

Co.Re.Com. Cal./BA

DELIBERAZIONE N. 54

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA- xxxx PERROTTA/ WIND TELECOMUNICAZIONI xxx.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 27/03/2013, 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 ss.mm. e ii.;

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 ss.mm. e ii.;

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 10 dicembre 2012, rubricata al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 53775, con cui il signor Perrotta xxx ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con la Società Wind Telecomunicazioni xxx. 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 ss. mm. e ii.;

la nota del 20 dicembre 2012, prot. n. 55958, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

la nota di convocazione del 13 febbraio 2013 prot. n. 7857, con cui il responsabile del procedimento definitivo ai sensi dell'art. 15 comma 2 dell'anzidetto Regolamento, ha invitato le parti a comparire alla relativa udienza di discussione;

la nota del 14 febbraio 2013 prot. 7948, con cui la società Wind, ai sensi dell'art. 9, comma 2 dell'anzidetto Regolamento ha chiesto di partecipare all'udienza in modalità audio/videoconferenza;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il signor Perrotta xxxx, ha promosso dinanzi al Co.Re.Com. Calabria, il 7 agosto 2012 procedimento di Conciliazione contro l'operatore Wind Telecomunicazioni xxx., avente ad oggetto: "sospensione servizio fonia/adsl per cause amministrative, addebito somme in contestazione". A seguito della mancata conciliazione, ha introdotto il presente giudizio, rappresentando quanto segue:

- 1) il ricorrente è titolare di contratto telefonico " All inclusive Silver", per la propria utenza mobile, il quale prevede a fronte della corresponsione della somma di euro 32 mensili, la fruizione di 800 minuti al mese per chiamate, 800 sms e traffico internet;
- 2) il gestore ha emesso due fatture con costi diversi da quanto contrattualmente previsto. Tali fatture non sono state mai inviate all'istante, nonostante i numerosi solleciti (anche a mezzo fax) dallo stesso effettuati;
- 3) nonostante i reclami inoltrati, la Wind, ha sospeso arbitrariamente la linea;
- 4) il ricorrente ha sostenuto che ha una posizione creditoria da far valere nei confronti di Wind.

Sulla scorta di tali premesse, il signor Perrotta, ha richiesto con istanza di definizione della controversia che gli venga riconosciuto il:

- diritto all'annullamento di tutte le fatture in contestazione con conseguente ripetizione in favore dell'istante di quanto indebitamente corrisposto....
- il riconoscimento di indennizzi per ingiustificata sospensione....
- rimborso spese di procedura;
- indennizzi per mancata risposta ai reclami".

In seguito all'avvio del procedimento, avvenuto il 20 dicembre 2012, la Wind nel rispetto dei termini assegnati, ha prodotto memorie e documenti. In particolare l'operatore, contesta le domande del ricorrente, eccependo in particolare che:

- 1) il cliente, il 21 aprile 2012 ha reclamato per il tramite del servizio clienti la fattura n. 8804017615;
- 2) il successivo 16 maggio, la Wind ha inviato all'istante sollecito di pagamento;
- 3) il 23 maggio, l'8 e il 16 giugno 2012 ha provveduto a contattare il cliente per fare presente il mancato pagamento degli importi;
- 4) il 14 giugno perdurando la morosità il servizio è stato sospeso;
- 5) il 18 giugno 2012 l'istante ha trasmesso comunicazione con la quale ha comunicato il pagamento della fattura sollecitata e lo stesso giorno il servizio è stato riattivato;
- 6) nelle more ha proceduto a migrare ad altro operatore, con processo concluso il 26 giugno.

Con memorie di replica, ad integrazione di quanto già affermato con istanza di definizione ed in risposta alla memoria difensiva depositata dal gestore, il ricorrente ha precisato che: la Wind ha allegato alle proprie memorie un'unica fattura e precisamente la n. 8804017615, mentre non ha prodotto le altre contestate e mai pervenute all'istante. Ha richiamato in riferimento alla contestazione delle fatture l'orientamento giurisprudenziale consolidato (Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006), secondo il quale 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.....resta quindi rettificabile in caso di divergenza con i dati reali.....". Richiama ancora l'art. 3, comma 6, della Delibera 126/07/CONS, secondo cui: "nel caso di opzioni o promozioni che a titolo oneroso diano luogo al diritto di usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, l'operatore di telefonia informa il consumatore, in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità, dell'imminente ripristino delle condizioni economiche previste dall'offerta precedentemente sottoscritta". Il signor Perrotta ha sostenuto di non essere stato preavvisato dalla Wind.

