

Verbale n. 20

Adunanza del 28 novembre 2016

L'anno duemilasedici, il giorno 28, del mese di novembre, 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 85 – 2016

Oggetto: Definizione della controversia GU14 32/2016 – XXX SRL / BT ITALIA S.p.A.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

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 in data 17 settembre 2012, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

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 l'istanza GU14 32/2016 con cui la XXX srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, chiedeva l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società BT ITALIA S.p.A. (di seguito BT) ai sensi dell'art.14 del Regolamento;

VISTA la nota con cui il Corecom comunicava 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 la memoria difensiva e la documentazione inviate dall'operatore e le repliche di parte istante;

VISTA la nota con la quale le parti venivano convocate per l'udienza di discussione;

UDITE le parti a detta udienza;

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

VISTI i documenti prodotti dall'operatore a seguito di istanze istruttorie dell'Ufficio, ai sensi dell'art. 18, comma 2 del Regolamento;

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

CONSIDERATO

quanto segue:

1. Oggetto della controversia

L'istante, nel proprio atto introduttivo nonché nella memoria integrativa rappresenta:

- che in data 15.02.2012 stipulava contratto per il passaggio della sim XXX da Vodafone a BT con profilo Go Large al costo di € 25 al mese e la fornitura di un telefono Samsung S2 associato gratuitamente;
- che le fatture bimestrali portavano l'importo di € 79,77 anziché € 51,04 in quanto, contrariamente a quanto concordato, venivano addebitati i costi relativi alla TGC pari a € 12,91 e il canone per il telefono associato pari a € 25 al mese;
- che, nonostante i reclami sporti sia a mezzo agente sia mediante lettera, le fatture restavano invariate;
- che, stante il mancato riscontro da parte di BT, nell'agosto del 2013 la sim XXX veniva migrata presso l'operatore Telecom;

- che BT, nella fattura A2013-450715, addebita la somma di € 600,00 oltre IVA per due telefoni di fascia F quando un solo telefono era stato fornito all'istante, nonché la somma di € 100,00 oltre IVA quale contributo di attivazione, da contestare in quanto contrario al DL 7/2007 ;
- che l'operatore BT, anche successivamente al passaggio della numerazione presso altro gestore, ha continuato a emettere altre fatture non saldate.

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

- 1) un indennizzo per mancata trasparenza contrattuale;
- 2) il rimborso della somma di € 488,41 pari alla differenza fra i costi preventivati e quelli indebitamente pagati per 18 mesi da marzo 2012 ad agosto 2013;
- 3) lo storno delle fatture A2013-450715, A2013-499736, A2013-548095 e A2013-595404 perché non dovute e manleva sulle TGC non pagate;
- 4) l'indennizzo per errata tariffazione preventivata nella misura di € 547,00 (€ 1,00 x 547 gg dal 01.03.2012 al 30.08.2013);
- 5) l'indennizzo per indebita emissione di fatture su servizi non più forniti da BT nella misura di € 890 (€ 10,00 x 89 gg dal 01.09.2013 al 30.11.2013);
- 6) indennizzo per mancata risposta al reclamo;
- 7) spese di procedura.

L'operatore, nella memoria difensiva, in sintesi rappresenta:

- che la fatturazione risulta in linea con l'offerta commerciale di riferimento del seguente tenore:

Canone mensile di abbonamento per SIM	€ 25,00
Canone mensile noleggio terminale fascia F	€ 25,00
Canone mensile per linea Opzione Go Large 4H	€ 0
Tassa concessione governativa business	€ 12,91;

- che la condizione prevista dall'offerta per l'applicazione dell'importo di € 25,00 era il raggiungimento di 540 minuti verso fissi e mobili nazionali con l'opzione Go Large 4H, condizione non raggiunta;
- che il cliente ha diritto a una nota di credito di € 237,91 oltre IVA per addebiti finali in eccesso e canoni post migrazione.

Con memoria di replica l'istante in sintesi precisa:

- che la copia dell'offerta commerciale BT non è mai stata consegnata alla ricorrente e viene depositata senza la sottoscrizione;

- che il preventivo rilasciato dall'agente BT e a marchio BT è difforme dall'offerta commerciale BT mai rilasciata;
- che in ogni caso gli operatori sono responsabili della condotta degli agenti con riferimento alla conclusione dei contratti;
- che l'affermazione dell'operatore contenuta nella memoria difensiva secondo cui la ricorrente avrebbe diritto ad una nota di credito è generica ma rappresenta un'ammissione di responsabilità.

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

A) Sul rito.

Preliminarmente, si ritiene che l'istanza soddisfi i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'Art. 14 del Regolamento e sia pertanto proponibile, ad eccezione della domanda *sub 1)* volta all'ottenimento di un indennizzo per *"mancata trasparenza contrattuale"*.

Detta domanda non rientra, infatti, nell'ambito delle competenze decisorie del Corecom adito, come definite dall'art. 19 della Delibera Agcom n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni, ai sensi del quale: *"L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità."*

Si tratta pertanto di una richiesta che non può essere accolta in quanto fattispecie non prevista da Regolamento Indennizzi quale disservizio suscettibile di indennizzo (cfr. Delibera 143/16/CIR).

