

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

VISTA la L. 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, lettera a), n. 14;

VISTA la L. 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*;

VISTO il D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, *Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*, in particolare l'art. 10;

VISTA la deliberazione di Comitato del 28 ottobre 2004, n. 5 *Approvazione del regolamento interno del Comitato regionale per le Comunicazioni della Lombardia*;

VISTO il Regolamento interno del Co.Re.Com., approvato con propria deliberazione 7 novembre 2013, n. 63;

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, la Regione Lombardia e il Comitato regionale per le comunicazioni della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione A.G.Com. 179/03/CSP, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 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*;

VISTA l'istanza presentata in data 4 maggio 2012, con cui la sig.ra XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia per la definizione della controversia in essere con la società Wind Telecomunicazioni XXX ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTE le note del 10 maggio 2012 e del 5 giugno 2012, con le quali il funzionario responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita

controversia, e ha invitato le parti a presentarsi all'udienza per la discussione della stessa fissata per il 28 giugno 2012;

VISTO il verbale dell'udienza del 18 giugno 2012;

VISTE le richieste di integrazione istruttoria in data 27 febbraio 2014, 31 marzo 2014, 7 aprile 2014;

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

VISTA la proposta di decisione del dirigente dell'Ufficio ai sensi dell'art. 19 del *Regolamento*;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con l'istanza in data 4 maggio 2012, la sig.ra XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia per la definizione della controversia in essere con l'operatore Wind Telecomunicazioni XXX. avente ad oggetto contestazioni relative a servizi residenziali di telefonia fissa e internet/adsl ai sensi degli art. 14 e ss. Del. A.G.Com.173/07/CONS, *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*.

In data 7 giugno 2012, n. 9998 prot. Co.Re.Com., l'utente presentava istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione nei confronti di Wind per mancata o parziale fornitura del servizio, precisando nella descrizione dei fatti: *"Nuovo contratto con mantenimento del mio vecchio numero Telecom. Contratto dell'11/3/2011 non ancora attivata la linea, mentre la linea vecchia è stata disattivata il 25/3. Svariate segnalazioni di guasto"* e chiedendo *"L'attivazione della linea con il mantenimento del vecchio numero Telecom, secondo il contratto; rimborso delle decine di telefonate a pagamento al 155 che mi riservo di quantificare e l'indennizzo"*, allegando copia del contratto dell'11 marzo 2011 e della fattura emessa il 5 aprile 2011.

In data 14 giugno 2011 la sig.ra XXX presentava richiesta di provvedimento temporaneo nei confronti di Wind.

In data 13 settembre 2011 si svolgeva l'udienza di conciliazione al fine di estendere il contraddittorio all'operatore Telecom Italia XXX.

In data 17 novembre 2011 si svolgeva l'udienza di conciliazione, cui partecipavano sia l'utente che i rappresentanti degli operatori Wind e Telecom che si concludeva con esito negativo.

In data 4 maggio 2012 l'utente presentava istanza di definizione amministrativa della controversia in relazione all'utenza di telefonia fissa e internet/adsl XXX nei confronti di Wind per: *"Mancata attivazione dei servizi di telefonia fissa e internet/adsl; mancata informativa sui tempi; affermazioni non veritiere e fatturazione non dovuta; mancata risposta al reclamo e mancato rimborso delle fatture pagate e non dovute"*.

In particolare, la sig.ra XXX precisava che: *"In data 11.3.2011, sottoscriveva on-line un contratto con Wind per passare gratuitamente al suddetto operatore da Telecom, mantenendo il proprio numero (ultradecennale) di telefonia fissa, in occasione del trasloco di casa, oltre alla linea Adsl; tutti i campi relativi alle specifiche richieste venivano compilati; in data 11.3.2011 via e-mail Wind confermava l'ordine e richiedeva l'invio del fax, avvenuto il 12.3.2011; la linea Telecom veniva disattivata il 25.3.2011;*