Chiede infine, che l'operatore venga condannato al pagamento degli indennizzi per come richiesto in atti. Per la presente procedura, si è tenuta udienza di discussione il 27 febbraio 2013, in cui l'operatore telefonico ha partecipato in modalità audio conferenza. Le parti, dopo aver esposto le reciproche posizioni, non hanno raggiunto un accordo. Il rappresentante del gestore, ha proposto a titolo transattivo la somma omnicomprensiva di Euro 500,00, pari al rimborso fatturato ed oggetto di contestazione e per mancata risposta ai reclami. Il rappresentante del ricorrente non ha accettato.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. Si rammenta, altresì, 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, giacché è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Tuttavia, resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno.

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale: entrambe le parti hanno aderito all'udienza di conciliazione e definizione.

2. Riguardo al merito

2.1 Sulla richiesta di indennizzo per sospensione della linea

In base alla documentazione disponibile in atti, deve evidenziarsi che la vicenda oggetto della presente disamina, si incentra sulla contestazione di fatturazione "a consumo" di traffico "extra soglia" e sulla sospensione del servizio.

L'istante chiede un indennizzo per ingiustificata sospensione della propria utenza mobile per 33 giorni, in quanto la Wind, in costanza di reclamo (circa gli importi addebitati in fattura), ha prima sollecitato e poi sospeso l'utenza del signor Perrotta.

Considerato che sulla presenza di reclami/contestazioni effettuate dall'istante sul mancato invio delle fatture e della richiesta del dettaglio del traffico voce generato, non vi è contestazione da parte della Wind, il comportamento dalla stessa tenuto in ordine alla sospensione dell'utenza è da ritenersi illegittimo. La stessa sospensione dell'utenza è avvenuta su una pretesa creditoria ingiustificata per la parte riguardante il traffico "extra soglia".

Quanto alla misura dell'indennizzo, si ritiene pertinente l'art. 4 comma 1, della Delibera n.73/11/CONS, rubricato "indennizzo per sospensione o cessazione del servizio", il quale al comma 1, stabilisce un indennizzo giornaliero pari a € 7,50 per ogni giorno di sospensione del servizio senza che ve ne fossero i presupposti".

Nel caso di specie, deve essere calcolato dalla data del 14 giugno 2012, data di sospensione, alla data del 26 giugno 2012, data di presentazione della richiesta di migrazione della linea, per complessivi 12 giorni per un totale di Euro 90,00 (novanta/00).

2.2 Sulla richiesta di ripetizione degli importi fatturati

Dall'esame della documentazione prodotta, il contratto di abbonamento che il signor Perrotta ha stipulato, concerne l'attivazione del Piano tariffario "All inclusive Silver" con l'operatore Wind, per la propria utenza mobile, il quale prevede a fronte della corresponsione della somma di euro 32 mensili, la fruizione di 800 minuti al mese di chiamate, 800 sms e traffico internet.

Stando alle memorie del ricorrente, le fatture, non sono state mai inviate all'istante, per cui si è visto costretto a pagare gli importi che gli ha comunicato il servizio clienti. Ha più volte sollecitato l'invio delle stesse comprensive del dettaglio inerente al traffico voce, ma non ha mai ricevuto nulla. Al riguardo, la Wind, nella propria difesa, parla solo di legittima sospensione del servizio per morosità in quanto preavvisata.

Nel merito, al fine di chiarire le posizioni oggetto della presente disamina, occorre richiamare la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ed al principio più volte affermato dalla consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. II 20 gennaio 2010 n. 936), 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 può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente assumere tale inesattezza, gravando sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

Ed ancora quanto disposto dall'art. 3, comma 6, della delibera 126/07/CONS, secondo cui "Nel caso di opzioni o promozioni che a titolo oneroso diano luogo al diritto di usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, l'operatore di telefonia informa il consumatore, in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità, dell'imminente ripristino delle condizioni economiche previste dall'offerta precedentemente sottoscritta".

