

Area Definizione delle controversie

DELIBERA N.	46/2015
TITOLO	2015.1.10.4.1
	2013.1.10.21.1138
LEGISLATURA	X

Il giorno 28 luglio 2015 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il Corecom dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

GIOVANNA COSENZA

Presidente

MARINA CAPORALE

Vicepresidente

MAURO RAPARELLI

Componente

Svolge le funzioni di segretario la dott.ssa PRIMAROSA FINI.

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA X GALAVOTTI E WIND TELECOMUNICAZIONI X

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

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. 1523 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"*;

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. 87/10/CIR, 70/10/CIR, 63/12/CIR, 83/12/CIR, 84/12/CIR; le Delibere Corecom Emilia-Romagna nn. 2/11, 1/12, 3/12, 4/12; la Delibera Corecom Umbria n. 5/11 e la Delibera Corecom Puglia n. 40/11;

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;

Vista la relazione e la proposta di decisione della Responsabile del Servizio Corecom dr.ssa Primarosa Fini (NP.2015.1463);

Udita l’illustrazione svolta nella seduta del 28/07/2015;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

1. La posizione dell’istante

L’istante, nella sua qualità di titolare dell’omonima impresa individuale, lamenta l’addebito di importi a titolo di penale per recesso anticipato a seguito di portabilità delle tre utenze a lui intestate n. X, n. X e n. X da Wind Telecomunicazioni X (di seguito Wind) verso altro operatore. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell’audizione, l’istante dichiara quanto segue:

- di aver stipulato nel 2011 un contratto con Wind con vincolo di durata 24 mesi;
- di aver subito diversi malfunzionamenti sulle linee dovuti a frequenti “cadute” del segnale che rendevano difficoltose le chiamate e le connessioni dati, anche all’estero;
- di aver ricevuto dal servizio clienti telefonico solo risposte evasive alle proprie segnalazioni;
- di aver migrato le utenze ad altro operatore in marzo 2012;
- di aver ricevuto la fattura di Wind n. 2012T000189930 di euro 1.594,57 contenente importi a titolo di “penali” per recesso anticipato;

- di aver ricevuto conferma da Wind, successivamente contattata per avere delucidazioni rispetto alla sopracitata fattura e soprattutto rispetto alle penali applicate, della correttezza e della legittimità degli addebiti.

In base a tali premesse, l'utente richiede:

- a) tramite il Formulario Gu14 introduttivo della presente procedura, l'annullamento di tutte le penali di Wind con l'emissione della relativa nota di accredito;
- b) tramite la memoria difensiva depositata ai sensi dell'art. 16, comma 2 del Regolamento, l'annullamento di tutte le fatture emesse da Wind dopo l'avvenuta portabilità.

2. La posizione dell'operatore

La società Wind chiede il rigetto delle domande dell'istante. A tal fine dichiara che, in relazione ai lamentati malfunzionamenti, "non si rilevano sui sistemi Wind reclami né scritti né orali legati a presunti disservizi di copertura di rete mobile" e che, in relazione al contestato addebito delle penali, "il contratto è stato rescisso, per passaggio ad altro gestore, prima dei 24 mesi previsti dal vincolo contrattuale, dunque i costi di recesso sono stati applicati regolarmente".

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. In base a tali previsioni "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). Secondo l'orientamento adottato dall'Agcom in merito, attraverso le Linee Guida del 28 giugno 2007, "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 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. Parte