successivamente Wind non ha mai attivato la linea telefonica né la linea adsl; innumerevoli richieste di attivazione e segnalazioni di guasto, che venivano chiuse nei tempi contrattuali ma senza nessun intervento; Wind fissava con la sottoscritta l'appuntamento in casa per l'attivazione delle linee (telefonica e adsl) in data 6.5.2011: un addetto Wind nel giorno ed ora prefissati telefonava chiedendo conferma dell'indirizzo e affermava che l'intervento non era possibile... Veniva fissato un secondo appuntamento in casa per l'attivazione per il giorno 4.6.2011: anche in questa occasione nel giorno-orario fissato un addetto chiedeva conferma dell'ubicazione e affermava non essere possibile l'intervento... Intanto Wind fatturava come se il servizio telefonico e l'adsl fossero attivi, in particolare emetteva 4 fatture: il 5.4 per il periodo 11.3-14.3 (euro 18,31) pagata; il 9.6 per il bimestre aprile-maggio (euro 27,90) pagata;... Contestualmente al pagamento inviavo racc. a.r. di reclamo e richiesta di rimborso... Wind emetteva altre 2 fatture, l'11.8 (euro 27,90 contestata) e il 18.10 (euro 28,13 contestata)... Per poter avere la linea telefonica la sottoscritta in data 19.9 procedeva alla disdetta di Wind e al nuovo contratto con Telecom (senza adsl) e il 13.10.2011 finalmente veniva attivata la linea telefonica, con il vecchio numero di telefono e una spesa addebitata da Telecom di euro 140,00 (euro 80,00 di attivazione linea ed euro 60,00 di trasloco linea)... Si precisa che la causa della mancata attivazione non è mai stata comunicata: poiché telefonicamente è stato riferito che la linea Wind era stata attivata su una centralina sbagliata (vale a dire la centralina di competenza della vecchia abitazione), si chiede di accertare se la mancata attivazione sia dipesa da questo errore e/o dalla erronea offerta da parte di Wind di un contratto che non poteva adempiere...".

All'istanza di definizione l'utente allegava la copia del modulo di adesione contrattuale alla proposta di contratto di Wind avente ad oggetto la richiesta di attivazione del profilo tariffario *Super Happy Italy*, avvenuta in data 11 marzo 2011, da cui si evince: "Contratto: *Super Happy Italy*; intestatario: XXX, telefono su cui attivare il servizio: XXX; indirizzo: via XXX – XXX; telefono per contatto:****; e-mail:*****"; Dati titolare Telecom Italia o altro operatore: XXX; Indirizzo di installazione *Super Happy Italy*: XXX, XXX – XXX; fatturazione e pagamento: bollettino postale".

Inoltre, la sig.ra XXX allegava la copia del reclamo inoltrato a Wind con raccomandata a/r ricevuta il 6/7/2011 dall'operatore, con cui richiedeva il rimborso delle fatture pagate (n. 9905433390 di €. 18,31 e n. 9908763924 di €. 27,90) segnalando la mancata attivazione dell'utenza di telefonia fissa e internet/adsl.

In data 10 maggio 2012 l'Ufficio inoltrava alle parti la comunicazione di avvio del procedimento.

In data 5 giugno 2012 l'Ufficio inviava alle parti la convocazione all'udienza di discussione del 28 giugno 2012.

In data 28 giugno 2012 si svolgeva l'udienza di discussione, cui partecipavano entrambe le parti, e dal cui verbale risulta che l'utente si riportava a quanto già esposto nell'istanza e alle richieste in essa formulate mentre l'operatore osservava che: "La linea Wind non è stata attivata sull'utenza n. XXX (già Telecom Italia) perché l'indirizzo comunicato dall'utente con il modulo di richiesta attivazione non corrispondeva alla predetta utenza, su cui era stata richiesta l'attivazione; Wind formula la seguente proposta transattiva: storno delle fatture ad oggi insolute, rimborso delle fatture pagate dall'istante e del costo di trasloco e attivazione di una nuova linea Telecom Italia".

In data 27 febbraio 2014 l'Ufficio inoltrava richiesta di integrazione istruttoria, ai sensi dell'art. 18 *Regolamento cit.*, a Telecom al fine di acquisire tutte le informazioni relative alle procedure di migrazione/trasferimento che avevano interessato l'utenza XXX, corredandole di *print screen* del relativo sistema informatico.

