da Tim il 27 gennaio 2012 per incongruenza CF/P.Iva e MSISDN. Il rifiuto è da imputare all'incongruenza tra il nominativo del soggetto richiedente la migrazione e l'intestatario della numerazione da portare.
- 3) Il 31 gennaio 2012, Wind ha contattato l'istante per informarla dell'esito negativo della portabilità ed ha appreso da quest'ultima che la numerazione da portare risultava associata ad altro utente. L'operatore, pertanto, ha prontamente invitato la sig.ra Nastasi a trasmettere una richiesta di disattivazione della sim Xxxxxxx1.
- 4) La ricorrente ha inviato la raccomandata di recesso e la società resistente ha provveduto in conformità, cessando il servizio.
- 5) Nessuna colpa può essere addebitata alla Wind per il mancato espletamento della portabilità, in quanto l'istante in occasione della stipula ha dichiarato di esonerare l'operatore da ogni responsabilità in caso di impedimenti cagionati da dichiarazioni non veritiere.
- 6) La fatturazione emessa sulla nuova sim è regolare e si riferisce ad un servizio puntualmente attivato.
- 7) La mancata risposta al reclamo lamentata dall'istante, è rimasta un'affermazione generica, sfornita di prova. Le verifiche eseguite sugli applicativi Wind, infatti, non hanno rilevato la presenza di alcuna segnalazione, fatta salva la comunicazione di disattivazione del servizio gestita con la chiusura del contratto.

Alla luce delle argomentazioni espresse, la società resistente ha chiesto il rigetto delle avverse domande.

Il gestore ha depositato una copia:

- a) del contratto sottoscritto tra le parti;
- b) delle condizioni generali di contratto;
- c) della schermata dell'applicativo MOG inerente l'ordine di migrazione.

Con memoria di replica, l'istante ha ribadito e precisato che:

- A) la richiesta di portabilità della numerazione Xxxxxxx2 è stata consigliata dal rivenditore Wind.
- B) Con la sottoscrizione del contratto ella ha domandato solo la portabilità del numero intestato al marito e non l'attivazione della Sim n. Xxxxxxx1.
- C) Nessun ragionevole dubbio può sorgere sulla sua buona fede, vista la tempestività della disdetta. Il recesso, infatti, è stato esercitato nei termini di legge, con la raccomandata dell'1 febbraio 2012; quindi, entro 10 giorni dalla sottoscrizione del contratto. La Società Wind, invece, ha colpevolmente emesso fatture per un servizio già disdetto dall'istante. La prima, infatti, risale al 13 luglio 2012, ed indica come periodo di riferimento il bimestre maggio/giugno 2012.
- D) Non è stato, erogato alcun servizio sulla sim Xxxxxxx1, giacché la stessa è stata restituita dalla sig.ra Nastasi con la raccomandata di recesso.
- E) La Sig.ra Nastasi, appena ricevuta la prima bolletta telefonica, ha contattato il servizio clienti Wind, presentando regolare reclamo per l'emissione di fattura non giustificata. Talché, il conto successivo inviato dal gestore, per il periodo 1 luglio 2012 – 18 luglio 2012, viene emesso a chiusura del rapporto.

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 procedibile, fatto salvo quanto appreso indicato con riferimento ad un singolo capo di domanda.

Va infatti dichiarata improcedibile la domanda di riconoscimento di un indennizzo a titolo di scarsa trasparenza contrattuale. La richiesta è da considerarsi nuova, essendo stata proposta per la prima volta solo in sede di definizione. Il verbale di conciliazione - allegato alla presente istanza - investe un ambito più ridotto rispetto a quello portato oggi all'attenzione di questo Comitato. L'oggetto della controversia *illo tempore* individuato dal conciliatore è, infatti, il seguente: "*addebito somme nonostante disdetta, mancata migrazione con N.P. utenza*". Non è stata, quindi, affrontata la problematica inerente la scarsa trasparenza contrattuale.

Ciò nonostante l'indagine istruttoria svolta dal responsabile del presente procedimento non si è arrestata ed è stato esaminato il modello VG, depositato in primo grado. Il documento, tuttavia, ha confermato le indicazioni emerse dalla lettura del verbale. La specifica doglianza, oltre a non essere inserita nel corpo dell'istanza, sia nel campo dedicato alla descrizione dei fatti, sia in quello dedicato alle richieste, non viene riportata neppure nell'apposito spazio riservato all'oggetto della controversia. Diversamente è accaduto in occasione del deposito del modello GV14, in cui la domanda di indennizzo per scarsa trasparenza contrattuale viene riportata sia nel corpo - attraverso una sintetica descrizione dei fatti - sia nell'oggetto dell'istanza. La questione nuova pertanto non può essere trattata nel corso del presente procedimento.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono parzialmente fondate e meritano accoglimento entro i limiti del dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia mobile. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

In particolare, nel contratto di somministrazione "*una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose*"(art. 1559 c.c.).