convenuta fa presente, però, che nel caso di specie il recesso è stato esercitato prima della scadenza del vincolo contrattuale, ragione per cui “i costi di recesso sono stati applicati regolarmente”. Giova ricordare che, innanzitutto sotto il profilo temporale, le sopra citate Linee Guida (punto 4,2) sottolineano come l’esercizio del diritto di recesso sia per legge “senza vincoli temporali”, quindi possa avvenire in ogni momento, e che “l’eventuale previsione di una durata minima contrattuale è dunque vincolante solo per l’operatore”. Inoltre, anche in applicazione di un orientamento consolidato sul punto (cfr. *ex multis* Delibere Agcom n. 87/10/CIR, n. 70/10/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). Nel caso di specie il Sig. Galavotti decide di passare ad altro operatore prima della decorrenza del termine di durata del contratto fissato in 24 mesi, come da Condizioni generali di contratto (art. 7). L’utente contesta l’addebito delle somme a titolo di “contributo di disattivazione per recesso anticipato SIM” presenti sulla fattura n. 2012T000189930 emessa da Wind il 20.02.2012. Dette somme, che risultano ammontanti a complessivi euro 640,00 (oltre iva) su un totale fattura pari ad euro 1.594,57 (iva inclusa), sono state contabilizzate in riferimento a n. 8 sim in ragione dell’importo di euro 80,00 (oltre iva) per ciascuna sim. Nel caso di specie Wind non fornisce alcuna prova della congruità degli importi fatturati, limitandosi genericamente a confermare la legittimità e la correttezza degli addebiti sul presupposto che “il contratto relativo alle sim X, X, X, X, X, X, X, X è stato rescisso, per passaggio ad altro gestore, prima dei 24 mesi previsti dal vincolo contrattuale, dunque i costi di recesso sono stati applicati regolarmente”. Inoltre, sempre alla luce dell’orientamento dell’Autorità, 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 (cfr. Delibere Agcom n. 63/12/CIR, n. 83/12/CIR, 84/12/CIR). Anche sotto questo secondo profilo, Wind non prova e non deduce alcunché. Anche ipotizzando, infine, che gli importi fatturati a titolo di “contributi di disattivazione” siano stati preventivamente comunicati all’utente e siano congrui rispetto alle attività di verifica condotte dall’Autorità, nel caso di specie essi devono in ogni caso essere dichiarati illegittimi poiché le Linee Guida sopracitate, al punto 6,6 relativo ai casi di passaggio degli

utenti da un operatore ad un altro, specificano che “generalmente le attività di disattivazione della configurazione preesistente coincidono con le attività tecniche da effettuarsi in fase di attivazione dall’operatore che acquisisce il cliente. Esse sono dunque già remunerate da quest’ultimo. In tali casi, pertanto, eventuali costi di disattivazione posti a carico dell’utente non sono in linea di massima giustificati”. Deve rilevarsi, per completezza, che la presente procedura così come il prodromico tentativo di conciliazione sono stati promossi con riferimento alle sole 3 utenze seguenti: n. X, n. X e n. X. Tuttavia oggetto della trattazione in sede conciliativa risultano essere state tutte le sopra elencate utenze, come si evince dal verbale di mancato accordo relativo all’udienza di conciliazione del 24.10.2012 che le indica tutte 8 (prot. n. 41898 del 24.10.2012). Sotto questo profilo Wind non contesta nulla, anzi nelle proprie difese sopra testualmente riportate fa riferimento a tutte le 8 utenze. Inoltre dette numerazioni fanno capo ad un unico contratto identificato con codice cliente X, come risulta dalla documentazione in atti, che è stato indicato, se pur con un errore materiale (X in luogo di X), sia nella domanda di conciliazione che nell’istanza di definizione. Da tutto quanto esposto e sulla scorta dell’orientamento dei Corecom che, anche sull’applicazione del punto 6,6 delle citate Linee Guida appare consolidato (cfr. Corecom Umbria Delibera n. 5/11 e Corecom Puglia Delibera n. 40/11), discende il diritto dell’istante a vedersi stornati interamente gli importi fatturati sulla bolletta n. 2012T000189930 a titolo di costi per recesso anticipato per complessivi euro 774,40 (IVA inclusa), in accoglimento della richiesta formulata sub a).

2. Quanto alla richiesta formulata dalla parte sub b) occorre fare alcune precisazioni. La richiesta di storno di tutte le fatture emesse da Wind dopo l’avvenuta portabilità (ulteriori rispetto alla citata fattura n. 2012T000189930) può essere trattata in questa sede anche se non era stata preventivamente formulata con la domanda di conciliazione e anche se, al momento dell’instaurazione dell’odierna procedura, non è stata avanzata all’interno dell’istanza di definizione ma in sede di memoria difensiva, e ciò per un duplice ordine di ragioni. Da un lato pur se la domanda non è rinvenibile tra quelle proposte dall’istante in fase di conciliazione tramite il formulario UG e dunque può apparire *prima facie* in contrasto con la norma di cui all’14, comma 1 del Regolamento (diversamente dalla fattispecie trattata al punto 1 che precede) essa merita comunque di essere trattata, dato che non costituisce un fatto nuovo, ma rientra nella “medesima questione originata da un unico fatto/inadempimento” (cfr. Corecom Emilia-Romagna Delibera n. 3/12); secondo quanto disposto dalle Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS (III.1.2), infatti, la

