

DELIBERAZIONE n. 4 del 4 marzo 2011

**Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA MD di Mannini XXXXXXXX/ WIND
Telecomunicazioni XXXXX**

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 4 marzo 2011, svolta presso la propria sede, via de' Pucci, 4, 50122 Firenze, in cui sono presenti:

Marino LIVOLSI	Presidente
Leonardo TIRABASSI	Vicepresidente
Vincenzo CACIULLI	Componente
Michele MAGNANI	“
Daria Giorgina RISALITI	“
Cristina GIMIGNANI	“
Vincenzo D'ANGELO	“

e la Dott. ssa Cinzia Guerrini, dirigente della struttura di assistenza al Comitato, incaricata della redazione del presente atto;

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, lettera a), n. 14 e comma 13;
- 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 decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche" e successive modificazioni;
- la legge 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";

- la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 “Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato regionale per le comunicazioni”, in particolare l’art. 30, e il “Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le Comunicazioni” (ex art. 8 legge regionale Toscana 1 febbraio 2000, n. 10, pubblicato sul BURT n. 9 del 27/02/2002;
- la Delibera 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 successive modifiche ed integrazioni;
- 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 e il Comitato regionale per le Comunicazioni della Toscana in data 16 dicembre 2009, e in particolare l’art. 4, comma 1, lett. e);
- la Delibera dell’Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni n. 179/03/CSP “Approvazione della 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”
- la Delibera dell’Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni n. 126/07/CONS “Misure a tutela dell’utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi telefonici e la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato ai sensi dell’articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259”;
- l’istanza del 28 aprile 2010 con la quale la società MD di Mannini XXXXXXXX (di seguito, per brevità, MD) chiedeva, in persona del legale rappresentante Mannini XXXXXXXX, l’intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni della Toscana (di seguito, per brevità, Corecom) per la definizione della controversia in essere con la società WIND Telecomunicazioni XXXXXXXX (di seguito, per brevità, WIND) ai sensi dell’art. 14 del “Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, approvato con delibera 173/07/CONS. Allegato A;
- la comunicazione del 10 giugno 2010 con cui questo Ufficio ha comunicato alle parti, ai sensi dell’articolo 15 del citato Regolamento, l’avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia ed ha invitato le parti stesse a presentarsi all’udienza per la discussione della controversia in data 13 luglio 2010;

UDITE entrambe le parti nella suindicata udienza;

ESAMINATO, pertanto, il relativo verbale di udienza, con il quale, attesa la sussistenza di margini per una possibile transazione bonaria, a seguito di richiesta di rinvio avanzata da Wind era stato attribuito il termine del 30 settembre 2010 per comunicare l’eventuale avvenuta transazione;

PRESO ATTO che tra le parti non era stata raggiunta alcuna transazione e che, quindi, si doveva procedere alla definizione della controversia;

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

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto delle controversie e risultanze istruttorie.

La ditta MD, intestataria di un contratto di telefonia mobile con la Società Wind, lamenta fatturazioni abnormi a causa della presenza di traffico generato inconsapevolmente "extra soglia" e chiede "lo storno del traffico internet in eccedenza e la riattivazione del contratto".

In particolare, dall'istanza introduttiva del procedimento e dalla documentazione disponibile in atti è emerso che:

Nel periodo settembre-ottobre 2009 il Sig. XXXXXX Mannini sottoscriveva un contratto (codice cliente 410177757) con il gestore Wind, denominato "All Inclusive plus", con opzione Dual SIM e Blackberry Internet Service e un canone mensile di euro 50,00, richiedendo, altresì, la portabilità del n. XXXXXXXXXX dall'operatore Donating TIM. Come da comunicazione di Wind in risposta alle richieste istruttorie di cui in premessa, risulta che l'offerta commerciale comprendeva: 1400 minuti di chiamate nazionali a bimestre verso tutti (di cui massimo 1200 minuti verso fissi nazionali, mobili TIM/Vodafone/Wind e massimo 200 minuti verso mobili 3); 400 SMS a bimestre verso tutti (di cui massimo 300 SMS verso mobili TIM/Vodafone/Wind e massimo 100 SMS verso mobili 3); 200 ore o 4 gigabytes di traffico nazionale Internet/WAP a bimestre, sulla base della scelta da parte del cliente della modalità (tempo o volume) di tariffazione dati. L'offerta prevedeva altresì che, all'esaurimento del *plafond* di traffico incluso, il traffico generato in eccedenza sarebbe stato fatturato a "consumo" in base alla tariffazione all'uopo prevista.

