

Verbale n. 5

Adunanza del 27 marzo 2017

L'anno duemiladiciassette, il giorno 27 del mese di marzo, alle ore 9.30 in Torino presso la sede del Corecom, piazza Solferino n. 22, nell'apposita sala delle adunanze, si è riunito il Comitato con l'intervento di Alessandro DE CILLIS, Presidente, Gianluca Martino NARGISO, Vicepresidente, Vittorio DEL MONTE, Commissario e con l'assistenza della Signora Pina Rosa Serrenti nella funzione di Segretario verbalizzante.

Delibera n. 21– 2017

Oggetto: Definizione della controversia GU14 167/2016 – XXX BORDONARO /WIND TELECOMUNICAZIONI SPA

VISTA 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;*

VISTA 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;*

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., *Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni;*

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, *Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte;*

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS e s.m.i., recante il *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito, Regolamento);

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 Assemblies 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, il Consiglio regionale del Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte data in 17 settembre 2012, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 276/13/CONS, *Approvazione delle linee guida relative alla attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*;

VISTA la deliberazione AGCOM 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'art. 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995, n. 481*;

VISTA l'istanza GU14 n. 1.11.12.5/167/2016 del 11/05/2016 con cui il Sig. XXX Bordonaro ha chiesto l'intervento del Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte (di seguito, Corecom) per la definizione della controversia in essere con la società WIND TELECOMUNICAZIONI SPA (di seguito, WIND) ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTA la nota del 12/05/2016 (prot. 17093/A04040) con cui il Corecom, ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della predetta controversia, fissando i termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota del 17/10/2016 (prot. 33359/A04040) con la quale le parti sono state convocate per l'udienza di discussione del 9/11/2016;

VISTI gli atti relativi all'espletato tentativo obbligatorio di conciliazione;

UDITE le parti nella predetta udienza;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del Procedimento;

UDITA la relazione dell' avv. Vittorio Del Monte

CONSIDERATO

quanto segue:

1. Oggetto della controversia

. L'istante nel proprio scritto difensivo rappresenta sinteticamente quanto segue:

- Che in data 25/07/2012 stipulava contratto di abbonamento "Mega Unlimited", per il quale avrebbe dovuto sostenere il costo di €. 24,00 a bimestre;
- Che nel febbraio 2015 l'utente si avvedeva che ogni bimestre erano state addebitate sul conto corrente costi superiori a quelli pattuiti;
- Che dall'esame delle bollette emergeva che il costo dell'abbonamento era lievitato a €. 40,00 a bimestre e inoltre che erano state addebitate chiamate a numeri denominati "Neomobile Wap" e "Neotel Wap", mai eseguite né attivate;

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede :

i. Stornare da tutte le fatture emesse a partire dal 25/07/2012 gli addebiti contestati relativi ai servizi Neomobile Wap” e “Neotel Wap” nonché gli importi eccedenti il canone bimestrale concordato, per un totale di €. 1.485,50, detraendo l'importo di €. 76,00 già rimborsati e €. 56,00 già stornati, per un totale complessivo di €. 1.335,50 da rimborsare;

L'operatore, nella memoria difensiva in sintesi rappresenta:

- Che in data 5/02/2015 l'istante trasmetteva reclamo per gli addebiti presenti in fattura;
- Che a seguito di verifiche l'operatore constatava che gli addebiti contestati si riferivano a servizi a sovrapprezzo di provider esterni, allegando contestualmente una serie di fatture da cui risultano gli addebiti contestati;
- Che, per quanto riguarda il piano tariffario, il costo effettivo del “Mega Unlimited” è pari a €. 32,79 a bimestre (40,00 con Iva), ma che la promozione prevedeva, per i contratti stipulati nel 2012, il costo di €. 20,00 a bimestre per la durata di due anni;
- Che la contestazione dell'utente è tardiva stante l'art. 23 delle Condizioni generali di contratto che prevedono che i reclami devono essere presentati entro 45 gg dalla data di emissione della fattura in contestazione;
- Che l'attivazione di servizi a sovrapprezzo è subordinata alla conclusione di uno specifico contratto distinto dal contratto di telefonia mobile;
- La disciplina in materia di dati personali (d.lgs. 196/2003) consente all'operatore, in caso di contestazione delle fatture, di conservare il traffico telefonico per un periodo non superiore ai sei mesi a partire da quando è stato presentato il reclamo, in quanto il traffico pregresso viene cancellato o reso anonimo;
- l'operatore ha già provveduto in tal senso, emettendo nota di credito per un totale complessivo di €. 133,75.

