

Determinazione 6/2013

Definizione della controversia XXX/Wind Telecomunicazioni XXX

IL DIRIGENTE

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*, in particolare l'art. 84;

VISTO il D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*;

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

VISTA la deliberazione A.G.Com. 173/07/CONS, *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (d'ora in avanti Regolamento);

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 la circolare A.G.Com. 11 febbraio 2011, n. 0006817 prot.;

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 Co.Re.Com. Lombardia 13 gennaio 2011 n. 1, con la quale il Comitato ha confermato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la delega per la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la deliberazione dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale 30 luglio 2013 n. 180, di conferimento al dott. Massimiliano Della Torre dell'incarico di dirigente dell'Ufficio per il Corecom;

VISTA la deliberazione Co.Re.Com. Lombardia 12 settembre 2013 n. 49, con la quale, ai sensi dell'art. 19, comma 7, deliberazione A.G.Com. 173/07/CONS, il Comitato ha delegato al Dirigente dell'Ufficio per il Corecom la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA l'istanza presentata in data 13 dicembre 2011, con cui il sig. 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 22 febbraio e 3 aprile 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 23 maggio 2012;

VISTO il verbale della suindicata udienza del 23 maggio 2012;

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

VISTA la proposta del funzionario incaricato dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia

In data 20 febbraio 2012 il sig. XXX presentava istanza di definizione (prot. n. 2012/1044) nei confronti di Wind contestando l'importo di €. 35,00 oltre iva riportato nella fattura n. 9910295583, emessa il 9 luglio 2011, e dell'importo complessivo pagato di €. 103,09, con la causale "costo per attività di migrazione servizio verso altro operatore" nonché la fattura n. 9913755170, non pagata, emessa il 10 settembre 2011, e dell'importo totale di €. 3,34, recante la causale "distribuzione degli elenchi telefonici". L'istante evidenziava di aver regolarmente pagato la predetta fattura n. 9910295583, in ordine alla quale riteneva non dovuto l'importo di €. 35,00 oltre iva, di cui chiedeva il rimborso alla luce delle Linee Guida emanate dalla

Direzione Tutela dei Consumatori di A.G.Com. con riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, commi 1 e 3, della Legge n. 40/2007.

In data 21/3/2012 Wind depositava la sua memoria difensiva (prot. n. 2012/5364), nella quale rilevava che:

- il 2/11/1998 veniva attivato il contratto per il servizio di fonia con l'utenza n. XXX e il 10/4/2006 veniva attivato il contratto per il servizio internet/adsl;
- il 17/6/2011 i predetti contratti venivano disattivati in conseguenza della migrazione dell'utenza interessata verso altro operatore (Vodafone);

e chiedeva il rigetto della richiesta di rimborso avanzata dall'utente relativamente all'importo di €35,00 quale costo per attività di migrazione servizio verso altro operatore, nulla osservando in merito alla seconda richiesta di storno della fattura n. 9913755170 di € 3,34.

La Wind, in particolare, asseriva che *"A.G.Com. ha avviato nel febbraio del 2009 un'istruttoria finalizzata ad acquisire il dettaglio dei costi sostenuti dagli operatori nell'effettuazione delle operazioni di migrazione e/o disattivazione. A valle di tale istruttoria, l'Autorità vigilante ha certificato i costi di Wind eliminando alcuni e riconoscendo altri. Wind ha provveduto di conseguenza a rimodulare i costi applicati alla clientela in fase di recesso e a pubblicarli nel sito istituzionale"*.

In data 21/3/2012 l'istante depositava la propria memoria difensiva (prot. n. 2012/5546), con la quale insisteva nella richiesta di rimborso della somme sopra indicata.

Motivi della decisione

La corretta valutazione della fattispecie in esame impone di tener presente la lettura congiunta delle diverse norme, di natura legislativa e regolamentare, coinvolte, e, dunque, di non consentire agli operatori condotte che disincentivino il recesso mediante l'imposizione di costi non contrattualmente previsti ovvero di costi che, in quanto non giustificati da spese effettivamente sostenute dall'operatore, si tradurrebbero in sostanza in "penali", non ammesse dalla normativa vigente. Trattandosi di contratti per adesione, sul punto si evidenzia che l'art.1, comma 3, L. 2 Aprile 2007 n. 40, *Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 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*, prevede che *"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 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"*.

In relazione alle previsioni di cui all'art.1, commi 1 e 3, di detta legge ed in ossequio a quanto disposto dall'art.1, comma 4, della legge medesima, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in avanti A.G.Com.) ha emanato le Linee Guida esplicative dei predetti precetti normativi, che, al punto 6, *Previsione nei contratti della facoltà di recedere o di trasferire le utenze di telecomunicazioni senza spese non giustificate da costi degli operatori*, dispongono: *"Dalla semplice lettura del contratto l'utente deve poter conoscere anche le eventuali spese richieste per l'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento, così da essere agevolato nell'esercizio di tali facoltà, potendone valutare le conseguenze sotto ogni profilo"*, che

“in ogni caso, l’utente non deve versare alcuna penale, comunque denominata, a fronte dell’esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento delle utenze, poiché gli unici importi ammessi in caso di recesso sono quelli giustificati da costi degli operatori. Nello svolgimento della propria attività, pertanto, la Direzione verificherà che gli operatori pongano a carico degli utenti (ove necessario) esclusivamente le spese per cui sia dimostrabile un pertinente e correlato costo dai primi sopportato per procedere alla disattivazione o al trasferimento”.