In data 5 marzo 2014, Telecom comunicava che: "Il dn XXX risulta intestato ad XXX; in Pitagora regolatorio sono presenti i seguenti ordini: attivazione standard ULL/NP olo Wind

Infostrada eseguita il 25/3/11; cessazione/rientro inviata da Wind Infostrada eseguita il 6/10/11; in allegato le schermate. ADSL: per la linea 02/29414234 cliente XXX come dati non abbiamo nessuna richiesta di bitstream asimmetrico wholesale né di shared access”.

In data 31 marzo 2014 l'Ufficio inviava un'ulteriore richiesta di integrazione istruttoria alla sig.ra XXX e alla società Wind al fine di acquisire ulteriori documentazioni.

In data 4 aprile 2014 l'utente comunicava che l'ultima fattura emessa da Telecom prima della migrazione in Wind era la n. 3/11 del 6.4.2011 avente ad oggetto l'utenza XXX ubicata in viale XXX – XXX mentre la prima fattura emessa da Telecom dopo il rientro da Wind è la n. 1/12 del 6.12.2011 avente ad oggetto la precitata utenza ubicata in XXX.

In data 7 aprile 2014 Wind inoltrava la copia del contratto, già depositata dall'utente nel presente procedimento, e comunicava altresì che: *“Non si è trattato di una richiesta di trasloco ma di attivazione di nuova linea XXX con Wind Infostrada all'indirizzo di via XXX (centrale zona XXX). La numerazione però si trovava nella vecchia sede (centrale zona XXX), mai comunicata a Wind e ciò ha comportato la mancata attivazione della numerazione su nostra rete in quanto la stessa Telecom forniva i seguenti ko: Telecom conferma che si tratta di centrale errata 'Trattasi di centrale errata XXX invece di XXX. Si chiude Ratt impianto non attivabile'. La linea viene poi attivata sulla centrale di provenienza (XXX) ed ovviamente non utilizzabile (la cliente pensava fosse non funzionante) in quanto la sig.ra XXX si trovava fisicamente in una sede differente (quella nuova di via XXX)”.*

In data 7 aprile 2014 la sig.ra XXX evidenziava che: *“L'11.3.11 ho debitamente e sinceramente compilato tutti i campi previsti da Wind per la sottoscrizione del contratto e non sono ovviamente responsabile se nei contratti standard per i consumatori Wind ometta di richiedere tutti i dati tecnici o commerciali che Wind sa essere necessari: - Wind il 25.3.11 ha disattivato la mia vecchia linea Telecom che si trovava in viale XXX; - Wind il 5.4.2011 ha emesso (la prima) fattura per il mio numero XXX riportante Offerta super happy Italy con adsl free dal 25.3.11 – Collegamento alla rete Infostrada attivo dal 25.3.11.....- intanto Wind il 9.6.11 emetteva la seconda fattura. Quanto alla nota di Wind, osservo che... i motivi della mancata attivazione non sono mai stati comunicati a me, pertanto ritengo confermata l'esclusiva responsabilità di Wind per avermi lasciata per ben 7 mesi senza linea telefonica, senza linea adsl, senza alcuna informazione veritiera al riguardo, ma anzi con informazioni e comportamenti che erano... ingannevoli: dal momento che Wind fatturava il servizio, mi dava appuntamento per l'attivazione per ben 2 volte...”.*

In data 7 aprile 2014 l'Ufficio chiedeva alla sig.ra XXX e alla società Wind di trasmettere la copia integrale delle fatture emesse da Wind relativamente all'utenza XXX e la comunicazione di pagamenti effettuati dall'utente e/o degli eventuali storni/rimborsi di fatture operati da Wind nonché un'ulteriore richiesta di integrazione istruttoria indirizzata a Telecom al fine di acquisire informazioni e documentazioni in merito all'indirizzo in cui è stata attivata la predetta utenza da parte di Wind e le informazioni eventualmente intercorse tra Telecom e Wind circa l'attivazione dell'utenza in oggetto e gli eventuali ko intervenuti durante la suddetta procedura.