L'operatore concludeva chiedendo il rigetto delle domande proposte dall'istante perché infondate in fatto ed in diritto.

Con memoria di replica il sig. Bordonaro, come rappresentato, precisava quanto segue :

- che la memoria difensiva di controparte datata 13.06.2016 è tardiva in quanto trascorsi 31 giorni dal ricevimento della comunicazione di avvio del procedimento del 13.05.2016;

- che per quanto riguarda la mancata contestazione entro i termini delle fatture, ribadiva che, stante la domiciliazione bancaria, l'utente si era accorto solo nel gennaio 2015 dell'addebito in bolletta di costi superiori a quelli pattuiti;
- di non aver ricevuto da WIND informazioni in merito al periodo di vigenza della promozione.

Tanto premesso, parte istante chiedeva:

In via preliminare, dichiarare irricevibile la memoria difensiva di WIND;

Nel merito, accogliere le richieste formulate con l'istanza di definizione della controversia.

2. Risultanze istruttorie e valutazioni in ordine al caso in esame

A) Sul rito

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Per quanto riguarda l'eccezione avanzata dal Sig. Bordonaro, in merito all'irricevibilità della memoria difensiva presentata da WIND, stante la tardività della stessa, si osserva che ai sensi dell'art. 16 del Regolamento 173/07/CONS, la comunicazione di avvio del procedimento, ricevuta dalle parti in data 13/05/2016, stabiliva il termine di 30 giorni per la presentazione di memorie e il deposito dei documenti.

WIND ha provveduto al deposito della memoria in data 13.06.2016, decorsi pertanto 31 giorni dal ricevimento della predetta comunicazione.

Tuttavia è emerso in sede di udienza che il giorno di scadenza del termine, ovvero il 12.06.2016, cadeva di domenica.

La proroga della scadenza di un termine che cade in un giorno festivo al successivo giorno non festivo rappresenta un principio di carattere generale, disciplinato dalla vigente legislazione.

A tale proposito si evidenzia che sia nel processo amministrativo che nel processo civile, se il giorno di scadenza per un adempimento è festivo, il termine è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo (cfr. art. 52, comma 3) del D.lgs. 104/2010 e art. 155, comma 39 cpc)

Per *analogia legis*, secondo la giurisprudenza di legittimità, (cfr. Cass. Sent. N. 24375/2010) tale principio deve ritenersi applicabile anche nel procedimento amministrativo, con la conseguenza che qualora i termini fissati con la lettera di avvio del procedimento scadano in giorno festivo, sono prorogati al primo giorno seguente non festivo. (V. in tal senso Corecom Lazio Delibera n. 26/12)

Stante quanto premesso si ritiene pertanto ricevibile ed ammissibile la memoria WIND depositata in data 13.06.2016.

B) Nel merito

Nel merito le domande dell'istante risultano parzialmente accoglibili per i motivi che seguono.

b.1 Sulla richiesta di storno/ rimborso degli addebiti relativi ai servizi Neomobile Wap” e “Neotel Wap”

Parte istante ha lamentato di essersi avveduto, nel febbraio 2015, che ogni bimestre erano stati addebitati sul conto corrente costi superiori a quelli pattuiti e che tali costi erano parzialmente riconducibili all'attivazione, già a far data dal 2012, di servizi a sovrapprezzo denominati “Neomobile Wap” e “Neotel Wap”, mai richiesti, riferiti a connessione tra l'altro effettuate nelle ore notturne e di durata pari a 00:00.

Il gestore telefonico a tale proposito rilevava che gli addebiti contestati facevano riferimento a servizi a sovrapprezzo YouLoL del provider Noatel (attivato dal 17.09/2013) XXX FILM del provider TI Neomobile (attivato dal 23/12/2013) e VIDEO69 del provider TI Neomobile (attivato dal 29/12/2013).

In seguito alla ricezione del reclamo da parte dell'utente del 5/02/2015, l'operatore si adoperava per la disattivazione dei suddetti servizi e l'attivazione del blocco selettivo. Successivamente, in un'ottica di *caring*, riconosceva al cliente lo storno dell'importo di €. 163,17 presente nella fattura n. 7919333283 attraverso la successiva emissione della nota di credito per l'importo di €. 133,75.