Inoltre esse dispongono: *“per essere in linea con l’intenzione della Legge n. 40/2007, il concetto di pertinenza del costo dovrà essere interpretato in senso oggettivo ed imparziale, valido per tutti gli operatori e secondo criteri di causalità/strumentalità dei costi/ricavi”.*

Infine, l’A.G.Com. precisa che *“nel settore delle telecomunicazioni merita una precisazione a parte il caso del passaggio degli utenti da un operatore ad un altro. In tale casistica di recesso – prevalente sul piano statistico – generalmente le attività di disattivazione della configurazione preesistente coincidono con le attività tecniche da effettuarsi in fase di attivazione dell’operatore che acquisisce il cliente. Esse sono dunque già remunerate da quest’ultimo. In tali casi, pertanto, eventuali costi di disattivazione posti a carico dell’utente non sono in linea di massima giustificati”.*

Peraltro, la Delibera A.G.Com. 41/09/Cons, *Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla Delibera n. 274/07/Cons ed alla portabilità del numero su rete fissa*, all’art. 6, *Costi connessi al trasferimento delle utenze*, dispone che: *“in caso di migrazione l’Operatore Donating non può porre in capo al proprio cliente alcun costo di cessazione correlato ai costi di cui sopra in quanto remunerati dall’Operatore Recipient”.*

In tema di onere probatorio, si evidenzia che, ai sensi dell’art. 2697, *Onere della prova*, Cod. civ., *“chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento; chi vuol far valere un fatto contrario deve provarlo”* e che, ai sensi dell’art. 116, *Valutazione delle prove*, Cod. proc. civ., *“il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo”.*

Tanto premesso, sussiste in capo all’operatore l’onere di provare il fondamento e l’esattezza dei dati posti a base della richiesta di pagamento indicata nella fattura in caso di contestazione da parte dell’utente, non essendo sufficiente indicare soltanto che *“l’Autorità vigilante ha certificato i costi di Wind eliminando alcuni e riconoscendo altri”* in quanto incombe sull’operatore l’onere di allegare e produrre, documentalmente, i fatti costitutivi indispensabili per l’individuazione specifica del diritto di credito invocato pari ad €. 35,00, a titolo di costo per attività di migrazione verso altro operatore ragion per cui, in mancanza di tale indicazione, la dichiarazione dell’operatore risulta insussistente nel caso in esame.

Pertanto, sul piano probatorio, la Wind avrebbe dovuto dimostrare l’equivalenza degli importi specificatamente fatturati rispetto alla predetta causale indicata in fattura ma, nella fattispecie, nulla in proposito è stato dimostrato dalla stessa (cfr. Delibera 126/10/Cir).

Al riguardo, si deve inoltre evidenziare che, poiché, in via generale, le attività di disattivazione della configurazione preesistente coincidono con le attività tecniche da effettuarsi in fase di attivazione dell'operatore che acquisisce il cliente, già remunerate da quest'ultimo, eventuali costi di disattivazione posti a carico dell'utente, in assenza di prova contraria, sono del tutto ingiustificati.

Nel merito si rileva che, di fatto, la Wind ha quantificato i costi di disattivazione in maniera forfettaria senza provare all'utente la loro pertinenza rispetto al preciso ammontare, venendo meno ai principi di buona fede, correttezza e trasparenza contrattuale, espressioni del medesimo principio per il quale nell'ambito delle obbligazioni e dei contratti sulle parti incombe il dovere di solidarietà sociale, in quanto le parti stesse appartengono ad una comunità, atteso che il predetto "*costo per attività migrazione servizio verso altro operatore*" non era stato previsto in sede di adesione contrattuale (sul punto, Delibere 63/12/Cir; 83/12/Cir; 84/12/Cir; 101/12/Cir).

Peraltro, in merito alla natura giuridica della bolletta telefonica, si evidenzia che, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (Cass. civ., sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947), 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; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali.

L'art. 1175 Cod. civ. prevede, inoltre, che il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza nello svolgimento del rapporto obbligatorio. La norma rappresenta una clausola aperta e generale del sistema ed è ribadita da diverse previsioni normative che ne costituiscono diretta applicazione: il principio di correttezza è infatti enunciato da tutta una serie di disposizioni in materia contrattuale, quali ad esempio quelle relative alle trattative (art. 1337 Cod. civ.), all'interpretazione (art. 1366 Cod. civ.) ed all'esecuzione del contratto (art. 1375 Cod. civ.), con riferimento ad un ambito che copre sia la fase statica, quanto la fase dinamica del rapporto obbligatorio. La buona fede contrattuale può quindi considerarsi come una *species* del più generale concetto di correttezza.