Nell'ambito del contratto, le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione. Il Gestore, infatti, propone all'utente offerte contrattuali diverse, con tariffe predeterminate, limitandosi la trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

2.1 Con riferimento alla mancata portabilità del numero ed all'emissione di fatture non dovute.

La sig.ra Nastasi, come visto, lamenta: 1) la mancata portabilità della numerazione; 2) l'indebita emissione di fatture dopo il recesso.

Con riferimento alla mancata portabilità, il gestore resistente ha espressamente escluso la sussistenza di una propria responsabilità, stante la mancata corrispondenza tra il codice fiscale della richiedente e quelli dell'intestatario del numero da portare. In altri termini, secondo l'operatore la mancata migrazione è da imputarsi alla dichiarazione erroneamente resa dalla cliente in occasione della stipula del contratto. In tal senso, il gestore si è riportato alla clausola di esonero della responsabilità sottoscritta in suo favore dall'istante.

Rispetto al secondo capo di domanda, Wind ha eccepito la correttezza del proprio comportamento e la regolarità della fatturazione.

Ciò posto, solo la domanda *sub* 2) merita parziale accoglimento, mentre è da rigettarsi, in conformità allo spirito della normativa di settore, quella inerente il riconoscimento di un indennizzo a titolo di mancata portabilità della numerazione. Sotto quest'ultimo profilo, l'indagine istruttoria ha accertato l'assenza di un inadempimento contrattuale del gestore. La migrazione, infatti, non è andata a buon fine per una ragione di natura tecnica: la mancata corrispondenza tra il codice fiscale dell'istante e quello dell'intestatario della numerazione da portare. Vista la difficoltà tecnica di proseguire nel processo di portabilità, l'operatore ha prontamente contattato la ricorrente, invitandola al recesso, nel chiaro intento di evitare dei probabili disservizi sulla numerazione intestata al marito. L'istante ha, quindi, esercitato il diritto di recesso in conformità alle indicazioni ricevute. Nessun pregiudizio sembra essere stato sofferto dall'istante nella fattispecie sinora descritta. Giova rammentare, poi, che il recesso è stato esercitato consapevolmente dalla ricorrente, la quale è stata celermente informata delle motivazioni tecniche ostative al passaggio ed ha aderito alle ragioni espresse dal gestore.

Merita accoglimento, invece, la doglianza inerente l'indebita emissione di fatture. La fattispecie però non appare - avuto riguardo agli indirizzi definitori più autorevoli ed alle condizioni generali di contratto vigenti tra le parti - meritevole del riconoscimento di un indennizzo.

In tal senso, sebbene non sia stata oggetto di una specifica richiesta, la forma di ristoro più adeguata rispetto al pregiudizio lamentato è rappresentata dallo storno delle bollette. L'opzione prescelta è in linea con lo spirito dell'**art. 70 del codice delle comunicazioni elettroniche** ed è conforme alle linee guida dell'Autorità. Queste ultime esprimono un indirizzo preciso, invitando l'interprete a valutare le istanze nel senso più logico e pertinenziale rispetto alla questione da esaminare. Pertanto, sebbene l'istante non chieda espressamente lo storno delle fatture, la domanda di indennizzo viene estensivamente interpretata come comprensiva di quella di storno.

L'accoglimento della domanda dipende, poi, dalla bontà di quanto rivendicato dalla ricorrente, la quale si è lamentata per l'emissione di fatture a fronte di un servizio non goduto. Le affermazioni della sig.ra Nastasi sono, in specie, piuttosto convincenti. La ricorrente ha espressamente dedotto che, una volta appresa l'impossibilità di portare il vecchio numero, non ha avuto più alcun interesse a conservare la SIM ricevuta dalla società Wind. Ha quindi affermato di averla restituita alla resistente al momento del recesso.