L'operatore inoltre rilevava che erano presenti addebiti per servizi a sovrapprezzo (EP) nelle seguenti fatture, che depositava:

7901250319 nessuno addebito per EP
7904947975 totale addebiti per EP euro 118,47
7908618172 totale addebiti per EP euro 131,12
7912224526 totale addebiti per EP euro 134,15
7915799197 totale addebiti per EP euro 131,60
7919333283 totale addebiti per EP euro 163,17
7401206821 totale addebiti per EP euro 149,95
7404736758 totale addebiti per EP euro 2,54
7411721262 nessuno addebito per EP

In tale ambito va precisato che l'art. 3 della delibera 664/06/CONS testualmente prevede : “*Ai sensi dell'art. 57 del Codice del Consumo, è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente.*”

In caso di attivazioni o disattivazioni di linee o contratti o di forniture di beni e servizi non richiesti gli operatori non pretendono dagli utenti alcuna prestazione corrispettiva e provvedono, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali preesistenti o al ritiro di detti beni. Tutti i costi, tra i quali quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione, sono a carico dell'operatore che ha disposto l'attivazione non richiesta dall'utente, che, pertanto, non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva”.

L'operatore telefonico, per adempiere formalmente e sostanzialmente al dettato di cui all'art. 3 della Delibera 664/06/CONS avrebbe dovuto procedere alla verifica della volontà inequivoca del cliente prima dell'attivazione di qualsiasi servizio a pagamento, verifica che

nel caso di specie non risulta essere stata effettuata. (v. in tal senso Delibera 87/13/CRL Corecom Lazio)

Infatti l'operatore nella memoria difensiva si è limitato a richiamare la disciplina sui servizi a sovrapprezzo, senza documentare, per il caso specifico, l'effettiva volontà del cliente né specificare e dettagliare con quali modalità si sia pervenuti, nella vicenda di che trattasi, al perfezionamento dell'accordo contrattuale sotteso all'erogazione dei servizi a sovrapprezzo in oggetto.

Ne consegue pertanto l'illegittimità delle somme addebitate da WIND, e il conseguente obbligo del gestore al rimborso in favore dell'utente che le ha puntualmente pagate.

Tuttavia, al fine di definire il *dies a quo* dal quale far decorrere il diritto al rimborso di che trattasi, occorre ulteriormente sviluppare alcune considerazioni.

L'operatore ha rilevato che il reclamo sarebbe tardivo in quanto il sig. Bordonaro non avrebbe sollevato l'odierna contestazione nei termini contrattualmente previsti dall'art. 23 delle Condizioni di contratto che prevede che *“Le richieste di rimborso o i reclami relativi alla fatturazione potranno essere inoltrate a Infostrada Servizio Clienti mediante raccomandata A.R. entro 45 giorni dalla data di emissione della fattura in contestazione”*.

Con riferimento a quest'ultima questione, tale clausola, essendo volta a “escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista”, determinando così a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, potrebbe essere ritenuta vessatoria ex art. 33 del codice del consumo e come tale dovrebbe soggiacere non solo agli oneri previsti dall'art. 1341, comma 2) del c.c., che prevedono la specifica approvazione scritta, tramite la doppia sottoscrizione, ma anche, *“quantunque oggetto di trattativa”* alla sanzione di nullità prevista dall'art. 36 del Codice del consumo.

Nel caso di specie, nella memoria difensiva dell'operatore non vi è alcun riferimento alla specifica approvazione scritta di tale clausola da parte del Sig. Bordonaro, né la stessa risulta documentalmente provata, il che porta ad escludere l'efficacia nonché l'applicabilità della medesima .

Diverse considerazioni vanno svolte invece con riferimento all'eccezione avanzata dall'operatore, relativa all'attuale disciplina in materia di tutela di dati personali di cui al D.lgs. n. 196/2003, art. 123, comma 2) che prevede:

“ Il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, e' consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale”.

Dalla lettura del citato articolo ne consegue che gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione scritta, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre e pertanto, dovendo garantire agli stessi l'esercizio pieno del proprio diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato il reclamo. (v. in tal senso Agcom, Determina direttoriale n. 49/15/DIT)

Nel caso di specie, si può ritenere che l'onere posto in capo all'operatore sia stato assolto, nella misura in cui WIND ha provveduto a depositare la fatturazione a decorrere dalla n. 7901250319 dell' 11/01/2014, a fronte di un reclamo presentato il 5/02/2015, accettando pertanto implicitamente il contraddittorio in ordine alla fatturazione depositata.

