

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. 22 – 2017

Oggetto: Definizione della controversia GU14 178/2016 – XXX SRL /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. 1.11.12.5/178/2016 presentata in data 11/05/2016 con cui XXX SRL, in persona del suo legale rappresentante, 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. 17095/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. 33358/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 occasione del passaggio ad altro operatore di telefonia mobile venivano addebitate "rate finali Telefono incluso" per i due apparati in uso, pari a €. 599,00 (più IVA) ciascuno;
- Che tale condizione contrattuale non era stata mai comunicata e che le condizioni generali di contratto riconoscono esclusivamente che in caso di recesso anticipato venga riconosciuta solo la quota residua del valore degli apparati, dedotte le rate già pagate;

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede :

1. Rimborso parziale per un importo pari a €. 789,70, dato dalla differenza fra l'importo della "maxi rata" e il valore residuo dei due apparati, che quantifica in complessivi €. 408,30.

L'operatore, nella memoria difensiva in sintesi rappresenta:

- Che il cliente in data 20/03/2014 aveva richiesto l'attivazione di due numerazioni a cui erano associati i terminali con scadenza naturale il 15/09/2016;
- Che in seguito a migrazione verso altro operatore avvenuta in data 11/12/2015 Wind addebitava le penali e la maxi rata;
- Che le condizioni contrattuali prevedono che la disattivazione della SIM prima della scadenza comporta l'addebito della rata finale.

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

Con memoria di replica il XXX SRL, come rappresentata, precisava quanto segue :

- che dalla documentazione prodotta da WIND non emerge un documento contrattuale in cui siano riportati in modo esplicito gli importi delle "maxi rate" addebitate, che non sono mai stati comunicati neppure verbalmente;
- che le informazioni circa le condizioni di recesso dal contratto sono state fornite da WIND in modo confuso e incompleto.

Tanto premesso, parte istante insisteva nelle conclusioni così come sopra formulate.

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.

B) Nel merito

Nel merito la domanda dell'istante risulta accoglibile per i motivi che seguono.

Sulla richiesta di parziale rimborso degli addebiti relativi alla rata finale di n. 2 terminali

Dall'istruttoria della pratica è emerso che la vicenda contrattuale di che trattasi ha preso l'avvio il 20/03/2014, allorquando XXX chiedeva a WIND l'attivazione di due numerazioni a cui erano associati due terminali per i quali era previsto un vincolo contrattuale con scadenza naturale il 15/09/2016.

Tuttavia XXX riteneva di risolvere anticipatamente il contratto chiedendo una migrazione verso altro operatore avvenuta in data 11/12/2015.

Tale recesso anticipato dava luogo all'applicazione di penali, oltre che all'applicazione di una "maxi rata" per i due apparati in uso, pari a €. 599,00 (più IVA) ciascuno, per un totale di € 1.198,00 di cui alla fattura n. 7300318557 del 2/01/2016.

A tale proposito parte istante ha lamentato che gli importi delle "maxi rate finali" non fossero stati preventivamente comunicati, né verbalmente né per iscritto, ma di essere comunque disponibile a riconoscere a WIND le rate residue dei terminali, dedotte le rate già pagate, tenuto conto in tal senso, che gli apparati, per i quali sussisteva un vincolo contrattuale di 30 mesi, erano stati quasi interamente pagati, essendo state versate le rate corrispondenti a 21 mesi.

A tal fine richiedeva pertanto il rimborso della somma di €. 789,70, dato dalla differenza fra l'importo della "maxi rata" e il valore residuo dei due apparati, che quantifica in complessivi €. 408,30.

Il gestore telefonico a tale proposito ha eccepito che il contratto e le condizioni contrattuali nonché le procedure attive sui sistemi prevedono che la disattivazione della sim prima della scadenza comporta l'addebito della rata finale.

A supporto di tale affermazione l'operatore ha richiamato la pagina web presente sul sito della WIND dove sono sommariamente riportate alcune condizioni contrattuali, presumibilmente vigenti alla data odierna, applicabili agli abbonamenti con telefono incluso, specificando che *"in caso di inadempimento o di recesso anticipato il cliente sarà tenuto al pagamento dell'importo finale e avrà diritto alle restituzioni delle rimanenti rate di accredito del deposito cauzionale, qualora previste"*.

L'operatore ha altresì depositato agli atti copia dei contratti stipulati con XXX srl, ma non copia delle relative condizioni contrattuali connesse al caso di specie, tenuto conto che trattasi di un contratto stipulato nel 2014 e per il quale pertanto, non può in automatico ritenersi applicabile quanto sommariamente descritto nella pagina web della WIND consultabile nel 2017.

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.

Nel caso di specie non può ritenersi che l'operatore abbia provato l'esattezza dei dati posti a base della fattura, posto che si è limitato a richiamare un generico riassunto di condizioni contrattuali, presumibilmente vigenti per l'anno 2017 in corso, visionabili sul sito internet dell'operatore WIND, senza ulteriormente documentare nulla con specifico riferimento al caso sottoposto all'attenzione di questo Ufficio.

Inoltre anche dalla visione delle copie dei contratti (proposte di adesione) depositati agli atti non emerge nessun elemento dal quale si possa desumere quali fossero gli importi delle rate da corrispondere né, tantomeno, l'importo della c.d. "rata finale".

Non avendo l'operatore specificato nulla a tale proposito, si ritiene di accogliere la quantificazione delle rate così come suggerita da parte istante, posto che occorre riferirsi ad un costante orientamento della Cassazione, secondo la quale *"i fatti allegati da una parte"*

possono considerarsi pacifici, si da poter essere posti a base della decisione, non solo quando siano stati esplicitamente ammessi dalla controparte, ma anche quando questa non li contesti specificamente ed imposti altrimenti il proprio sistema difensivo” (Cass. 20.05.93 n. 5733).

Tale orientamento è stato recepito da quanto disposto dall'art. 115 comma 1) cpc, come modificato ad opera della legge 69/2009, a mente del quale *“il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita”.*

In altre parole, la parte che allega un fatto non specificatamente contestato dalla controparte, è dispensata dall'onere di darne prova, ed il giudice può porre (anzi deve, stante il tenore letterale della norma) quel fatto a fondamento della propria decisione in forza del principio di acquisizione.

Tali circostanze portano pertanto a ritenere fondata la domanda dell'istante, tenuto conto dei principi in materia di ripartizione dell'onere probatorio, così come sanciti anche dalle Sezione 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”.*

Su tale base si reputa di accogliere la richiesta formulata da parte istante e per l'effetto si ritiene pertanto l'operatore WIND tenuto a rimborsare ad XXX SRL la somma di €. 789,70 (IVA esclusa) data dalla differenza fra l'importo della “maxi rata” e il valore residuo dei due apparati, che si quantificano in complessivi €. 408,30 (IVA esclusa).

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

DELIBERA

per i motivi sopra indicati:

in accoglimento dell'istanza presentata in data 11/05/2016 da XXX SRL, in persona del suo legale rappresentante, corrente in 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 €. 789,70 + Iva, come sopra determinata.

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