In data 7.4.2011 sia la sig. XXX che Wind inoltravano le 4 fatture emesse da Wind per l'utenza in oggetto da cui risulta:

- Fattura n. 9905433390, emessa il 5.4.2011, pagata dall'utente, periodo di fatturazione 11.3.11/31.3.11 di €. 18,31, indirizzo via XXX, offerta *Super happy Italy* dal 15.3.2011 fino al 24.3.2011 e offerta *Super happy Italy* con adsl free dal 25.3.2011, collegamento alla rete Infostrada attivo dal 25.3.2011; è attivo il servizio in trasferta *new polt*;

- Fattura n. 9908763924, emessa il 9.6.2011, pagata dall'utente, periodo di fatturazione 1.4.11/31.5.11 di €. 27,90, indirizzo via XXX n. 5/3 XXX, offerta *Super happy Italy* con *adsl free*; è attivo il servizio in trasferta *new polt*;
- Fattura n. 9912187262, emessa l'11.8.11, non pagata, periodo di fatturazione 1.6.11-31.7.11, di €. 27,90, indirizzo via XXX n. XXX, offerta *Super happy Italy* con *adsl free*; collegamento alla rete Infostrada attivo dal 21.6.2011; è attivo il servizio in trasferta *new polt*;
- Fattura n. 9915197137, emessa il 18.10.11, non pagata, periodo di fatturazione 1.8.11-30.9.11 di €. 28,13, indirizzo via XXX, offerta *Super happy Italy* con *adsl free*; è attivo il servizio in trasferta *new polt*.

In data 9 aprile 2014 Telecom comunicava che: *"Per la linea XXX intestato ad XXX in pitagora regolatorio sono presenti i seguenti ordini: attivazione standard ULL/NP olo Infostrada eseguita il 25/3/2011. Indirizzo inserito da OLO Infostrada: XXX; cessazione con rientro inviata da Infostrada eseguita il 6/10/2011: la linea rientra al vecchio indirizzo con ordine di lavoro del 29/9/2011: viale XXX; il rientro viene espletato ma ai soli fini commerciali per poter emettere, successivamente il 7/10/2011, ordine di trasloco a Via XXX. Si allegano schermate Pitagora"*.

Motivi della decisione

Dall'esame dell'istanza presentata dalla sig.ra XXX e dall'istruttoria condotta emerge che la controversia in esame può essere ricondotta sostanzialmente ai seguenti ordini di contestazioni: 1) mancata attivazione di servizi di telefonia e internet/adsl; 2) fatturazione non giustificata.

1) Mancata attivazione di servizi di telefonia e internet/adsl

Dalla documentazione agli atti del procedimento risulta che in data 11 marzo 2011 la sig.ra XXX sottoscriveva *on line* la proposta di adesione contrattuale proposta da Wind avente ad oggetto la richiesta di attivazione dei servizi residenziali di telefonia fissa e internet/adsl in relazione all'utenza XXX, proveniente da Telecom, con profilo tariffario *Super happy Italy* da attivarsi presso l'indirizzo di via XXX, XXX, previo trasferimento della medesima utenza da Telecom, da completarsi, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 3, L. 2 aprile 2007, n. 40 entro e non oltre 30 giorni dalla richiesta.

Peraltro, l'utente riceveva da parte di Wind, tramite *e-mail* di data 11 marzo 2011, la conferma della sottoscrizione del contratto in oggetto e che la relativa richiesta era stata inserita correttamente nei sistemi informatici dell'operatore.

Dall'istruttoria è emerso che il trasferimento della risorsa si era correttamente perfezionato in data 25 marzo 2011, data in cui Telecom ha rilasciato la risorsa cessando l'erogazione dei servizi, quindi entro i predetti termini di legge.

Tuttavia, per un errore tecnico, i servizi di telefonia fissa e internet/adsl non sono stati mai attivati da Wind sulla predetta utenza con indirizzo di installazione in via XXX a XXX.

In effetti, dagli atti risulta che Wind non ha attivato l'utenza XXX in via XXX, nonostante l'utente avesse precisato per iscritto nella richiesta di attivazione dell'11 marzo 2011 il predetto indirizzo per l'installazione dell'impianto telefonico.

Inoltre, dagli atti è emerso altresì che a far data dal 25 marzo 2011 per il servizio internet/adsl relativo all'utenza XXX non risultava, agli atti, alcuna richiesta di attivazione del citato servizio da parte di Wind.