In tal senso, ai fini del computo delle somme indebitamente corrisposte dal Sig. Bordonaro, occorre pertanto riferirsi a quanto emerge dalle fatture depositate in cui sono presenti addebiti per servizi a sovrapprezzo (a partire dalla n. 7901250319 del 11/01/2014 fino alla n. 7404736758 del 11.03.2015, come sopra riportato) per un totale complessivo di €. 831,00.

Tanto premesso, si ritiene pertanto l'operatore WIND tenuto al rimborso della somma di €. 831,00 dovuta all'utente in quanto riferita a servizi a sovrapprezzo non richiesti.

b.2 Sulla richiesta di storno/ rimborso degli addebiti relativi agli importi eccedenti il canone bimestrale concordato.

Parte istante ha altresì lamentato che l'abbonamento, per il quale avrebbe dovuto sostenere il costo di €. 24,00 a bimestre, è indebitamente lievitato a €. 40,00 a bimestre.

A tale proposito l'operatore ha eccepito che, per quanto riguarda il piano tariffario, il costo effettivo del "Mega Unlimited" è pari a €. 32,79 a bimestre (40,00 Iva compresa), ma che la promozione prevedeva, per i contratti stipulati nel 2012, il costo di €. 20,00 a bimestre per la durata di due anni.

Quest'ultima affermazione non è stata tuttavia supportata da alcun elemento probatorio, in quanto l'operatore non ha allegato alla documentazione in atti il piano tariffario al quale riferirsi per il caso in esame.

Va in tale ambito evidenziato che l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa e incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni eseguite secondo la conoscenza e 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

Tale circostanza porta pertanto a ritenere fondata la domanda dell'istante, tenuto conto dei principi in materia di ripartizione dell'onere probatorio, così come sanciti anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza n. 13533/01) secondo la quale *"in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento"*.

Per quanto riguarda il diritto al rimborso di che trattasi, in mancanza di un puntuale riferimento alla fatturazione interessata in tal senso da parte dell'utente, occorrerà riferirsi alla fatturazione depositata agli atti a cura di WIND e pertanto :

7901250319 Costo Mega Unlimited (Iva esclusa) euro 16,39

7904947975 Costo Mega Unlimited (Iva esclusa) euro 18,86
7908618172 Costo Mega Unlimited (Iva esclusa) euro 18,92
7912224526 Costo Mega Unlimited (Iva esclusa) euro 18,93
7915799197 Costo Mega Unlimited (Iva esclusa) euro 26,97
7919333283 Costo Mega Unlimited (Iva esclusa) euro 32,79
7401206821 Costo Mega Unlimited (Iva esclusa) euro 32,79
7404736758 Costo Mega Unlimited (Iva esclusa) euro 32,79
7411721262 Costo Mega Unlimited (Iva esclusa) euro 10,21

Posto che le fatture n. 7904947975, n. 7908618172, n. 7912224526, n. 7915799197, n. 7919333283, n. 7401206821 e n. 7404736758, riportano cifre superiori a quella pattuita, tali somme dovranno essere ricondotte alla misura di €. 18,72 + Iva (= € 24,00 a bimestre come dedotto da parte istante).

L'operatore WIND è tenuto pertanto a rimborsare la somma complessiva di €. 51,01 + Iva, a titolo di canoni non dovuti.

Tuttavia dal computo complessivo delle somme così considerate (ovvero €. 831,00 + Iva dovuta all'utente in quanto riferita a servizi a sovrapprezzo non richiesti oltre a €. 51,01 + Iva riferita a canoni non dovuti) dovrà essere detratta la somma di €. 133,75 di cui alla nota di credito WIND n. 910381724 del 15.10.2015 per un totale complessivo da rimborsare all'utente pari a €. 748,26 + Iva.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

DELIBERA

per i motivi sopra indicati:

in parziale accoglimento dell'istanza presentata in data 11/05/2016 dal Sig. XXX Bordonaro residente in Via XXX, per i motivi sopra indicati, l'operatore WIND, in persona del legale rappresentante pro-tempore, è tenuto a:

Rimborsare all'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, la somma complessiva di €. 748,26 + Iva, come sopra determinata, a titolo di canoni non dovuti e servizi a sovrapprezzo non richiesti.

Le somme così determinate a titolo di rimborso dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

E' fatta salva la facoltà per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5 del Regolamento.

L'operatore è tenuto a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento della presente deliberazione entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

In forza dell'art. 19, comma 3 del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. B), del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

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

A cura dell'Ufficio la comunicazione alle parti e la pubblicazione del presente atto.

Il Presidente
Alessandro De Cillis

Il Commissario relatore
Vittorio Del Monte