Al ricevimento della fattura n. 2010T000020499 di euro 12.646,87 emessa da Wind in data 17 gennaio 2010, l'istante, riscontrando addebiti ben superiori all'importo atteso, asseritamente reclamava telefonicamente presso il servizio clienti Wind e, non ottenendo soddisfazione, decideva di non procedere al relativo pagamento.

In data 5 febbraio 2010 Wind inviava un telegramma con il quale si richiedeva all'istante il pagamento delle fatture n. 2009T001229584 di euro 60,48 e n. 2010T000020499 di euro 12.646,87, preavvisando, nel contempo, "(...) la sospensione del servizio in caso di mancato invio di quanto richiesto entro 48 ore". In data 6 febbraio 2010 il Sig. Mannini inviava al gestore prova dell'avvenuto pagamento della sola fattura n. 2009T001229584 di euro 60,48.

In data 9 febbraio 2010, Wind sospendeva il servizio e successivamente inviava all'istante raccomandata datata 12 marzo 2010 avente ad oggetto il preavviso di risoluzione contrattuale: in particolare, il gestore comunicava che, ove il pagamento della fattura n. 2010T000020499 di euro 12.646,87 non fosse stato effettuato entro 15 giorni dal ricevimento della stessa, il contratto avrebbe dovuto intendersi risolto ai sensi dell'art. 1454 del codice civile.

L'istante riceveva poi la fattura n. 2010T000236232 del 17 marzo 2010 di euro 443,53 e constatava nuovamente addebiti abnormi rispetto a quanto atteso.

Successivamente, in data 6 aprile 2010, come risulta dalla nota integrativa di Wind ricevuta a seguito di specifica richiesta istruttoria dell'Ufficio del Corecom, veniva definitivamente cessato il servizio.

In data 28 aprile 2010, la parte istante esperiva tentativo obbligatorio di conciliazione presso il Corecom, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso; in pari data la ditta MD presentava istanza per la definizione della controversia chiedendo:

1. "lo storno del traffico internet in eccedenza";
2. "la riattivazione del contratto".

La società Wind non ha prodotto alcuna memoria difensiva in merito alle contestazioni avanzate dall'utente.

Si dà, infine, atto che, in pendenza del presente procedimento, l'istante riceveva l'ulteriore fattura n. 2010T000450620 del 17 maggio 2010 di euro 459,63.

2. Valutazioni in ordine al caso in esame.

In base alla documentazione disponibile in atti, deve qui 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, con successiva cessazione dell'utenza n. XXXXXXXX.

In via preliminare, con riferimento alla contestazione della fatturazione, si evidenzia che, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (*ex pluribus, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006*) 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. Tanto premesso, sussiste 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*). Da ciò consegue che le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice e necessita, a fini probatori, di ulteriori elementi.

Nel merito, al fine di chiarire le posizioni oggetto della presente disamina occorre richiamare 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.

Nel caso di specie, il gestore Wind, aveva il dovere di avvertire l'istante degli incrementi del volume di traffico riscontrati e del conseguente superamento di un certo limite di spesa, anche in conformità a quanto disposto dall'articolo 6, comma 1, della Delibera n. 179/03/CSP e ai fondamentali principi di trasparenza, buona fede contrattuale e correttezza che governano tutta la

materia contrattuale, come prescritto dal combinato disposto degli artt. 1337 (Trattative e responsabilità precontrattuale), 1175 (Comportamento secondo correttezza) e 1375 (Esecuzione di buona fede) del codice civile.

