

Verbale n.11

Adunanza del 26 ottobre 2018

L'anno duemiladiciotto, il giorno ventisei del mese di ottobre, alle ore 12.30, 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 Segretaria verbalizzante.

Assente giustificato:

DELIBERA N. 64 – 2018

Oggetto: Definizione della Controversia GU14 41/2018 – XXX/ WIND TRE S.p.A.

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 28 novembre 2017;

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 28 dicembre 2017, e in particolare l'art. 5, 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. 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. 1.11.12.5/41/2018 del 5.2.2018, con cui la XXX(di seguito XXX) 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 la società Wind Tre S.p.A. (di seguito Wind) ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTA la nota 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;

VISTE le memorie difensive del gestore;

UDITE le parti nell'udienza di discussione;

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

UDITA la relazione del Commissario avv. Vittorio Del Monte;

CONSIDERATO

quanto segue:

1. Oggetto della controversia

L'istante, nei propri scritti difensivi, rappresenta:

- di essere stato cliente Wind dal 2012 al 2015 senza riscontrare particolari problematiche;
- di aver aderito nel settembre 2015 a una variazione contrattuale che prevedeva un'offerta sia per la parte di telefonia fissa sia per la parte di telefonia mobile comprendente una particolare scontistica che veniva parzialmente applicata dall'operatore solo a seguito di numerosi reclami ;
- che la fatturazione relativa alla sim XXX presentava importi su dati anomali;
- che le predette anomalie erano segnalate a Wind mediante reclami che restavano privi di riscontro;

- che pertanto recedeva dal contratto;
- di non riconoscere le penali per recesso anticipato applicate dal gestore né la fatturazione che continua a perdurare nonostante il passaggio ad altro operatore.

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

1) il riconteggio delle fatture emesse, tenendo conto dei dati anomali, delle penali non dovute, della scontistica non applicata, delle fatture emesse dopo la cessazione del contratto, con rateizzazione di quanto dovuto;

3) l'indennizzo per mancato riscontro ai reclami;

4) la regolarizzazione della posizione amministrativa.

L'operatore, nella memoria difensiva in sintesi rappresenta:

- che la situazione contabile è già stata regolarizzata applicando gli sconti concordati;
- che in particolare in data 9.9.2015 perveniva proposta di contratto con cui il cliente richiedeva il cambio di classe per le sim XXX, XXX e XXX verso il listino All Inclusive Aziende Ricaricabile Unlimited e ampliamento per 3 Samsung Galaxy S6 32 GB;
- che il cambio piano veniva espletato in pari data mentre la consegna e l'attivazione dei telefoni avvenivano in data 11.9.2015;
- che in data 10.9.2015 perveniva proposta di contratto con cui si richiedeva l'attivazione di una sim dati XXX a cui veniva associato apparato Wi-Fi Mobile ZTE MF65 e che era attivata in data 10.9.2015 e il terminale consegnato e attivato il 15.9.2015;
- che in data 15.3.2016 perveniva dal cliente fax di contestazione circa la mancata applicazione dello sconto convergenza sulle sim XXX, XXX e XXX in seguito a variazione di classe;
- che veniva accertato che lo sconto convergenza era stato disattivato in data 10.9.2015 per la linea XXX e in data 9.9.2015 per le sim XXX, XXX e XXX, successivamente riattivato in data 1.4.2016;
- che l'istante richiedeva lo storno a decorrere dal 9.9.2015 ma, secondo quanto previsto dal contratto, non potevano essere rimborsati gli importi versati prima di 90 giorni dalla ricezione del reclamo pervenuto in data 12.3.2016;
- che il cliente era informato il 29.4.2016;
- che la contestazione relativa alla sim dati XXX segnalava l'addebito di traffico dati a tempo sostenendo di non essere in possesso della sim che generava tali addebiti;
- che veniva accertato come tale traffico fosse generato dalla sim dati XXX attiva dal 4.3.2013 con listino Easy Internet a consumo;

- che, poiché l'istante segnalava solo in data 3.6.2016 di non essere in possesso della predetta sim, il reclamo era tardivo ai sensi dell'art. 7 delle condizioni generali di contratto e conseguentemente gli addebiti restavano a carico del ricorrente;
- che anche l'addebito del contributo di attivazione è dovuto in quanto si tratta di costi previsti contrattualmente;
- che la mancata contestazione delle fatture entro i 45 giorni dalla ricezione, termini previsti dall'art. 7 delle Condizioni generali di contratto, rende la fatturazione stessa corretta e incontestabile;
- che, inoltre, la contestazione dell'esistenza della sim XXX e il suo traffico dati a tempo quasi tre anni dopo la sua attivazione (attivazione 4.9.2013 – reclamo 3.6.2016) non ha consentito a Wind di predisporre un'adeguata difesa non potendo più estrarre il traffico per i vincoli imposti in materia di privacy;
- che, sul contestato contributo di attivazione, lo stesso è dovuto ai sensi dell'art. 2.3 delle Condizioni di contratto in combinato disposto con quanto previsto nell'allegato tecnico economico;
- che, infine, non è nemmeno contestabile l'attivazione della sim XXX per cui è stata prodotta copia del contratto sottoscritto.

