

DELIBERA N. 195/2019
XXX / WIND TRE (GU14/66667/2019)

Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del Corecom Emilia-Romagna del 18/12/2019;

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”*;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re.Com.)”;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante *“Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”*;

VISTA la delibera n. 296/18/CONS, recante *“Modifiche alla delibera n. 203/18/CONS con riferimento all’entrata in funzione della piattaforma ConciliaWeb”*;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS, del 12 luglio 2018, recante *“Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma ConciliaWeb, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom”*;

VISTA la delibera n. 347/18/CONS, recante *“Modifica del Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all’Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS”*;

VISTA la delibera 353/19/CONS, recante *“Modifica del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”*;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l'Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblies legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l'istanza di BRIGHI del 10/01/2019 acquisita con protocollo n. 0009922 del 10/01/2019;

VISTA la Relazione istruttoria del Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

UDITA la relazione svolta nella seduta del 18/12/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'utente, a seguito dell'udienza di conciliazione tenutasi il giorno 16/10/2018, nella propria istanza lamenta che in data 15/01/2018 Wind Tre X (di seguito, Wind) interrompeva il servizio fornito sull'utenza mobile a lui in uso disattivando la sim. L'utente riferisce di aver seguito le procedure indicate dall'operatore per recuperare la numerazione *de qua* ("ho acquistato una nuova scheda TRE in data 25/01/2018 e poi ho richiesto la portabilità in data 31/08/2018", *n.d.r.* 31/01/2018), ma che nonostante ciò l'utenza non veniva riattivata e le varie comunicazioni da lui inviate a mezzo pec rimanevano senza risposta. La problematica si risolveva solo in agosto 2018 a seguito della presentazione da parte dell'utente dell'istanza GU5 dinanzi l'intestato Corecom. Da quel momento, però, l'utenza funzionava solo parzialmente e subiva problemi di ricezione ("il chiamante riceve un messaggio di numero inesistente"), tuttora presenti. Sulla base della ricostruzione effettuata, l'istante richiede: a) riattivazione del servizio in entrata b) corresponsione della somma di € 300 per ogni giorno di disservizio, per il danno causato, per complessivi € 109500. Con memoria di replica l'istante contesta le eccezioni sollevate in rito dall'operatore dichiarando che le proprie contestazioni e richieste sono sempre state le medesime, ossia "che gli venisse riattivata la linea, come per legge, avendo fatto tutto il dovuto nei termini richiesti da Wind, ed inoltre il pagamento dei danni, maturati per ogni giorno di danno/disservizio" e precisa che "al momento della stesura del modulo GU14 il disservizio era totale, cioè il numero non funzionava né in chiamata né in ricezione", mentre al momento della stesura del modulo GU5 "il numero poteva chiamare ma non ricevere (danno peraltro ben più grave dell'altro)". L'istante insiste inoltre nel sottolineare come Wind non abbia mai riscontrato le sue comunicazioni e non abbia provveduto a risolvere la problematica nemmeno in occasione dell'udienza di conciliazione. Rispetto al precedente episodio dedotto in controversia nel 2016 l'istante evidenzia che l'operatore aveva disattivato il numero senza previa comunicazione,

causandogli lo stesso tipo di danno/disservizio, e che tale contenzioso “non è ancora risolto”.

2. La posizione dell'operatore

Con propria memoria difensiva l'operatore chiede che preliminarmente venga accertata la coincidenza fra le odierne richieste e quelle di cui al prodromico procedimento di conciliazione evidenziando che nel GU14 l'istante indica “...risolvere il danno di riattivarmi la funzione di ricezione delle chiamate...”, mentre nell'UG chiedeva unicamente che venisse recuperata l'utenza *de qua*. Sempre in via preliminare l'operatore eccepisce l'inammissibilità della richiesta di risarcimento del danno, che esula dalle competenze dell'Autorità ai sensi dell'art. 20 del Regolamento. Nel merito Wind chiede il rigetto delle domande avanzate da controparte facendo presente, innanzitutto, che la sim aveva una durata di 12 mesi più 1 dall'attivazione, o comunque dall'ultima ricarica, come indicato all'art. 17 della Carta Servizi. L'operatore evidenzia di aver legittimamente proceduto alla disattivazione dell'utenza in data 15/01/2018 poiché l'istante, avvisato con sms il 04/12/2017 della scadenza della sim alla data del 02/01/2018, non effettuava alcuna ricarica. Wind precisa di aver poi riattivato l'utenza il 19/06/2018 a seguito dell'istanza GU5 presentata dall'utente e di aver formulato un'offerta conciliativa (storno integrale dell'insoluto e corresponsione di € 150) in occasione dell'udienza di conciliazione tenutasi il 16/10/2018, non accettata dall'utente. Secondo quanto rappresentato dall'operatore “l'istante era a conoscenza della validità della sim in quanto oltre ad essere indicata nella Carta Servizi, veniva anche debitamente allertato attraverso un messaggio; inoltre, per la medesima fattispecie, già nel 2016, a seguito della disattivazione della sim per scadenza avvenuta in data 15/09/2015, l'istante esperiva un tentativo di conciliazione. La controparte quindi reiteratamente assumeva un atteggiamento disinteressato, lasciando trascorrere mesi senza effettuare alcuna ricarica, provocando quindi più volte la disattivazione della numerazione con aggravio per la scrivente che di contro con atteggiamento collaborativo si mobilitava più volte alla riattivazione della stessa”.

3. Motivazione della decisione

Alla luce delle risultanze istruttorie le richieste formulate dalla parte non possono essere accolte come di seguito precisato. Giova premettere che l'eccezione sollevata da Wind circa l'inammissibilità della richiesta risarcitoria avanzata da controparte non è fondata in quanto, secondo l'orientamento dell'Autorità, le domande formulate dall'utente devono essere interpretate in ottica di *favor utentis* al di là della qualificazione giuridica che ne sia data. Questo comporta che la richiesta di “risarcimento del danno”, qualora sia la sola dedotta in controversia, vada intesa quale richiesta di ristoro per il disagio patito e possa essere legittimamente trattata nel merito, pur se ricondotta all'ambito di applicazione di cui all'art. 20 del Regolamento - e cioè interpretata in termini di indennizzo e non di risarcimento del maggior danno, con conseguente irrilevanza di tutti i profili dedotti dall'istante riguardanti, ad esempio, l'utilizzo della risorsa di natura consumer per scopi lavorativi. Sempre in via preliminare, rispetto al precedente tentativo di conciliazione esperito dall'utente nel 2016 preme evidenziare che, sul piano formale, trattasi di procedimento introdotto con istanza del 04/08/2016 e regolarmente concluso con verbale di mancato accordo del 23/11/2016 (prot. AL/2016/0054351 del 23/11/2016), cui l'utente non ha fatto seguire, pur potendolo fare in relazione a tutte le sue doglianze, alcuna istanza di definizione della controversia. Nessuna questione si pone, dunque, in

relazione a tale procedimento, se non in termini di valutazione della condotta dell'utente come meglio evidenziato al punto che segue. Infine, sempre in rito si ritiene di accogliere l'eccezione di inammissibilità sollevata da Wind rispetto alla questione dello scorretto funzionamento della linea in ricezione in quanto la stessa, sebbene sia stata azionata a mezzo dell'istanza di provvedimento temporaneo ex art. 5 del Regolamento in pendenza della domanda di definizione, non era oggetto del contendere del prodromico tentativo di conciliazione (formulario UG) né della collegata istanza d'urgenza (formulario GU5), in violazione del disposto di cui all'art. 14 del Regolamento. Secondo l'orientamento dell'Autorità, infatti, la questione promossa deve essere sostanzialmente la stessa in primo ed in secondo grado in quanto, se così non fosse, all'utente verrebbe consentito di aggiungere fatti e doglianze nuove ed aggirare il principio di obbligatorietà del tentativo di conciliazione. Nel caso in esame l'utente, oltre ad un rimborso giornaliero per il danno patito, chiedeva in prima istanza a giugno 2018 la riattivazione della sim ed il recupero della numerazione e chiedeva in seconda istanza a gennaio 2019 la risoluzione del malfunzionamento del servizio voce in ricezione a seguito dell'avvenuta riattivazione della sim, problematica quest'ultima diversa, ulteriore e nuova rispetto a quella vantata con la precedente domanda, che non può dunque essere trattata in questa sede. Stante quanto rilevato si dichiara inammissibile la domanda avanzata sub a) che, per l'effetto, viene respinta. Venendo alla materia del contendere, dall'istruttoria condotta è emersa innanzitutto la necessità di ricostruire l'intera vicenda anche avendo riguardo agli atti dei due procedimenti introdotti con formulario GU5, sia in pendenza del tentativo di conciliazione che in pendenza dell'odierna definizione. Ebbene, in primo luogo è bene sottolineare che la disattivazione della scheda sim in questione è avvenuta legittimamente a fronte della mancata ricarica da parte dell'utente nel termine contrattualmente previsto e del preavviso (documentato da Wind) inviatogli tramite sms. L'operatore, infatti, chiarisce che la sim *de qua* aveva una durata di 12 mesi più 1 dall'attivazione o comunque dall'ultima ricarica e che l'utente effettuava l'ultima ricarica in data 04/11/2016 e riceveva il 04/12/2017 un sms con cui veniva chiaramente informato che la sim sarebbe scaduta il 02/01/2018 e che, in difetto di ricarica, la stessa sarebbe stata disattivata, come in effetti avveniva il successivo 15 gennaio. Al riguardo è bene richiamare il regolamento contrattuale che all'art. 5 delle condizioni generali di contratto prevede: "in caso di Servizi UMTS prepagati "3" fornirà al cliente i predetti Servizi UMTS per periodi di 12 (dodici) mesi decorrenti dal giorno di attivazione della SIM o dall'ultima operazione di pagamento ("ricarica"). Trascorso detto periodo, "3", previa comunicazione al cliente a mezzo SMS, si riserva di disattivare la SIM, con diritto del cliente alla restituzione del solo credito residuo" e che, analogamente, all'art. 17 della carta servizi dispone: "la cadenza di rinnovo delle offerte/opzioni, la fatturazione nonché l'addebito del relativo costo, è su base mensile. L'attuale durata della carta prepagata consumer è di 12 (dodici) mesi dall'ultima operazione di pagamento (ricarica) o dalla data di attivazione del contratto. Trascorso detto periodo, "3" procederà con la disattivazione della SIM, previa comunicazione, con diritto alla restituzione del solo credito residuo e alla riattivazione della SIM con la medesima numerazione, se richiesto entro 24 (ventiquattro) mesi dall'ultima ricarica. Per la riattivazione della numerazione occorre essere in possesso di un'altra SIM "3" presente sulla medesima anagrafica, anche di nuova attivazione". Ferme restando le richiamate disposizioni, si ritiene che la vicenda in esame debba essere valutata alla luce degli obblighi contrattualmente assunti dalle parti rispetto alla durata della sim ricaricabile e, più in generale, alla luce dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1173 c.c. e ss. All'operatore, in particolare, non può essere imputato alcun comportamento contrario a buona fede se si considera che: i) dopo aver opportunamente

preavvisato l'utente ha comunque proceduto alla disattivazione dell'utenza in un lasso di tempo tale da consentirgli, volendo, di attivarsi per regolarizzare la propria posizione ii) agli atti del procedimento *ex art. 5* del Regolamento collegato alla domanda di conciliazione (memoria del gestore del 20/06/2018, prot. AL/2018/0038731) si legge che “si sta verificando, in via eccezionale, se tecnicamente è possibile recuperare la numerazione” ed altresì nella schermata del 03/07/2018 allegata in copia dal gestore alla propria memoria difensiva si legge che “trattandosi di una disattivazione legittima per scadenza prepagata rappresento che il caso non è di facile risoluzione e le verifiche di fattibilità sono ancora in corso, ho nuovamente sollecitato il reparto competente”, con la conseguenza che l'arco di tempo intercorso appare giustificato e non riconducibile a inerzia o inadempimento iii) ha infine provveduto alla riattivazione dell'utenza e al recupero della numerazione in uso all'utente, tenendolo altresì indenne da costi in quanto ha dichiarato di aver erogato una ricarica dell'importo di € 15 “da utilizzare quale costo di sostituzione”, come emerge dalla schermata gestionale dell'01/08/2018 parimenti versata agli atti dal gestore iv) da ultimo, in sede di udienza di conciliazione ha offerto all'utente, oltre allo storno integrale dell'insoluto, la somma di € 150, che quest'ultimo non ha accettato. Al contrario la condotta della parte istante (che peraltro non era estranea all'odierna fattispecie essendosi già verificato nel 2015 un episodio di disattivazione per scadenza della stessa sim *de qua*) non può dirsi connotata da altrettanta diligenza atteso che la stessa: i) dimostrava mero disinteresse verso la fruizione del servizio in relazione allo stato di inattività della sim rimasta “dormiente” per molti mesi, come emerge dalla schermata con il dettaglio delle movimentazioni e delle ricariche effettuate sulla scheda prodotta dal gestore ii) lasciava consapevolmente ed arbitrariamente scadere la sim, pur a fronte di adeguato e tempestivo preavviso iii) ne richiedeva a posteriori l'immediata riattivazione senza tenere conto né delle tempistiche tecniche né della ratio sottesa alle condizioni di utilizzo e di durata della sim stessa cui si era contrattualmente obbligata. Giova ricordare in proposito che, in base all'orientamento dell'Autorità, la disattivazione di una scheda sim può ritenersi legittima – con la conseguenza che nessun indennizzo è dovuto all'utente – laddove l'operatore abbia rispettato le previsioni contrattuali che sanciscono a carico dell'utenza oneri di ricarica o di utilizzo della sim stessa al fine di non incorrere nella disattivazione. Quando, come nella fattispecie, il contratto preveda limitazioni all'utilizzo della sim nel periodo precedente alla scadenza (per esempio, dopo dodici mesi dall'ultima ricarica è previsto un ulteriore mese in cui la sim può soltanto ricevere) l'operatore dovrà dimostrare di aver ottemperato a tali previsioni e di aver opportunamente allertato l'utente, con un congruo preavviso, dell'imminente scadenza del periodo di validità del servizio, offrendogli, quindi, la possibilità di evitare una simile evenienza. Ne consegue che la facoltà contrattualmente prevista di richiedere anche dopo la scadenza la riattivazione della sim deve essere interpretata come residuale rispetto alla ratio del contratto, le cui disposizioni sono volte a rendere l'utente prontamente informato sullo stato della propria scheda e, dunque, a consentirgli di effettuare una eventuale ricarica ed evitare la scadenza della sim. Inoltre, e non da ultimo, si osservi come un tale meccanismo sia teso a tutelare l'interesse degli utenti alla conservazione della numerazione in uso, nel rispetto degli obblighi di trasparenza e della prassi che caratterizza il settore delle telecomunicazioni secondo la quale l'operatore, a prescindere da uno specifico obbligo contrattuale, prima di procedere alla disattivazione deve comunque fornire all'utente un'idonea e tempestiva informativa, in modo che quest'ultimo possa essere messo in condizione di valutare se proseguire nel rapporto contrattuale (effettuando appunto una ricarica a pagamento, come previsto) ovvero se acconsentire alla disattivazione, con la probabile conseguente perdita della numerazione

in uso. Pertanto, ove risultino rispettate le predette condizioni, come nel caso di specie, non risulta possibile rinvenire in capo all'operatore alcuna responsabilità per inadempimento atteso che la riattivazione della sim, esigibile solo ove tecnicamente possibile, è stata garantita all'utente. Sulla scorta dell'inquadramento che precede si ritiene che la condotta di Wind non determini per l'utente il diritto alla liquidazione di alcun indennizzo con conseguente rigetto della domanda avanzata sub b).

Per questi motivi, il Corecom all'unanimità

DELIBERA

1. il rigetto dell'istanza presentata da Brighi, nei confronti della società Wind Tre X per le motivazioni di cui in premessa.

2. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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 sul sito *web* dell'Autorità.

Bologna, 18/12/2019

IL PRESIDENTE

Stefano Cuppi