

**DELIBERA DL/212/15/CRL/UD del 18 dicembre 2015**

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**

**CORAPI xxx / WIND TECOMUNICAZIONI xxx**

**(LAZIO/D/446/2014)**

**IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO**

NELLA riunione del 18 dicembre 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 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 xxx Corapi presentata in data 26.05.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

**1. La posizione dell’istante**

L’istante ha lamentato – nei confronti di Wind Telecomunicazioni xxx di seguito per brevità “Wind”– l’illegittima disattivazione del USIM card senza il previsto preavviso, la perdita della numerazione.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione, l’istante ha dichiarato quanto segue:

a. Di avere subito in data 3.09.2013 la disattivazione della scheda USIM con numerazione xxxxxxx478 per mancata ricarica nei dodici mesi successivi all'ultima ricarica, contravvenendo alle disposizioni di legge in materia;

b. Di aver avanzato reclamo in data 18.10.2013 nei confronti di Wind con la quale si chiedeva l'immediato ripristino dell'utenza sospesa, la mancata riassegnazione della numerazione stessa, nonché la richiesta di indennizzo secondo le condizioni contrattuali, cui non veniva dato riscontro.;

c. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 15.05.2014, si concludeva con esito negativo, attesa la perdurante interruzione del servizio, e le proposte conciliative dei gestori ritenute insufficienti dall'utente;

In base a tali premesse, l'utente – ferma la richiesta di immediata riattivazione della scheda USIM - ha richiesto nei confronti di Wind:

- i. l'indennizzo ex artt. 4 allegato A alla Del. 73/11/CONS dal 3.09.2013 al 31.12.2014 per €3.388,00;
- ii. l'indennizzo ex artt. 9 allegato A alla Del. 73/11/CONS per €1.000,00;
- iii. Oltre alle spese del procedimento.

## **2. La posizione dell'operatore Wind.**

Wind ha dedotto, nella propria memoria difensiva, che l'utenza dell'istante veniva regolarmente disattivata in data 3.09.2013 a distanza di un anno dall'ultima ricarica effettuata in data 2.09.2013.

Evidenziava altresì, che in risposta al reclamo pervenuto dall'istante in data 25.10.2013 la stessa evidenziava che per la riattivazione l'utente avrebbe dovuto recarsi presso un centro Wind e che per il ritardo nella risposta riconosceva ai sensi delle condizioni generali di contratto la somma di €100,00, poi incassata dall'utente in data 13.03.2014.

Nel merito eccepiva che l'istanza di definizione avanzata dall'istante era priva di fondamento poiché il comportamento dell'operatore era stato conforme all'art. 8.7 delle Condizioni Generali di Contratto, e che ha provveduto ad inviare n. 3 messaggi verso la scheda USIM del cliente che preavvisavano il distacco dell'utenza.

In ordine alla mancata risposta al reclamo sosteneva di aver provveduto, in ottemperanza ai sensi dell'art. 2 allegato A delibera 73/11/CONS, ad indennizzare il cliente prima del deposito della domanda di conciliazione.

## **3. La replica dell'utente**

L'utente con memoria di replica contestava di aver mai ricevuto risposta al reclamo del 18.10.2013, così come qualsivolgia preavviso circa l'imminente disattivazione della sim. Insisteva quindi per le richieste segnalando la vessatorietà e contrarietà alle previsioni della Legge n.40/2007, delle clausole contrattuali relative alla scadenza della sim.

#### **4. 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.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

##### **4.1 Sulla disattivazione dell'utenza**

E' pacifica l'esistenza del contratto di utenza telefonica mobile prepagata tra il sig. xxx Corapi e la Wind, con numerazione xxxxxx478, ed è altresì pacifica la disattivazione dell'utenza effettuata dall'operatore il 3 settembre 2013.

Oggetto della controversia è la legittimità, o meno, della avvenuta disattivazione, operata da Wind, secondo quanto dalla stessa asserito, per decorrenza di un anno dall'ultima ricarica.

L'utente deduce l'illegittimità di tale disattivazione, contestando la ricezione di qualsivoglia tipo di preavviso.

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 con 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 Generali di contratto, all'art. 8.7, la disattivazione della SIM trascorsi dodici mesi dall'ultima operazione di pagamento (ricarica), ma vigeva a carico dell'operatore l'obbligo di preavviso sia della sospensione del servizio, sia della cessazione del numero, ad essa conseguenti.

Sul punto nulla è stato provato dall'operatore, il quale sebbene abbia evidenziato di aver inviato comunicazioni via SMS di carattere generale a tutti gli utenti interessati, nessuna prova dell'invio ha documentato in atti.

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.

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

comporta l'obbligo in capo all'operatore di indennizzare l'utente limitatamente al periodo intercorrente tra la data di sospensione (3 settembre 2013) e il momento in cui l'utente avrebbe potuto ottenere la riattivazione dell'utenza se ne avesse fatto immediata richiesta (successive 48 ore).

Tale principio costituisce ormai consolidato orientamento AGCOM in materia di disattivazione delle c.d. "sim silenti" laddove si afferma che, qualora venisse considerato quale dies ad quem quello della effettiva richiesta da parte dell'utente, l'operatore sarebbe costretto a corrispondere degli indennizzi maggiori a causa dell'inerzia dello stesso utente che, nel caso di specie, si è attivato per richiedere la riattivazione ad un mese e mezzo circa dalla presunta disattivazione, (e precisamente il 19.10.2014 a mezzo di reclamo scritto ricevuto dall'operatore in data 25.10.2013), dimostrando così scarso interesse nell'utilizzo dell'utenza medesima.