Wind chiede pertanto all'Autorità di rigettare nel merito la domanda attorea e, nel caso riconoscesse degli indennizzi, di operare eventuale compensazione tra le relative poste debito / credito.

Parte istante, nella memoria di replica, precisa:

- che l'operatore non è stato in grado di cessare totalmente il contratto neanche nel corso del procedimento di conciliazione e che quindi la fatturazione è continuata anche dopo il passaggio ad altro operatore;
- che parte istante non ha richiesto lo storno integrale dell'insoluto ma ha formulato un'offerta di pagamento parziale.

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

Dall'esame dell'istanza presentata e dall'istruttoria condotta emerge che la controversia in esame può essere ricondotta ai seguenti ordini di contestazioni: 1) Fatturazione non giustificata 2) Mancato riscontro ai reclami.

1) Fatturazione non giustificata

Parte istante, mediante reclamo trasmesso all'operatore in data 5.3.2016, contestava la mancata applicazione dello sconto convergenza sulle numerazioni XXX, XXX, XXX a partire dal 9.9.2015 a seguito di cambio di classe. Tale circostanza veniva confermata da Wind, che precisava tuttavia come non potessero essere rimborsate le fatture emesse prima di 90 giorni dalla ricezione del reclamo avvenuto in data 13.3.2016 in ossequio alle norme contrattuali, in particolare richiamando l'art. 7 delle condizioni generali di contratto.

Con riferimento alla lamentata scorrettezza della fatturazione va premesso in linea generale che gli utenti hanno diritto all'attivazione dell'offerta per come descritta al momento della conclusione del contratto (cfr. 4 della delibera Agcom 179/03/CSP) ovvero, ove le condizioni promesse non fossero quelle effettivamente offerte, al recesso senza penali, nonché, in ogni caso, alla restituzione della eventuale differenza tra gli importi addebitati e quelli risultanti dall'applicazione delle condizioni pattuite.

Ora, avendo Wind confermato la mancata applicazione della scontistica, considerato che agli atti del procedimento non risulta giustificata la fatturazione difforme da quella prevista per il servizio richiesto dall'utente, emerge che la responsabilità in ordine a quest'ultima circostanza le sia esclusivamente ascrivibile (art. 3, del. 96/07/CONS).

Deve rilevarsi infatti una responsabilità in capo all'operatore per inesatto adempimento contrattuale, in mancanza di elementi atti a smentire le deduzioni dell'utente: Wind infatti era tenuta a continuare ad applicare la scontistica pattuita contrattualmente anche in seguito al cambio di classe, non rilevando il fatto che il reclamo non sia stato tempestivo.

Infatti, 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; la fattura resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali (Cass. Civ. sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947). Sussiste quindi, 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). L'operatore inoltre, nella gestione del reclamo inviato dall'utente in ordine agli addebiti non riconosciuti, deve fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme fatturate nonché documentare le proprie affermazioni; in caso contrario, rimane fermo il diritto dell'utente al rimborso/storno.

Ne consegue, pertanto, l'obbligo in capo a Wind di regolarizzare la posizione contabile – amministrativa dell'istante rimborsando e/o stornando allo stesso le somme che, a seguito di ricalcolo di quanto effettivamente dovuto, risulteranno essere state indebitamente corrisposte e/o richieste.

In relazione poi alla lamentata mancata gestione del recesso dal contratto, si ritiene che l'istante, come risulta agli atti, l'abbia ritualmente formalizzato in data 8.10.2016 attraverso una raccomandata trasmessa all'operatore, mentre quest'ultimo ha proseguito la fatturazione sul numero fisso XXX migrato in Vodafone in data 25.8.2016 e sulle linee mobili disdettate e migrate anch'esse in Vodafone.

Wind ha continuato ad emettere fatture anche successivamente al rituale esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente da un lato e alla migrazione verso altro operatore dall'altro.

L'utente ha pertanto diritto allo storno/rimborso di tutti gli importi fatturati a titolo di canoni ed eventuale traffico successivamente al 19.10.2016, data della fattura Vodafone prodotta agli atti in cui risultano fatturate le linee fisse e mobili oggetto del presente contenzioso.

Parte istante contesta inoltre l'addebito relativo al traffico dati a tempo generato dalla sim XXX dichiarando di non esserne in possesso. In particolare dal reclamo del 3.6.2016 prodotto si ricava che un agente Wind, appurato che il predetto traffico dati a tempo era riconducibile alla sim XXX seriale 893988324110011XXX, provvedeva a bloccarla in quanto non era nella disponibilità della ricorrente.