Non può omettersi di rilevare che Wind non ha presentato alcuna memoria o documentazione a sostegno delle proprie ragioni nei tempi prescritti dalla procedura ai sensi dell'art. 16 *Regolamento cit.* e resi noti alle parti con l'invio della relativa comunicazione di avvio del procedimento.

L'operatore convenuto si è limitato, tardivamente, nel corso dell'udienza di discussione, ad esporre una possibile spiegazione della causa, asseritamente, alla base della

problematica oggetto di contestazione individuata nell'indirizzo comunicato dall'utente con il modulo di richiesta di attivazione, che non corrispondeva alla predetta utenza, formulando in ogni caso la proposta transattiva all'utente di storno delle fatture, rimborso di quelle pagate e del costo di trasloco e attivazione della linea con Telecom.

Inoltre, in data 7 aprile 2014 Wind, in seguito alla richiesta di integrazione istruttoria formulata dall'Ufficio, osservava che: *"...La numerazione si trovava nella vecchia sede (centrale zona XXX), mai comunicata a Wind e ciò ha comportato la mancata attivazione della numerazione su nostra rete in quanto la stessa Telecom forniva i seguenti ko: Telecom conferma che si tratta di centrale errata 'Trattasi di centrale errata XXX XXX invece di XXX. Si chiude Ratt impianto non attivabile'. La linea viene poi attivata sulla centrale di provenienza (XXX) ed ovviamente non utilizzabile (la cliente pensava fosse non funzionante)..."*.

Sul punto, è appena il caso di rilevare che Wind non solo ometteva di precisare le date in cui la stessa società inoltrava le asserite richieste di attivazione indirizzate a Telecom ma anche di produrre le necessarie schermate del proprio sistema informatico a giustificazione di quanto asserito, pertanto di fatto non dimostrato.

Preme osservare, inoltre, che le informazioni trasmesse da Wind, oltre ad essere prive di supporto documentale, non hanno comunque trovato conferma nelle documentazioni inoltrate da Telecom, da ultimo in data 9 aprile 2014.

Peraltro, l'informazione circa l'asserita *"Centrale errata"*, che Wind adduce a propria esimente per non essere stata *"Mai comunicata a Wind"*, certamente non rientrava nelle conoscenze e neppure nelle incombenze della sig.ra XXX, atteso che è peraltro evidente che tale informazione rientrava evidentemente nella sfera di competenza dell'operatore, il quale avrebbe potuto diligentemente provvedere di conseguenza, attivando i servizi relativi all'utenza in oggetto presso l'indirizzo di installazione, richiesto per iscritto dalla sig.ra XXX.

Ai fini di una migliore comprensione delle fattispecie oggetto di contestazione, è altresì utile una sintetica descrizione del complesso quadro normativo e regolamentare in materia di migrazione della telefonia fissa, evidenziandone gli aspetti di maggior rilievo ai fini che qui interessano.

La L. 2 aprile 2007, n. 40, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*, ha riconosciuto all'utente finale la facoltà di trasferire il contratto di fornitura del servizio in capo ad un altro operatore, vietando vincoli temporali o ritardi, e senza spese non giustificate da costi dell'operatore. In particolare, assume rilevanza al riguardo il disposto dell'articolo 1, comma 3, della predetta legge, secondo cui *"I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni"*.

A seguito di tale normativa, si è sviluppata un'ampia attività regolamentare da parte dell'A.G.Com., in cui assumono rilievo la Del. 274/07/CONS, il cui art. 18 *bis* definisce le modalità di migrazione di un cliente tra operatori (da OLO ad altro OLO, o da OLO a Telecom); la Del. 41/09/CIR (che modifica le procedure di cui alla Del. 274/07/CONS), il cui art. 1 riduce la durata della fase 2 (inizialmente fissata dalla Del. 274/07/CONS in 10 o 20 giorni lavorativi a seconda del servizio da migrare, a 5 giorni lavorativi a partire dal 1.3.2010); la Del. 52/09/CIR (Modalità di implementazione del codice segreto nell'ambito delle procedure di migrazione) il cui art. 1 definisce le modalità di generazione del codice segreto e quelle di utilizzo nelle procedure di migrazione.

In particolare, tale complessa normativa suddivide la migrazione in 3 Fasi, nell'ambito di ciascuna delle quali sono dettagliatamente indicati gli adempimenti che devono essere assolti dagli operatori coinvolti (definiti *donating*, cioè l'operatore presso il quale è attiva l'utenza da migrare; e *recipient*, cioè l'operatore verso il quale l'utente intende migrare).

In particolare, nella Fase 1 l'utente aderisce ad una offerta commerciale del *recipient* e gli comunica il proprio codice di migrazione, precedentemente fornitogli dal *donating*. Nella Fase 2 il *recipient* trasmette la richiesta di passaggio al *donating* e quest'ultimo procede alle verifiche (formali e tecniche, tra cui la verifica del codice segreto del cliente trasmesso dal *recipient*), fornendo l'esito delle stesse al *recipient* entro 5 giorni lavorativi, trascorsi inutilmente i quali si applica comunque il silenzio assenso; nei casi specificati dalla normativa, il *donating* può inviare, entro lo stesso termine di 5 giorni, un KO. Nella Fase 3 il *recipient*, ricevuto un riscontro positivo o in applicazione del silenzio assenso del *donating*, processa la migrazione entro la DAC (data attesa consegna) precedentemente concordata con il cliente; nei casi specificati dalla normativa può inviare un KO (impossibilità tecnica a fornire il servizio: ad es. per irreperibilità cliente, o problemi di rete), concordando, in tal caso, una nuova DAC (rimodulazione).

Tutte le disposizioni esposte sono volte a tutelare gli utenti con la previsione di specifici obblighi di trasparenza in capo agli operatori e integrano quanto previsto in via generale dal codice civile in materia di contratti.

Com'è noto, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001 n. 13533, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, 20 gennaio 2010 n. 936 e, da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677), il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte. Sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento.

Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta dei servizi.

Inoltre, gli operatori telefonici sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, anche sotto il profilo temporale, con la conseguenza che qualora l'utente lamenti l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento l'operatore, per escludere la propria responsabilità, deve dimostrare che le circostanze oggetto di doglianza sono dovute da circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa del medesimo, fornendo altresì la prova di avere informato l'utente delle predette difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione.

Restano, così, comunque fermi i principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali, e, in particolare, quanto prescritto dagli artt. 1175 e 1375 c.c., rispettivamente in materia di correttezza e di buona fede nella esecuzione del contratto; principi che, vista la natura professionale del soggetto coinvolto, devono essere interpretati con particolare rigore.

Secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto "*Si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto dall'art. 2 cost.) che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali,*

quanto dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo limite 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. 5240/2004; *ex plurimis*, Cass. 14605/2004).

Il principio mette capo, quindi, ad un criterio di reciprocità che, nel quadro dei valori sanciti dalla Carta Costituzionale, costituisce specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" tutelati dall'art. 2 Cost. e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (sul punto, cfr. Cass. 18947/2005).

Pertanto, non emergendo elementi documentali a sostegno di quanto asserito da Wind, non può non osservarsi che quand'anche, durante la procedura di migrazione in oggetto, Telecom avesse dato anche soltanto un ko per "Centrale errata", che comunque non rappresenta un ko definitivo, Wind avrebbe dovuto risottomettere l'ordine di attivazione dei servizi in favore dell'utente oltre a dover notiziare formalmente l'utente delle difficoltà incontrate, atteso il lungo periodo da marzo a settembre del 2011, infine anche rimborsando le fatture pagate e stornando le altre, in quanto non dovute, dall'utente.

Pertanto, sarebbe stato ragionevole attendersi che Wind provvedesse all'attivazione dei servizi in via XXX nei tempi normativamente previsti.

Inoltre, dalla lettura delle 4 fatture emesse da Wind, di cui le prime due pagate, si rileva addirittura, nella prima fattura n. 9905433390, che l'offerta *Super happy Italy* sarebbe stata attivata dal 15 marzo 2011 e l'offerta *Adsl free* dal 25 marzo 2011 in XXX e nelle predette quattro fatture compare il servizio accessorio gratuito "In trasferta New Polt", in realtà anch'esso mai attivato, che non è altro che il servizio che consente di trasferire su un altro numero telefonico le chiamate in arrivo su un altro numero.