L'obbligo di attenersi al rispetto della buona fede, fondato sul dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*. In via generale, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, "la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà 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" (*ex pluribus*, Cass., 15.02.2007 e Cass., 11.01.2006, n. 264).

Infine, in linea con quanto fin qui esposto, si richiama anche quanto disposto dall'articolo 6.1 comma 2 delle Condizioni generali di contratto del periodo di sottoscrizione fornite da Wind a seguito di specifica richiesta istruttoria, secondo il quale "Qualora Wind riscontri dei volumi di traffico giudicati anomali o qualora il Cliente effettui, in un periodo eguale o inferiore a quello della fatturazione, un numero di chiamate che dia luogo ad un addebito superiore all'importo previsto (...) Wind, previo apposito avviso, potrà sospendere il Servizio, relativamente al traffico in uscita e al roaming e/o emettere una fattura anticipata. In ogni caso Wind provvederà a contattare il Cliente per verificare le modalità di generazione dei suddetti volumi anomali di traffico".

Tutto ciò premesso, risulta, nel caso di specie, che il gestore Wind non si è premurato in alcun modo di avvisare la Ditta MD del traffico "extra soglia" generato in eccedenza dei limiti indicati nel piano tariffario sottoscritto; se ne deduce che Wind non ha improntato la propria condotta al rispetto dei principi sopra menzionati né al rispetto delle proprie Condizioni generali di contratto, considerato che ha omesso di avvisare l'utente dell'esorbitanza dei consumi rilevati, non permettendo, quindi, allo stesso di monitorare in tempo utile il consumo inerente al traffico, del cui importo ha avuto contezza solo al ricevimento delle fatture, rilevando addebiti molto elevati.

E' dunque possibile rilevare a carico dell'operatore Wind la responsabilità in ordine alla illegittima fatturazione degli importi contestati.

In considerazione di quanto sopra esposto, la richiesta dell'istante in ordine allo storno degli importi eccedenti addebitati a titolo di traffico "extra soglia" sulle fatture contestate (fattura n. 2010T000020499 di euro 12.646,87, fattura n. 2010T000236232 di euro 443,53 e fattura n. 2010T000450620 di euro 459,63) è meritevole di accoglimento, sussistendo, di contro, l'obbligo di pagamento da parte della ditta MD degli importi allo stato insoluti che risulteranno dovuti a seguito degli storni di cui sopra.

Per quanto attiene al secondo motivo di doglianza, relativo alla sospensione del servizio e successiva risoluzione del contratto da parte di Wind, occorre richiamare quanto evidenziato in premessa con riferimento alla tempistica della sospensione del 9 febbraio 2010 di cui al telegramma del 5 febbraio 2010. Infatti, il comportamento della Wind in ordine alla sospensione e successiva cessazione dell'utenza è da ritenersi illegittimo in quanto:

1. la sospensione dal 9 febbraio 2010 dell'utenza è stata effettuata prima della scadenza della fattura n. 2010T000020499 di euro 12.646,87, prevista per il 16 febbraio 2010, quando ancora non si era configurata la condizione di morosità;
2. la stessa pretesa creditoria è infondata per la parte riguardante il traffico "extra soglia" fatturato in eccedenza rispetto alle caratteristiche del contratto sottoscritto dall'istante, come già chiarito con quanto più sopra argomentato con riferimento al primo motivo di doglianza.