In relazione alla predetta fattispecie, l'art. 7, comma 5, della Direttiva di cui alla Delibera Agcom 179/03/CSP stabilisce che gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalle conseguenze economiche e pregiudizievoli delle attivazioni di servizi non richiesti e che, in caso di contestazione, ove l'operatore non sia in grado di dimostrare, nelle forme dovute, la ricezione di una richiesta dell'utente ovvero le eventuali problematiche tecniche – non imputabili all'operatore stesso – che hanno determinato l'attivazione contestata, l'utente ha diritto allo storno dei corrispettivi addebitati per il traffico generato con l'operatore responsabile.

Ora, nel caso di specie, Wind non ha fornito prova alcuna dell'esistenza di un consenso inequivoco, effettivo e consapevole fornito dall'istante per l'attivazione dei servizi contestati: infatti, sebbene l'operatore affermi che la sim è stata attivata in data 4.9.2013, nei contratti prodotti non è rinvenibile la sim XXX.

L'organo scrivente ritiene pertanto che la responsabilità per l'attivazione della predetta sim dati sia esclusivamente addebitabile al suddetto operatore e pone in capo a Wind, anche in ordine a questa richiesta, l'obbligo di regolarizzare la posizione contabile – amministrativa dell'istante rimborsando e/o stornando allo stesso le somme che risulteranno essere state indebitamente corrisposte e/o richieste.

Di contro non può trovare accoglimento la richiesta di storno/rimborso delle penali per recesso anticipato, in quanto la domanda è generica e non circostanziata. In particolare, l'utente lamenta "l'applicazione di penali per recesso anticipato", tuttavia non fornisce il dettaglio delle fatture da cui ricavarne gli importi impedendo a questo organismo di verificarne i contenuti economici e, conseguentemente, operare una valutazione in ordine alla debenza o meno delle richieste in esse contenute.

2) Mancato riscontro ai reclami

Con riferimento alla richiesta di liquidazione dell'indennizzo per mancata risposta ai reclami, la stessa può essere accolta. Nel caso di specie, in effetti, non è stata fornita all'utente alcuna motivazione circa le contestazioni mosse nei diversi reclami prodotti. Ai sensi dell'articolo 8, comma 4, dell'allegato A), alla delibera n. 179/03/CSP, del 24 luglio 2003, in caso di rigetto del reclamo, l'operatore deve permettere all'utente di conoscere le ragioni del mancato accoglimento delle proprie richieste.

Pertanto, la mancata ovvero tardiva risposta al reclamo, nei termini stabiliti dalla carta dei servizi e dalle delibere dell'Autorità, fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", indennizzo da computarsi ai sensi dell'articolo 11 dell'Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS "Se l'operatore non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari a € 1,00 per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di € 300,00". L'indennizzo di cui al comma 1) è computato in misura unitaria a prescindere dal numero di utenze interessate dal reclamo ed anche in caso di reclami reiterati o successivi, purché riconducibili al medesimo disservizio".

Pertanto posto che l'operatore Wind non ha fornito prova di aver correttamente risposto ai reclami a far data dal 3.6.2016, si ritiene equo e proporzionale riconoscere l'indennizzo spettante all'utente nella misura di € 300,00.

Poiché gli indennizzi riconosciuti da questa Autorità devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, il requisito dell'equità e, quindi, devono tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura di risoluzione della controversia, l'indennizzo come sopra determinato deve essere maggiorato dell'importo corrispondente agli interessi legali da calcolarsi dalla data di presentazione dell'istanza di definizione fino al saldo effettivo.

C) Sulle spese del procedimento.

Si ritiene equo liquidare, in favore dell'istante, a titolo di rimborso per le spese di procedura, l'importo complessivo di Euro 150,00 (centocinquanta/00) in considerazione del comportamento complessivo tenuto dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione e nella fase di definizione della controversia.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

DELIBERA

per i motivi sopra indicati:

in parziale accoglimento dell'istanza presentata dalla XXX, corrente in XXX per i motivi sopra indicati, l'operatore WIND TRE, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, è tenuto a:

Stornare/rimborsare, gli importi relativi alla mancata applicazione dello sconto convergenza a partire dal 10.9.2015 per la linea XXX e dal 9.9.2015 per le sim XXX, XXX e XXX, sconto successivamente riattivato in data 1.4.2016;

Stornare/rimborsare, gli importi fatturati a titolo di canoni ed eventuale traffico successivamente al 19.10.2016;

Stornare/rimborsare, gli importi fatturati relativi alla sim dati XXX;

Corrispondere all'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo, la somma di € 300,00;

Corrispondere all'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, a titolo di spese di procedura, la somma di € 150,00.

Respinge la richiesta di storno/rimborso delle penali per recesso anticipato.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo 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