

Area Definizione delle controversie

DEFC.2015.13

Determinazione n. 13/2015

Tit. 2013.1.10.21.1562

del 28/07/2015

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA X BIVONA E WIND TELECOMUNICAZIONI

X

La Responsabile del Servizio Corecom

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*", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

Visto l'art. 1218 c.c.;

Visto il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

Vista la legge 2 aprile 2007, n. 40, recante "*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*";

Viste la legge regionale Emilia-Romagna 30 gennaio 2001, n. 1, recante "*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (CO.RE.COM.)*", in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

Vista la delibera Agcom n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*" e successive modifiche ed integrazioni, di seguito "Regolamento";



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.6372 – 527.6370 – 527.7664

email definizionecontroversietlc@regione.emilia-romagna.it PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Vista la delibera Agcom n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante *“Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”*, di seguito *“Regolamento indennizzi”*;

Viste le Linee Guida della Direzione Tutela dei Consumatori Agcom del 28 giugno 2007 esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4 della legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, commi 1 e 3 della medesima legge;

Vista la delibera Agcom n. 276/13/CONS, dell'11 aprile 2013, recante *“Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche”*;

Viste le Delibere Agcom nn. 70/10/CIR, 87/10/CIR, 63/12/CIR, 83/12/CIR, 84/12/CIR; Corecom Emilia-Romagna nn. 2/11, 1/12, 4/12; Corecom Lazio n. 50/13/CRL;

Visto lo *“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 e il Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

Visti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

1. La posizione dell'istante

L'istante lamenta la fatturazione della somma di euro 65,00 a titolo di *“costi per cessazione servizio”* da parte di Wind Telecomunicazioni X (di seguito Wind), avvenuta in seguito alla propria disdetta contrattuale. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell'audizione, l'istante dichiara quanto segue:

- di aver inviato a Wind, tramite lettera raccomandata a/r spedita il giorno 11.12.2012, la disdetta del contratto sottoscritto per l'utenza fissa X;
- di aver ricevuto la fattura n. 7804807747 del 12.03.2013 che imputava la somma di euro 65,00 al *“costo per attività di cessazione servizio”*;
- di aver sospeso il pagamento della menzionata fattura;

- di aver promosso il tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom Emilia-Romagna al fine di comporre la vertenza, ma di non aver raggiunto alcun accordo;
- che i costi per “attività di cessazione servizio” non gli sono mai stati comunicati né in sede di adesione al contratto né successivamente.

In base a tali premesse, l’utente richiede:

- a) lo storno della posizione debitoria ed il ritiro a cura e spese di Wind della pratica di recupero del credito;
- b) il rimborso delle spese legali ex art. 19 del Regolamento per euro 150,00.

2. La posizione dell’operatore

Wind chiede il rigetto delle domande dell’istante. La società a tal fine dichiara che i costi di disattivazione applicati sono legittimi sia nell’*an*, perché previsti dalla legge 40/2007, sia nel *quantum*, perché conformi agli importi certificati dall’Autorità; precisa inoltre che detti costi “sono previsti nel contratto che il cliente ha sottoscritto”.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le richieste formulate dalla parte possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

1. La controversia in esame deve essere inquadrata secondo le previsioni legislative contenute nel c.d. decreto Bersani, convertito con legge n. 40/2007, che ha introdotto una specifica disciplina dei vincoli temporali al contratto e del recesso nel settore delle comunicazioni elettroniche. In base a tali previsioni gli utenti possono recedere dai contratti liberamente, senza vincoli temporali (ma con preavviso, che può essere al massimo di 30 giorni) e con le sole eventuali spese giustificate dai costi affrontati dall’operatore. La legge, infatti, non ha stabilito una durata particolare dei contratti (che rimane quella indicata nelle Condizioni generali di contratto applicate) ma ha stabilito che si può recedere in ogni tempo. In particolare la normativa dispone 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 del contraente 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” (art. 1, comma 3). Nel caso di specie il Sig. Bivona ha inviato la propria disdetta il giorno 11.12.2012 con lettera raccomandata, ricevuta da Wind il 14.12.2012 come provato dall’avviso di ricevimento

prodotto agli atti. Successivamente l'istante, in riferimento alla fattura emessa il 12.03.2013, ha contestato il costo per "attività di cessazione servizio" ammontante a 65,00 euro. Secondo l'orientamento adottato in materia dall'Agcom attraverso le Linee Guida del 28 giugno 2007, emanate sulla base dei poteri di vigilanza attribuiti dal comma 4 dell'art. 1 della legge sopra richiamata, "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" (punto 6.2). I soli importi che gli operatori possono porre a carico degli utenti, ove necessario, devono quindi consistere nelle "spese per cui sia dimostrabile un pertinente e correlato costo dai primi sopportato per procedere alla disattivazione o al trasferimento" (punto 6.3), le quali sono oggetto di verifica da parte dell'Autorità. Inoltre, anche in applicazione di un orientamento consolidato sul punto (cfr. *ex multis* delibere Agcom n. 70/10/CIR, n. 87/10/CIR e successive conformi; delibere Corecom Emilia-Romagna n. 2/11, n. 1/12, n. 4/12 e successive conformi), è l'operatore a dover dimostrare la pertinenza e l'equivalenza tra gli importi fatturati e i costi effettivamente sostenuti per gestire il recesso e disattivare il servizio; in assenza di tale prova, "l'utente ha diritto al rimborso o allo storno di quanto indebitamente fatturato" (v. delibera Agcom n. 87/10/CIR). Wind svolge le seguenti deduzioni: sull'*an*, si limita genericamente a dichiarare che il costo applicato è legittimo in forza delle sopra richiamate previsioni legislative; sul *quantum*, in relazione al quale è tenuta alla prova relativa all'entità del costo ovvero che esso è pertinente e correlato all'attività di cessazione del servizio posta in essere, si limita a confermarne la correttezza sul presupposto che esso corrisponde alla somma autorizzata dall'Autorità in caso di cessazione del servizio su rete Infostrada, risultante dall'esito dell'istruttoria avviata da Agcom nel Febbraio 2009 e finalizzata all'accertamento dell'equivalenza tra gli importi fatturati a titolo di recesso e i costi effettivamente sostenuti dagli operatori per la gestione della procedura di disattivazione (6,3 Linee Guida del 28 giugno 2007). A quest'ultimo scopo produce la tabella dei costi di disattivazione, pubblicata nel sito di Wind Infostrada (al link <http://www.infostrada.it/it/gen/multipagina1/pg1.phtml>), la quale effettivamente è analoga a quella reperibile sul sito dell'Agcom nella sezione "Prospetti informativi su offerte e condizioni economiche". Anche appurato che l'importo di 65,00 euro fatturato a titolo di "contributo di disattivazione" è equivalente ai costi effettivamente sostenuti per la gestione della procedura di disattivazione essendo conforme rispetto alle attività di verifica condotte dall'Autorità, nel caso di specie va tenuto conto, però, di un ulteriore profilo. È del dicembre