E' doveroso evidenziare che la condotta dell'operatore appare lesiva del diritto alla trasparenza, alla completezza, alla chiarezza cui deve essere ispirata qualsiasi informazione resa dall'operatore all'utente, in particolare con riguardo sia alla motivazione logico-giuridica del costo a carico dell'utente rispetto alle originarie condizioni contrattuali sia in relazione alla quantificazione economica dell'ammontare previsto per il compimento di asserite attività da parte dello stesso operatore in concomitanza con la richiesta di migrazione dell'utenza avanzata da un contraente alla luce di quanto disposto dagli artt. 3, 4, 5 e 7 Delibera 179/03/Csp, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249*", e dagli artt. 3 e 5 Delibera 96/07/Cons, *Modalità attuative delle disposizioni di cui all'art.1, comma 2, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 1*.

Peraltro, si evidenzia che, nelle Delibere 63/12/Cir e n.101/12/Cir, originatesi in seguito ad istanze di definizione presentate da utenti i quali, avendo inoltrato disdetta contrattuale per passaggio ad altro

operatore, ricevevano una fattura da parte dell'operatore contenente la richiesta di pagamento della somma di €. 35,00 a titolo di contributo di disattivazione, l'A.G.Com. precisava che: *“a prescindere dalla difformità del costo fatturato rispetto a quello sostenuto dall'operatore, si deve osservare che in considerazione del fatto che il predetto costo di disattivazione non è stato previsto in sede di adesione contrattuale, in quanto introdotto successivamente a far data dal 15 gennaio 2010, la Società, ancor prima di pubblicizzare l'introduzione dei relativi costi di disattivazione sul sito web, avrebbe dovuto informare dell'introduzione dei costi di disattivazione con preavviso dei 30 giorni ed indicazione della facoltà di recesso, in conformità a quanto previsto dall'art. 70, comma 4, del Decreto Legislativo del 1 agosto 2003 n.259. informativa quest'ultima che non può certamente essere soddisfatta da un'eventuale comunicazione in ordine alla modifica delle condizioni contrattuali, riportata in una precedente fattura, avvenuta sia pure con anticipo di 30 giorni rispetto al dies a quo di efficacia delle variazioni contrattuali”*.

Tanto premesso, risulta meritevole di accoglimento la richiesta formulata dall'utente di rimborso dell'addebito della somma di €. 35,00 oltre iva a titolo di “costo per attività di migrazione servizio verso altro operatore”.

In ordine alla richiesta di rimborso di €. 3,34 per “distribuzione elenchi telefonici” riportata dalla fattura n. 9913755170 emessa il 10/9/2011, si evidenzia preliminarmente che l'operatore non ha formulato alcuna argomentazione difensiva così da far ritenere non contestata la richiesta di storno della predetta fattura dell'importo complessivo di €. 3,34.

Nel merito, si evidenzia che l'operatore avrebbe dovuto quanto meno dimostrare la previsione di tale costo in sede di adesione contrattuale ovvero l'adempimento rispetto ai doveri di buona fede, correttezza e trasparenza dell'informazione precontrattuale e contrattuale.

Pertanto, è ragionevole accogliere la richiesta dell'utente di storno della fattura n. 9913755170 di €. 3,34.

In ordine alle spese di procedura, in considerazione di quanto sopra dedotto e considerato, della partecipazione dell'utente all'udienza di definizione e di conciliazione, tenendo conto del comportamento delle parti anche nel corso del procedimento di conciliazione, si ritiene equo e ragionevole liquidare in favore dell'istante l'importo onnicomprensivo di euro 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

CONSIDERATO tutto quanto sopra esposto;

RITENUTO che l'istante, in forza della partecipazione all'udienza di definizione e dell'attività dispiegata in termini istruttori e documentali, abbia diritto al rimborso delle spese sostenute per la procedura, equitativamente quantificabili in euro 100,00;

DETERMINA

che l'operatore Wind Telecomunicazioni XXX è tenuto a:

- Rimborsare la somma di €. 35,00 oltre iva, esposto nella fattura n. 9910295583 emessa il 9 luglio 2011 a titolo di costo per attività migrazione servizio verso altro operatore;
- stornare la fattura n. 9913755170 di €. 3,34 iva inclusa, emessa il 10 settembre 2011, a titolo di costo per distribuzione degli elenchi telefonici;
- Corrispondere la somma di €.100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Milano, 1° ottobre 2013

Il dirigente
dott. Massimiliano Della Torre

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 n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, Delibera A.G.Com. 173/07/CONS, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'art. 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, L. 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, e della circolare 11 febbraio 2011, prot. n. 0006817, 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
dott. Massimiliano Della Torre