CONSIDERATO che il gestore Wind non ha provveduto a fornire all'utente idoneo preavviso circa l'imminente raggiungimento del limite prestabilito ed un'adeguata informativa sulla conseguente fatturazione aggiuntiva, così come previsto dalla normativa di settore sopra richiamata e dalle citate Condizioni generali di contratto;

RILEVATO che il predetto gestore con la propria condotta non ha garantito all'istante la possibilità di monitorare in tempo utile il consumo inerente al traffico, del cui importo ha avuto contezza solo al ricevimento delle fattura;

RILEVATO che la sospensione e successiva cessazione del servizio sono da ritenersi illegittime in quanto la sospensione dell'utenza è avvenuta prima della scadenza della fattura n. 2010T000020499 di euro 12.646,87, prevista per il 16 febbraio 2010, quando ancora non si era configurata la condizione di morosità, e sulla base di una pretesa creditoria ingiustificata per i motivi sopra specificati;

RITENUTO, per quanto sopra esposto, che sussiste a carico dell'operatore Wind la responsabilità in ordine all'illegittima fatturazione degli importi contestati e che, quindi, merita accoglimento la richiesta dell'istante in ordine allo storno delle somme fatturate in eccedenza rispetto alla tariffazione forfettaria prevista dal contratto sottoscritto dall'istante;

RITENUTO che la sospensione e l'interruzione del servizio sono risultate non fondate su presupposti legittimi e che, pertanto, l'utente ha diritto, ove tecnicamente possibile, alla riattivazione dell'utenza cessata;

RITENUTO, infine, che gli indennizzi e/o rimborsi riconosciuti dal Corecom devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità, e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

RITENUTA equa la corresponsione dell'importo di € 100,00 a titolo di rimborso delle spese procedurali ai sensi dell'articolo 19, comma 6, della Delibera n. 173/07/CONS;

VISTI la relazione istruttoria redatta dal responsabile del procedimento, Dott.ssa Elisabetta Gonnelli, e lo schema di decisione predisposto dalla dirigente Dott.ssa Cinzia Guerrini, ex art. 19 comma 1 della Delibera Agcom n. 173/07/CONS;

UDITA l'illustrazione della dirigente, Dott.ssa Cinzia Guerrini, svolta su proposta del Presidente nella seduta del 4 marzo 2011;

All'unanimità dei voti

DELIBERA

1) La società WIND Telecomunicazioni XXXXX è tenuta:

- a) ove tecnicamente possibile, alla riattivazione dell'utenza n. XXXXXXXXXXXXX, stante l'illegittimità della risoluzione contrattuale posta in essere dal gestore Wind Telecomunicazioni XXXXX;
- b) a regolarizzare la posizione amministrativa-contabile inerente il contratto intestato alla Ditta MD di Mannini XXXXXX mediante il ricalcolo delle fatture n. 2010T000020499 del 17 gennaio 2010 di euro 12.646,87, n. 2010T000236232 del 17 marzo 2010 di euro 443,53 e n. 2010T000450620 del 17 maggio 2010 di euro 459,63 al netto degli addebiti contestati riferibili alle somme fatturate in eccedenza rispetto alla tariffazione forfettaria prevista dal contratto sottoscritto dall'istante, con il conseguente storno dei relativi importi;
- c) al rimborso, mediante bonifico o assegno bancario, delle somme eventualmente pagate dall'istante a seguito di ricezione di cartelle esattoriali per le tasse di concessione governativa riferite alle fatture di cui al precedente punto 1) b);
- d) alla corresponsione dell'importo di euro 100,00 a titolo di rimborso delle spese procedurali ai sensi dell'articolo 19, comma 6, della Delibera n. 173/07/CONS.

2) La ditta istante, MD di Mannini XXXXXX, è tenuta al pagamento, mediante bonifico o assegno bancario, degli importi fatturati da Wind Telecomunicazioni XXXXXX allo stato insoluti, che residueranno a seguito degli storni di cui al punto 1) b).

E' fatta salva la possibilità per l'istante di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11, D.lgs. n. 259/2003.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Corecom, nonché trasmessa all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per gli adempimenti conseguenti.

La Società WIND Telecomunicazioni XXXXXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica 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 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.

Il Presidente
Prof. Marino Livolsi

Il segretario
Dott. ssa Cinzia Guerrini

Firenze, 4 marzo 2010