Da ciò consegue che, in caso di offerte che prevedono la possibilità di fruire di una determinata quantità di servizi, in termini di tempo o di volume, per un certo periodo di tempo ad un prezzo predefinito, l'operatore deve fornire idoneo preavviso all'utente circa l'imminente raggiungimento del limite prestabilito e una adeguata informativa sulla conseguente fatturazione aggiuntiva in caso di superamento del predetto limite. In mancanza di tali comunicazioni, gli importi addebitati all'utente con fatturazione "a consumo" per servizi fruiti "extra soglia", sono da considerarsi illegittimi. E' dunque possibile rilevare a carico dell'operatore Wind la responsabilità in ordine alla illegittima fatturazione degli importi contestati. Perciò, a fronte della contestazione effettuata dal signor Perrotta, spetta all'operatore provare di aver legittimamente addebitato gli importi in quanto dovuti. Infatti non si può riconoscere alle fatture emesse prova della somministrazione dei servizi: *"per la sua formazione ad opera della stessa parte che intende avvalersene non può assurgere a prova del contratto...mentre nessun valore neppure indiziario le si può riconoscere in ordine alla rispondenza della prestazione stessa a quella pattuita"*(Cassazione Civile, Sez. III, 3.4.2008, n. 8549; ...)".

In considerazione di quanto sopra esposto, la richiesta dell'istante in ordine alla restituzione/storno degli importi eccedenti addebitati a titolo di traffico "extra soglia" è accolta anche in considerazione della richiesta di parte istante di poter disporre dei tabulati in chiaro di tutte le fatture contestate mai ottemperato da parte del gestore. La Wind pertanto dovrà così provvedere: stornare dalla fattura n. 8804017615 di Euro 334,74 e n.

8807701382 di Euro 250,02 le somme che effettivamente il signor Perrotta avrebbe dovuto pagare, cioè Euro 32 mensili, per un totale di Euro 128,00.

Inoltre, è tenuta a restituire le somme pagate dal signor Perrotta seguito fattura n. 8812666666 del 6 settembre 2012 pari a Euro 5,16 e fattura n. 8811386657 del 23 agosto 2012 pari a Euro 93,33.

Pertanto, la richiesta formulata dal ricorrente di restituzione degli importi pagati è accolta per la somma di Euro 555,25 (cinque centoventicinque /25).

3. Mancata risposta reclami

La domanda dell'utente è fondata per le seguenti ragioni. Vi è traccia documentale in ordine al reclamo che l'istante ha inviato nel corso del rapporto contrattuale; ossia il 16 maggio 2012. Reclamo con cui ha contestato gli importi addebitati con fatture emesse da parte della società Wind e ha chiesto l'inoltro delle stesse, nonché l'indicazione dettagliata del traffico generato al fine di poter verificare l'attendibilità dei dati.

Inoltre, dei precedenti reclami effettuati per il tramite del servizio clienti, si ritiene di dover considerare quale reclamo anche la segnalazione ricevuta da Wind il 21 aprile 2012, come lo stesso sostiene nelle proprie memorie.

Si ribadisce, anche con riferimento all'indennizzo per mancata risposta al reclamo, che nella determinazione della misura dell'indennizzo non si può prescindere dalla valutazione complessiva della fattispecie e dalle ripercussioni che, secondo un criterio di ragionevolezza, possono essere derivate dal difetto di interlocuzione, dovendosi impedire che da tale incomunicabilità con l'operatore – certamente imputabile a quest'ultimo in quanto soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato – possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate.

Si rileva, che non è stata data all'istante un'informazione chiara e precisa, del mancato invio delle fatture e del traffico fuori soglia generato.

Alla luce di tali considerazioni, questo Comitato, ritiene equo e proporzionale liquidare (ricordato che l'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche fa espresso riferimento all'equità), un indennizzo pari a Euro 200,00 (cento/00).

4. Con riferimento alle spese di procedura

L'art. 19, comma 6, del Regolamento sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione" e che "quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi" vadano comunque "rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, l'udienza di conciliazione e definizione si sono concluse con verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti e entrambe le parti hanno partecipato attivamente in tutte le fasi del contenzioso. Per quanto sopra precisato, si ritiene equo compensare le spese.

Per tutto quanto sopra esposto;

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., 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

L'accoglimento nei limiti esposti in motivazione dell'istanza presentata dal signor Perrotta xxx, per il che la società Wind Telecomunicazioni xxxx. è tenuta a corrispondere a favore dell'istante mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

- 1) indennizzo per sospensione della linea pari a Euro 90,00 (novanta/00);
- 2) rimborsare l'importo delle fatture contestate pari a Euro 555,25 (cinquecentocinquanta/25);
- 3) indennizzo per mancata risposta ai reclami pari ad Euro 200,00 (duecento/00);

Le spese di procedura sono interamente compensate tra le parti.

- 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;
- La società Wind Telecomunicazioni xxxx. è tenuta 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'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore del Co.Re.Com.

f.to Avv. Rosario Carnevale