In effetti, la funzione degli indennizzi è quella di ristorare gli utenti, sebbene in misura preordinata, rispetto al patimento di un disservizio; nel caso in cui il disservizio si sia prolungato a causa del comportamento dell'utente, un eventuale addebito a carico della controparte contrattuale sarebbe contrario al principio di equità che, invece, governa le procedure di definizione delle controversie da parte di questa Autorità.

Pertanto, aderendo a tale impostazione, dalla responsabilità di Wind per la sospensione del servizio in assenza di previa informazione, discende nella fattispecie il diritto ad un indennizzo, ai sensi dell'articolo 4.1 del Regolamento, di Euro 15,00, per due giorni di sospensione del servizio.

Tuttavia, nella fattispecie, a seguito della richiesta dell'utente con reclamo del 18.10.2013, (ricevuto dall'operatore in data 25.10.2013), non risulta che Wind abbia provveduto ad inviare opportuna comunicazione che avvertisse l'utente della possibilità di riattivare il servizio. La missiva del 28.01.2014 prodotta in atti, infatti è stata espressamente contestata dall'utente per non averla mai ricevuta.

Sussiste pertanto la responsabilità dell'operatore anche per il ritardo nella comunicazione della possibilità di riattivazione – che consisteva nell'attivazione di nuova sim presso un negozio Wind, con conseguente impossibilità dell'utente ad ottenere la riattivazione e conseguente diritto all'indennizzo.

Per quanto riguarda la durata del periodo indennizzabile, si prende a riferimento quale dies a quo il 25.10.2013 data di ricezione della richiesta di riattivazione da parte di Wind e quale dies ad quem la data dell'udienza di conciliazione (15.5.2014) quale prima occasione utile, in assenza di precedente risposta al reclamo, per l'utente di interloquire direttamente con l'operatore ed apprendere le modalità di riattivazione.

D'altro canto, non è accoglibile la domanda dell'utente di indennizzo fino all'effettiva riattivazione, essendo la scelta di sottoporre la controversia ad un terzo in sede di definizione amministrativa il momento in cui la risoluzione della questione transita dalla gestione delle parti a quella di un terzo. Pertanto il mancato adempimento spontaneo in pendenza di una procedura di definizione amministrativa non sarebbe ragionevolmente sanzionabile.

Spetta quindi all'utente un indennizzo per la mancata riattivazione dell'utenza sospesa, per un periodo di 202 giorni (già detratti i due giorni necessari alla riattivazione) che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 3.1 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, danno luogo ad un indennizzo pari a 1.515,00.

Tuttavia, non può non rilevare ai sensi dell'art.1227 del c.c. il comportamento omissivo e inerte dell'utente che si è limitato, nonostante l'asserito disagio e danno provocati dall'interruzione, a inviare un reclamo senza alcun altro sollecito documentabile o circostanziato nel tempo, attivandosi per il tentativo di conciliazione solo a distanza di cinque mesi dal reclamo stesso; né, medio tempore, ha attivato presso il Corecom una procedura d'urgenza per la riattivazione dell'utenza, che in soli 10 giorni gli avrebbe consentito di ottenere il ripristino né, ancor più semplicemente, si è recato presso un centro autorizzato Wind a chiedere spiegazioni sulle modalità di riattivazione.

Al riguardo, si precisa 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](http://www.wind.it) compilato e firmato in ogni sua parte alla Casella Postale 14155 - Ufficio Postale Milano 65 - 20152 Milano".

Pertanto 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.

Tali condizioni generali si presumono conosciute e accettate dall'utente, sottoscrittore di un modulo di adesione ai servizi Wind e pertanto si configura una corresponsabilità col gestore nella causazione del danno.

Tale comportamento, non integra certamente il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, 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 ).

Alla luce di tutti gli elementi richiamati si ritiene equo, in applicazione dell'art.1227 c.c. decurtare l'indennizzo così computato, del 50% , risultando pertanto una somma pari a Euro 757,50.

#### **4.2 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 contribuito a determinare, 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.

#### **4.3 Sulla mancata risposta ai reclami**

L'istante lamenta la mancata risposta al reclamo, ricevuto dall'operatore il 25.10.2013, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

L'operatore dichiara di aver risposto e liquidato l'indennizzo previsto dalla Carta Servizi per il ritardo nella risposta .

La domanda dell'utente è fondata, non avendo l'operatore provato di aver inoltrato la risposta all'utente.

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, ai sensi dell'art 11 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS considerato che il reclamo è stato ricevuto il 25.10.2013, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni ) e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (15.5.2014), pari a Euro 157,00, cui va sottratto l'importo di Euro 100,00 già liquidato così come confermato dall'utente, per un totale residuo di Euro 57,00.

Non è accoglibile al riguardo l'eccezione di improcedibilità della domanda ai sensi dell'art.2.1 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, poiché la mancata risposta al reclamo non rientra tra le fattispecie liquidabili in via automatica ai sensi dell'art.5 della Delibera n.73/11/CONS, né la Carta Servizi Wind la prevede.

## **5. Sulle spese di procedura**

Infine, 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 (cinquanta/00) da porsi a carico di Wind, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

## **IL CORECOM LAZIO**

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

### **DELIBERA**

1. Accoglie parzialmente l'istanza di xxx Corapi nei confronti della società Wind Telecomunicazioni xxx.

2. La società Wind Telecomunicazioni xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

i. euro 15,00 (quindici /00) a titolo di indennizzo ex art.4.1 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS;

ii. euro 757,50 (Settecento cinquanta sette/50) a titolo di indennizzo ex art. 3.1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS;

iii. euro 57,00 (cinquanta sette/00) a titolo di indennizzo ex art.11 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS.

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 d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

5. È 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](http://www.agcom.it)).

Roma, 18 dicembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto