

Co.Re.Com. Cal/Ba

DELIBERAZIONE N.147

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA –CONSORZIO OLIVICOLO c/
VODAFONE OMNITEL Utenza principale n. xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 17/07/2014, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

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

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

la legge 14 novembre 1995, n. 481, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

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

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

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com." e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e succ. modif. ed int.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico" ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

l'Accordo quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 18 dicembre 2013, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 54928, con cui il ricorrente, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con la Vodafone; 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 febbraio 2014 (prot. n. 7057), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15, del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

la nota del 13 marzo 2014 (prot.n. 11873), con cui il Responsabile del procedimento definitorio ha comunicato alle parti, l'avviso di convocazione in udienza.

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

L'istante, ha promosso dinanzi a questo Co.Re.Com., procedimento di conciliazione contro l'operatore Vodafone Omnitel, che si è concluso con un verbale di mancato accordo tra le parti.

Dagli atti del procedimento è emerso che:

- Il numero di rete fissa intestato al Consorzio Olivicolo xxx, è stato ripetutamente sospeso sia in entrata che in uscita;
- con la ricezione di alcune fatture l'istante ha riscontrato l'applicazione di importi per servizi non richiesti, nonché l'applicazione di un piano tariffario che non corrispondeva a quello convenuto;
- il servizio risulta non più attivo dal settembre 2013.

Con istanza di definizione della controversia, il ricorrente ha chiesto pertanto: *"l'annullamento delle fatture AD 15253004 e AD 12192803; la rescissione immediata del contratto"*.

In seguito all'avvio del presente procedimento, sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari. L'operatore ha prodotto memoria difensiva a supporto della propria posizione. Con la stessa ha

precisato che l'utenza in oggetto è attiva, così come in precedenza comunicato, attraverso note al procedimento GV5. Ha chiesto che venga dichiarata l'inammissibilità della domanda per genericità e indeterminatezza delle richieste. Inoltre ha ribadito la regolarità degli importi fatturati. La fattura contestata di importo pari a Euro 13.927,87, contiene costi per sms con ricevuta di ritorno inoltrati dall'estero e non inclusi nell'offerta. Ad oggi l'istante ha un insoluto pari a Euro 16.930,28.

Ha chiesto infine, nella denegata ipotesi in cui il Co.Re.Com. adito ritenesse fondata l'istanza dell'utente, di determinare in via equitativa l'indennizzo tenuto conto del comportamento del ricorrente e del suo concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 c.c. nella determinazione del disservizio.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14, del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile. Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno.

L'udienza di discussione si è tenuta il 31 marzo 2014, le parti si riportavano ciascuna ai propri scritti difensivi. Il signor xxx rappresentante legale del Consorzio istante, ha ribadito l'irregolarità della fattura contenete costi per invio sms dall'estero per un importo pari a Euro 13.000,00. Ha depositato denuncia querela contro ignoti, reclami inviati al gestore e lettera di recesso dal contratto. L'avvocato della Vodafone ha ribadito la regolarità del traffico sms generato ed ha eccepito la tardività del deposito della documentazione acquisita. E' stato concesso in tale sede alla Vodafone il termine di 20 giorni al fine di spiegare la modalità di attivazione del servizio "ricevuta di ritorno degli sms" che ha generato tale traffico anomalo e infine, si rimetteva il fascicolo per la definizione.

La Vodafone con proposta transattiva inviata alla parte ricorrente successiva all'udienza, si rendeva disponibile ad annullare l'importo contestato pari a euro 13.000,00 a fronte del pagamento della somma residua da parte istante. Tale soluzione bonaria non è stata accettata da Consorzio Olivicolo xxxxxxx.

2. Riguardo al merito.

2.1 Sulla richiesta di annullamento degli importi fatturati.

L'istante ha lamentato l'applicazione di un profilo tariffario differente da quello prescelto al momento della stipula del contratto, nonché l'addebito dell'importo pari a Euro 10.633,79, oltre iva quali spese per l'invio/ricezione di sms e sms ricevuta di ritorno inviati dall'estero. Tale circostanza è stata prontamente contestata tramite missiva dal legale rappresentante del Consorzio, il quale ha richiesto l'immediato annullamento della fattura contestata. Lo stesso ha ribadito che il traffico anomalo, relativo all'invio di circa 67.000 sms nazionali e internazionali, non è stato generato dall'uso del terminale, ma da un'anomalia della linea telefonica o da un virus.

E' stata inoltre contestata la fattura di importo pari a Euro 1.069,26, in quanto contenente importi non corrispondenti al servizio richiesto.

A fronte delle contestazioni effettuate dalla società ricorrente, spettava all'operatore provare di aver legittimamente addebitato gli importi in quanto dovuti e di aver agito secondo le norme contrattuali.

A questo proposito, giova ricordare anche che, come più volte ribadito da Agcom (cfr per tutte Delibera 29/12/CIR) "in caso di rituale contestazione, nelle forme previste dal contratto, di traffico anomalo ...

l'operatore deve fornire la prova della debenza delle somme, pena il diritto per l'utente allo storno delle fatture e/o al rimborso degli importi eventualmente versati. In giurisprudenza è, infatti, ormai pacifico che l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico; la fattura resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali (Cass. Civ. sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947). Sussiste, quindi, in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313): le risultanze del contatore centrale non costituiscono quindi piena prova se contestate ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, a fini probatori, di ulteriori elementi (Cass. Civ. 8 luglio 1994, n. 6437).