È da considerare che, preso atto della mancata attivazione dei servizi di telefonia e internet presso l'indirizzo di installazione richiesto e indicato per iscritto dall'utente, quest'ultima, oltre a presentare reclami telefonici al servizio clienti dell'operatore, inoltrava reclamo scritto, tramite raccomandata a/r ricevuta da Wind in data 6 luglio 2011, di fatto non riscontrato.

Nel corso del presente procedimento Wind si è limitata, quindi, a comunicare di avere ricevuto delle non meglio precisate notifiche di causali di scarto da parte di Telecom laddove, nelle more della procedura di attivazione, avrebbe dovuto informare l'istante in ordine alla sussistenza degli asseriti, quanto non comprovati, impedimenti tecnici, ostativi all'attivazione del servizio, anche in conformità a quanto previsto dall'art. 17, comma II, Del. 274/07/CONS, che 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.

Quindi, non emergono elementi di prova atti a dimostrare la non imputabilità a Wind di tale ritardo/omissione, ovvero l'adempimento da parte del medesimo operatore degli oneri informativi atti a porre l'utente nelle condizioni di comprendere le ragioni del disservizio o i tempi necessari alla sua soluzione.

Può dunque affermarsi che Wind ha violato la normativa di legge e quella regolamentare sopra descritta in materia di migrazione di telefonia fissa internet/adsl, ritardando l'adempimento delle proprie obbligazioni.

Di tale ritardo, inoltre, Wind deve ritenersi esclusiva responsabile senza che, in relazione alla portabilità in parola, Wind abbia fornito la prova, sulla stessa gravante, che il ritardo nell'adempimento sia stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa ad essa non imputabile, come disposto dall'art. 1218 c.c.

Alla luce di quanto sin qui esposto, si ritiene di poter riconoscere in capo alla parte istante il diritto ad un indennizzo che andrà computato sulla base di quanto previsto dall'art. 6, *Regolamento indennizzi* (Del. 73/11/CONS, Allegato A), secondo cui *"Nelle ipotesi di procedure di portabilità del numero non concluse nei termini stabiliti dalla disciplina di settore, l'operatore responsabile del ritardo sarà tenuto a corrispondere all'utente interessato un indennizzo pari ad €. 5,00 per ogni giorno di ritardo. In caso di sospensione o cessazione del servizio si applicano, comunque, gli indennizzi previsti dall'art. 5"*.

Il richiamato art. 5, comma I, *Regolamento indennizzi* stabilisce che *"In caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici, imputabili all'operatore, sarà dovuto un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad €. 5,00 per ogni giorno d'interruzione"*.

Nel caso di specie, il parametro giornaliero di €. 5,00 – raddoppiato a €. 10,00 in quanto da riferire a due servizi non accessori (servizio di telefonia e servizio internet/adsl) – va moltiplicato i 179 giorni compresi tra l'11 marzo 2011, data della richiesta di attivazione, e il 6 ottobre 2011, data della cessazione con rientro eseguita da Wind, già dedotti i 30 gg. previsti dalla L. 2 aprile 2007, n. 40, per un indennizzo complessivo di € 1.790,00.

Inoltre, in relazione al servizio accessorio *"In trasferta"* mai attivato, gratuito sia per costo di attivazione che per abbonamento, l'utente ha diritto all'indennizzo di €. 100,00 sulla base di quanto previsto dall'art. 3, comma IV, del *Regolamento cit.* secondo il quale *"In caso di servizi gratuiti, si applica l'importo di €. 1,00 per ogni giorno di ritardo fino ad un massimo di €. 100,00"*, atteso che i giorni di ritardo sono complessivamente 179 per cui tale indennizzo di applica nella misura massima di €. 100,00.

2) Fatturazione non giustificata

Con riguardo alla contestazione relativa all'indebita fatturazione, si evidenzia, come già emerso al punto precedente, la mancata attivazione dei servizi da parte di Wind presso l'indirizzo di installazione di XXX, con la conseguente impossibilità per l'utente di usufruirne, peraltro confermata anche dalla stessa Wind.