Orbene, dall'indagine istruttoria è emerso che la nuova SIM è stata verosimilmente attivata per far transitare la vecchia numerazione TIM. Sicché nessun ragionevole interesse avrebbe potuto avere l'istante alla sua attivazione, né Wind, espressamente onerata, ha affermato o provato la fornitura del servizio o la mancata restituzione della sim. La resistente, infatti, non ha dimostrato né l'esecuzione di telefonate da parte dell'istante, né l'attivazione della SIM.

Sotto quest'ultimo profilo, si rammenta che nell'ambito dei rapporti contrattuali, è principio assolutamente pacifico quello secondo cui *"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).

Nel caso di specie, Wind non ha provato l'erogazione del servizio telefonico, laddove l'istante ha dimostrato il corretto esercizio del diritto di recesso. Pertanto, in mancanza di prova contraria, l'indebita emissione di fatture è da imputarsi alla responsabilità esclusiva dell'operatore Wind ed in quanto tale, comporta lo storno delle fatture. La ricorrente deve altresì essere tenuta indenne dalle tasse di concessione governativa. Non si è infatti completata la migrazione, in conformità al recesso eseguito nei termini di legge dall'istante, né è stata dimostrata la fornitura del servizio, pertanto anche gli eventuali tributi inerenti il periodo controverso rimarranno a carico della società resistente.

2.1 Sulla mancata risposta al reclamo.

L'istante ha dedotto di aver proposto numerosi reclami.

Wind eccipisce all'uopo di aver eseguito le opportune ricerche senza rinvenire sui propri sistemi alcuna segnalazione.

L'analisi delle contrapposte argomentazioni conduce al rigetto della domanda della ricorrente in quanto rimasta sfornita di prova.

Nessun documento, infatti, è stato depositato dalla sig.ra Nastasi a sostegno delle sue affermazioni. Parimenti, la ricorrente non ha indicato né il giorno del reclamo, né il codice identificativo o il cognome dell'addetto Wind contattato in occasione della presunta segnalazione.

Non appare, in tal senso, pleonastico sottolineare che a fronte dell'onere posto in capo all'operatore di dimostrare di aver assolto l'obbligo della risposta scritta al reclamo, incomba sul cliente un onere di allegazione. L'istante, dunque, avrebbe dovuto indicare, quantomeno il giorno, anche approssimativo, del reclamo ed il codice identificativo o il nominativo dell'addetto del call center contattato, oppure produrre idonea documentazione probatoria (es. il fax o la raccomandata a/r di reclamo). In mancanza di tale allegazione, quanto dedotto dall'utente resta una mera affermazione generica, inidonea a sostenere l'addebito di una responsabilità nei confronti dell'operatore.

Per quanto sopra, la domanda di indennizzo per mancata risposta ai reclami non merita accoglimento.

3 Indennizzi, rimborsi e storni.

Tutte le fatture emesse da Wind nei confronti dell'istante, per le numerazioni oggetto del presente procedimento, dovranno essere stornate.

La ricorrente dovrà essere altresì tenuta indenne dal pagamento delle eventuali Tasse di Concessione Governativa per i periodi e per il rapporto contrattuale *de quibus*.

4 Sulle spese di procedura.

L'art. 6 del Regolamento 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" e che "quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi" vadano comunque "rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione".

A tale proposito, è d'uopo sottolineare, la partecipazione di un delegato della ricorrente all'udienza di conciliazione, l'accoglimento parziale dell'istanza, il comportamento delle parti, le eccezioni proposte e le difese. Si riconosce, pertanto - in conformità a quanto previsto dall'articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS - l'importo di € 100,00 (cento/00), in favore dell'istante, a titolo di rimborso spese di procedura.

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. Alessandro Manganaro, nell'odierna seduta;
All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

In parziale accoglimento dell'istanza proposta dalla sig.ra Nastasi Xxxxxxx, la società Wind Telecomunicazioni Xxxxxxx è tenuta a stornare tutte le fatture emesse nei confronti della ricorrente per le numerazioni oggetto del presente procedimento.

La società Wind Telecomunicazioni Xxxxxxx è tenuta altresì a manlevare la ricorrente dal pagamento delle eventuali Tasse di Concessione Governativa inerenti le fatture da stornare, nonché a corrispondere nei confronti di quest'ultima l'importo complessivo di € 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11, comma 4, della delibera n. 179/03/CSP.

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, pubblicata nel Bollettino ufficiale, sul sito web dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sul sito web del Corecom Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della Legge 69/2009.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 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. CALABRIA

f.to Avv. Rosario Carnevale