Nel caso de quo, risulta agli atti contestazione in merito agli importi fatturati; mentre il gestore si è limitato ad ribadire la legittimità di tali importi.

Pertanto, alla luce di quanto sostenuto rispetto alla domanda del ricorrente, diretta ad ottenere l'annullamento totale delle fatture n. AD 15253004 e AD 12192803, la stessa deve essere accolta parzialmente.

Dagli atti e dalla sintetica descrizione dei fatti prospettata dal ricorrente, non è possibile desumere il costo che lo stesso avrebbe dovuto pagare per il profilo tariffario prescelto (a fronte dell'utilizzo della rete fissa e mobile nonché dei terminali dati in uso), né l'importo contestato, ad eccezione della somma per traffico anomalo generato. Lo stesso gestore, si è limitato a sostenere la correttezza degli importi.

Pertanto, si ritiene di dover annullare la somma pari a Euro 10.663,79 oltre Iva in quanto traffico anomalo generato e prontamente contestato dal ricorrente. L'importo residuo della fattura n. AD 15253004, e l'importo totale della fattura n. AD 12192803, pari a Euro 1.069,26, vanno annullati da parte del gestore telefonico nella misura del 50%.

Si riconosce all'istante inoltre la possibilità di esercitare il diritto di recesso senza penali, qualora le condizioni contrattuali non corrispondano alle sue aspettative.

Il ricorrente quindi è tenuto al pagamento della somma corrispondente al 50% dell'importo sopra determinato.

2.2 Sulla richiesta di indennizzo a seguito di sospensione delle utenze senza preavviso.

La questione qui esaminata ha per oggetto alcuni asseriti inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore Vodafone, e cioè la richiesta di indennizzo per sospensione ripetuta dei servizi lamentata dall'istante.

L'istante ha lamentato la sospensione della propria linea telefonica di rete fissa e delle sim aziendali, senza preavviso, tuttavia, pur avendo lamentato con reclamo la sospensione dei servizi, non ha indicato i giorni di disservizio, per cui dal tenore della missiva emerge che tale sospensione si sia protratta per un giorno.

Entrando nel merito della controversia, per delineare il quadro normativo di riferimento, entro il quale valutare la condotta dell'operatore, è opportuno richiamare innanzitutto il principio fondamentale in materia di qualità dei servizi di telecomunicazioni, stabilito dall'art. 3, comma 4, Del. AGCOM 179/03/CSP, che pone in capo agli operatori l'obbligo di fornire i servizi "in modo regolare, continuo e senza interruzioni". Le uniche eccezioni a tale principio riguardano le interruzioni dovute a interventi tecnici di manutenzione e riparazione (la cui legittimità è peraltro subordinata all'adempimento di una serie di oneri preventivi in capo all'operatore) e i casi tassativamente indicati dall'art. 5 del *Regolamento* (all. A, Del. 173/07/CONS), ovvero sia le ipotesi di *force majeure*, ripetuti ritardi nei pagamenti o ripetuti mancati pagamenti (da intendersi secondo le indicazioni espressamente fornite dal comma 2, lett. a) e b) del citato art. 5), rispetto alle quali incombe comunque in capo all'operatore un preciso onere di

informativa ("Fermo restando l'obbligo di informare l'utente con congruo preavviso", così recita il comma 1 del citato art. 5), il cui mancato rispetto rende illegittima l'interruzione del servizio. Considerato che nel caso de quo, non è possibile determinare il periodo di eventuale malfunzionamento, la richiesta di indennizzo per sospensione ripetuta dei servizi lamentata dall'istante, è rigettata.

3. Sulle spese di procedura.

L'art. 19, al comma 6, del Regolamento allegato alla delibera Agcom n. 173/07/CONS, sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Non ricorrono le condizioni per il rimborso delle spese.

Per tutto quanto sopra esposto.

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge.

DELIBERA

In parziale accoglimento dell'istanza formulata dal signor Cofone D. A., **n. q. di rappresentante del Consorzio Olivicolo xxxx**, nei confronti della società Vodafone Omnitel, la stessa è tenuta a :

- annullare la somma pari a Euro 10.663,79 oltre Iva (diecimilaseicentosessantatre/79);
- annullare la somma corrispondente al 50% dell'importo residuo (decurtate le 10.663,79 oltre iva), della fattura n. AD 15253004;
- annullare la somma corrispondente al 50% dell'importo totale della fattura n. AD 12192803, pari a Euro 1.069,26.

Si riconosce all'istante inoltre la possibilità di esercitare il diritto di recesso senza penali, qualora le condizioni contrattuali non corrispondano alle sue aspettative.

- Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o di rimborso dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/CONS.;
- Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259";

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

Il gestore è tenuto a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima;

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

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

I Componenti

F.to Prof. Carmelo Carabetta

F.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

F.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

F.to Avv. Rosario Carnevale