necessaria identità dell'oggetto delle richieste svolte in fase conciliativa e di definizione non deve portare a richiedere l'assoluta identità formale delle domande, ma soltanto che "la questione in discussione sia la medesima". Dall'altro lato la proposizione della domanda in sede di memoria difensiva non lede in alcun modo il "contraddittorio" tra le parti, dal momento che Wind avrebbe potuto replicare sul punto nei termini indicati nella comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 16, comma 2 del Regolamento; d'altronde Wind non muove nessuna contestazione al riguardo, anzi, è l'operatore medesimo a depositare copia di tutte le suddette fatture che risultano essere le seguenti: fattura n. 2012T000440692 del 21.04.2012 di euro 383,07, fattura n. 2012T001018804 del 19.09.2012 di euro 7,22, fattura n. 2012T001017828 del 19.09.2012 di euro 7,22, fattura n. 2012T001188587 del 20.10.2012 di euro 7,22 e fattura n. 2012T001432542 del 20.12.2012 di euro 21,62. Ciò nonostante la domanda non merita accoglimento. Queste fatture addebitano all'utente le rate residue relative agli apparati, al cui acquisto in forma appunto rateale l'istante si è vincolato con la stipula del contratto *de quo*. In base alle Condizioni generali di contratto per l'acquisto di prodotti/apparati il pagamento del corrispettivo per gli apparati, infatti, avviene "in rate addebitate direttamente nella fattura del pertinente abbonamento al Servizio di fonia mobile Wind, in particolare, una rata iniziale, 12 rate bimestrali ed una rata finale" (art. 1) e "tutti i Prodotti di cui all'articolo 1 saranno venduti con riserva di proprietà a favore di Wind fino all'integrale pagamento del prezzo, ai sensi dell'articolo 1523 del Codice Civile" (art. 8). In applicazione delle medesime Condizioni generali di contratto, laddove prevedono che "il Cliente che decida di recedere dall'abbonamento per i Servizi di fonia mobile Wind prima della scadenza del termine di pagamento del corrispettivo del/i Prodotto/i acquistato/i sarà comunque tenuto al pagamento, in un'unica soluzione, di tutte le restanti rate dovute per ciascun Prodotto acquistato" (art. 7), l'operatore ha dunque fatturato le rate residue tramite le sopra elencate bollette. Alla luce della disciplina civilistica della vendita a rate di cose mobili con riserva di proprietà (art. 1523 c.c.), in base alla quale il venditore si obbliga a consegnare immediatamente la cosa al compratore e quest'ultimo ne acquista subito la facoltà di godimento, ma diventa proprietario della cosa solo al momento del pagamento dell'ultima rata del prezzo, non si ravvisano elementi comprovanti l'infondatezza delle somme fatturate da Wind che ne giustifichino l'annullamento. Giova inoltre precisare che le contestazioni mosse da parte istante in sede di memoria difensiva circa la difformità del contratto stipulato rispetto alla proposta commerciale prospettata dall'agente (in riferimento

all'attivazione di un n. superiore di sim, alla mancata applicazione delle promozioni, al mancato rimborso delle tasse di concessione governativa, ecc...) non trovano corrispondenza nella parte fattuale dell'UG e pertanto esulano dall'oggetto della domanda di conciliazione e costituiscono un fatto nuovo in violazione dell'art. 14, comma 1 del Regolamento dal quale si evince, come sopra richiamato, il principio della coincidenza della questione sottoposta dapprima al tentativo di conciliazione e poi alla definizione della controversia. Tali contestazioni non possono quindi essere prese in considerazione per valutare la debenza delle somme in esame. Sulla base di quanto esposto si deve concludere pertanto per il rigetto della domanda sub b).

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa del presente atto espresso dalla Responsabile del Servizio Corecom dr.ssa Primarosa Fini, il Corecom, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

1. Accoglie parzialmente l'istanza di X Galavotti nei confronti di Wind Telecomunicazioni X per le motivazioni di cui in premessa.
2. La società Wind Telecomunicazioni X è tenuta a stornare, sulla fattura n. 2012T000189930 del 20.02.2012, la somma di euro 774,40 (settecentosettantaquattro/00).
3. La società Wind Telecomunicazioni X é tenuta, altresì, a comunicare a questo ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera 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 delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito web del Corecom e dell'Autorità.

Il Segretario

Dott.ssa Primarosa Fini

La Presidente

Prof.ssa Giovanna Cosenza