E poiché, come è noto, il contratto di abbonamento telefonico ha natura di contratto a prestazioni corrispettive, in cui, a fronte dell'obbligo del gestore di fornire il servizio, vi è quello dell'utente finale di pagare il corrispettivo, l'omessa attivazione ha determinato una rottura del sinallagma contrattuale, se non ne ha impedito addirittura l'insorgenza, rendendo infondata la pretesa di pagamento da parte dell'operatore.

Si deve altresì evidenziare che la giurisprudenza ha più volte ribadito che la fattura non costituisce un negozio di accertamento atto a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, resta pertanto in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura (Cass. Civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313).

Difatti, poiché secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (*ex pluribus*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947), l'emissione della bolletta costituisce solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza, sussisteva in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313).

Inoltre, è orientamento consolidato dell'A.G.Com. ritenere che: *"La bolletta, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria e la società è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra i dati forniti da esso e quelli trascritti in bolletta"* (Del.10/05/CIR).

In relazione ai citati importi Wind non ha fornito alcuna giustificazione, né ha prodotto elementi probanti la regolare e corretta gestione del cliente, in particolare non ha prodotto alcuna documentazione attestante la corretta fatturazione, ovvero la legittimità della condotta assunta.

Pertanto, Wind avrebbe dovuto provare la regolare e continua fornitura dei servizi in realtà mai erogati, fornendo la documentazione di dettaglio del traffico generato dall'utenza in epigrafe, dimostrando la regolarità e continuità nell'erogazione dei servizi richiesti, nonché avrebbe dovuto dimostrare la correttezza del proprio operato.

Ne consegue il diritto dell'utente al rimborso delle fatture n. 995433390 di € 18,31 emessa il 5.4.2011 e n. 9908763924 di € 27,90 emessa il 9.6.2011, nonché allo storno delle ulteriori fatture emesse, n. 9912187262 di €. 27,90 emessa l'11.8.2011 e n. 9915197137 di €. 28,13 emessa il 18.10.2011 in relazione al contratto avente codice cliente n. 439416713, sottoscritto dalla sig.ra XXX in data 11 marzo 2011.

Spese di procedura

Alla luce di tutto quanto emerso dall'analisi della controversia in esame, in considerazione di quanto sopra dedotto e considerato, della partecipazione dell'utente all'udienza di definizione e di conciliazione, si ritiene equo disporre a favore dell'utente il rimborso delle spese di procedura quantificate in euro 100,00.

Alla luce di tutte le considerazioni esposte;

VISTO il parere del Servizio Studi e documentazione legislativi e Assistenza legale in data 31 luglio 2009 in ordine alla necessaria continuità delle funzioni esercitate dal Co.Re.Com per delega dell'A.G.Com;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge;

D E L I B E R A

a definizione della controversia XXX/Wind Telecomunicazioni XXX, che:

1. Wind Telecomunicazioni XXX corrisponda in favore della sig.ra XXX la somma complessiva di €. 1.890,00 a titolo di indennizzo per mancata erogazione dei servizi di telefonia fissa, internet/adsl e trasferimento di chiamata relativi all'utenza XXX;
2. Wind Telecomunicazioni XXX corrisponda in favore della sig.ra XXX la somma di euro 46,21 a titolo di rimborso delle fatture n. 995433390 di € 18,31 emessa il 5.4.2011 e n. 9908763924 di € 27,90 emessa il 9.6.2011;
3. Wind Telecomunicazioni XXX provveda alla regolarizzazione contabile e amministrativa della sig.ra XXX con riferimento alle fatture insolute, n. 9912187262 di €. 27,90 emessa l'11.8.2011 e n. 9915197137 di €. 28,13 emessa il 18.10.2011 in relazione al contratto avente codice cliente n. 439416713;
4. Wind Telecomunicazioni XXX corrisponda in favore della sig.ra XXX la somma di euro 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.
dott. Massimiliano Della Torre

La Presidente del Co.Re.Com.
dott.ssa Federica Zanella

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

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Del. A.G.Com. 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*.

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.
dott. Massimiliano Della Torre