2012 la disdetta; le Condizioni generali di contratto vigenti a quella data prevedono la corresponsione della somma di euro 65,00 nel caso di cessazione del servizio senza riattivazione con altro operatore (art. 15,3). Tuttavia parte istante dichiara di aver “stipulato il contratto telefonico anteriormente all’inserimento e all’approvazione della clausola contrattuale” che contempla tale costo. Sotto questo profilo, anche alla luce dell’orientamento dell’Autorità e dei Corecom (cfr. delibere Agcom n. 63/12/CIR, n. 83/12/CIR, 84/12/CIR ed *ex multis* delibera Corecom Lazio n. 50/13/CRL adottata in un caso analogo alla presente controversia), va sottolineato che, se i costi di recesso sono stati introdotti in costanza di rapporto contrattuale tra le parti, è sempre onere dell’operatore dimostrare di aver fornito adeguata informativa all’utente ai sensi dell’articolo 70, comma 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche, tramite chiara ed esaustiva comunicazione: “gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all’atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni”. Wind, al contrario, non prova e non deduce alcunché sul punto. E’ importante precisare che pur se è pacifica l’avvenuta conclusione del contratto tra il Sig. Bivona e Wind, in ordine alla quale nessuna contestazione è stata mossa dalle parti, tuttavia non vi è prova alcuna o riferimento alcuno in atti per quel che riguarda la data di instaurazione del rapporto contrattuale poiché nessuna delle parti fornisce copia del contratto e nemmeno ne indica la data di conclusione. In altre parole, per ciò che qui interessa, non vi è prova dell’applicabilità della regolamentazione sopra riportata al caso *de quo* posto che rispetto alla sua introduzione è certamente successiva la disdetta, ma non è dato sapere se sia parimenti successiva la conclusione del contratto. Wind, infatti, si limita a dichiarare che i costi di cessazione “sono previsti nel contratto che il cliente ha sottoscritto”, senza produrlo, e parte istante si limita a rendere una dichiarazione di senso contrario. In materia di ripartizione dell’onere della prova, è pacifico l’orientamento giurisprudenziale e dell’Autorità che hanno fatto applicazione dell’art. 1218 c.c., norma secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Secondo l’Agcom “in base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il creditore della prestazione, tipicamente l’utente, dovrà limitarsi a dedurre l’esistenza del contratto

fra le parti ed il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati" (Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, III.4.2). Wind avrebbe dovuto pertanto dimostrare la previsione contrattuale dei costi di recesso o, in alternativa, l'avvenuta notifica al Sig. Bivona della modifica delle condizioni contrattuali. Da tutto quanto esposto si ritiene discenda il diritto dell'istante a vedersi stornati i costi di disattivazione applicati dal gestore. La richiesta formulata sub a) può dunque trovare parziale accoglimento. Atteso che la fattura n. 7804807747 del 12.03.2013 contiene anche altre voci, quali il canone per il periodo 01.01.13 – 05.01.13, il costo delle chiamate e il costo di spedizione, che non sono state fatte oggetto di contestazione, Wind dovrà provvedere a stornarla parzialmente, limitatamente alla somma di euro 65,00 imputata a titolo di "costo per attività di cessazione servizio".

2. Quanto alla richiesta formulata dalla parte avanzata sub b), pur se le spese legali non possono essere considerate in quanto tali spese giustificate ex art. 19, comma 6 del Regolamento attesa la natura gratuita della procedura e la non obbligatorietà dell'assistenza legale, si accoglie tuttavia la richiesta del rimborso nella misura ritenuta equa e proporzionale di euro 100,00, considerato che all'udienza di discussione presso il Corecom l'utente ha comunque presenziato tramite l'assistenza qualificata di un legale.

DETERMINA QUANTO SEGUE

1. Accoglie parzialmente l'istanza di X Bivona nei confronti di Wind Telecomunicazioni X per le motivazioni di cui in premessa.
2. La società Wind Telecomunicazioni X è tenuta, oltre al pagamento della somma di euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, a stornare, sulla fattura n. 7804807747 del 12.03.2013, la somma di euro 65,00 (sessantacinque/00).
3. La società Wind Telecomunicazioni X è tenuta, altresì, a comunicare a questo ufficio l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

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 determina è notificata alle parti e pubblicata sul sito web del Corecom e dell'Autorità.

La Responsabile del Servizio Corecom
dott.ssa Primarosa Fini