B) Nel merito.

Le domande dell'istante risultano parzialmente fondate e vanno accolte nei limiti e per i motivi che seguono:

B.1 Sull'indebita fatturazione

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

Dall'esame dell'istanza presentata dalla Società in oggetto e dall'istruttoria condotta emerge che la controversia in esame può essere ricondotta sostanzialmente alla fattispecie di una fatturazione non giustificata in quanto non ottemperante le condizioni contrattuali sottoscritte, come asserito dalla odierna ricorrente.

In merito 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. art. 4 della Delibera AGCOM 179/03/CSP) ovvero, ove le condizioni promesse non fossero quelle effettivamente offerte, l'utente ha diritto 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.

Tra l'altro, si ritiene che in ordine alla conclusione di contratti attraverso la propria rete di vendita anche se svolta in outsourcing, l'operatore sia ugualmente responsabile della condotta degli agenti, nonché delle informazioni contrattuali dagli stessi rese all'atto della stipula della proposta contrattuale.

Per quanto riguarda la richiesta, avanzata dall'istante, di rimborso delle somme corrispondenti alla differenza fra i costi preventivati e gli importi portati dalle fatture, va osservato che secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (v. Sent. Cassaz. Civ. Sez. III, 28 maggio 2004 n. 10313, Corte di Cassazione, Sezione III Civile, 2 dicembre 2002 n. 17041), la bolletta è un atto unilaterale di natura meramente contabile (Cassazione 847/86) e la stessa Corte costituzionale (nelle sentenze 546/94 e 1104/98) ha posto in rilievo come il rapporto di utenza sia un servizio pubblico essenziale, ma soggetto al regime contrattuale di diritto comune, ed alle relative regole di adempimento e di prestazione secondo buona fede.

Per tale motivo 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 l'istante ha lamentato la non corrispondenza fra quanto pattuito e quanto effettivamente fatturato ed ha chiesto *sub 2*) il rimborso di tutte le somme non correttamente addebitate e pagate. A tal fine ha allegato la copia dell'offerta commerciale sottoscritta sia dal legale rappresentante della ricorrente sia dall'agente BT (allegato D) dal quale emerge che, a fronte del pagamento della somma di € 25,00 al mese, veniva fornito un terminale Samsung Galaxy S2 abbinato ad una sim voce con profilo tariffario Go Large per 540 minuti di traffico mensile verso tutti.

Attraverso tale allegazione la ricorrente ha fornito pertanto elementi sufficientemente circostanziati e descrittivi, idonei a costituire, in ipotesi, oggetto di replica e/o confutazione da parte dell'operatore. Infatti con la produzione di questo specifico documento deve ritenersi accertata la volontà delle parti di aderire alla regolamentazione del rapporto contrattuale come descritta dalla predette specifiche previsioni.

A fronte di tale produzione, BT non ha mosso alcuna contestazione specifica ma si è limitata a riportare l'offerta commerciale standard di riferimento, che l'istante dichiara nella memoria di replica non essergli mai stata consegnata.

L'operatore convenuto dunque, in difetto di contestazione del contratto ed in mancanza di prova in ordine alle cause, a lui non imputabili, dell'inadempimento contrattuale, deve ritenersi tenuto, ai sensi degli artt. 1218 e 1453 c.c., all'applicazione delle condizioni economiche stipulate con il cliente all'esito di una trattativa specificamente condotta.

Secondo un costante orientamento della Cassazione *"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.

A tale principio si sono altresì adeguate molte pronunce Corecom (V. Corecom Emilia Romagna Delibera 15/10, n. 1/11 nonché n. 8/11) che hanno stabilito che in caso di mancata contestazione da parte dell'operatore, i fatti dedotti devono essere considerati integralmente provati.

Conseguentemente si ritiene pertanto l'operatore BT tenuto al rimborso dei canoni eccedenti l'importo di € 25,00 pro mese oltre IVA, quale canone preventivato nell'offerta commerciale sottoscritta dall'agente BT, comprensivo sia della fornitura del terminale sia del canone, sulle fatture pagate a partire dal 15.02.2012, data della conclusione del contratto, fino alla migrazione della numerazione presso altro operatore nell'agosto 2013.

Al contrario la richiesta di rimborso delle somme addebitate a titolo di Tassa di concessione Governativa non sarà oggetto di trattazione in quanto, ai sensi dell'art. 2, comma 3, del Regolamento, sono esclusi dal relativo ambito applicativo i punti controversi attinenti a profili tributari o fiscali. Pertanto, il sindacato di questa Autorità non può estendersi all'*an debeat* della Tassa di concessione governativa (TCG), ai sensi dell'articolo 21 del D.P.R. n. 641/72, di cui è creditore non il gestore, ma l'Agenzia delle Entrate, avverso il cui atto di accertamento della violazione e di irrogazione della sanzione l'utente può resistere in giudizio innanzi alla Commissione Tributaria Regionale.

In ordine alla richiesta *sub* 3) di “storno delle fatture A2013-450715, A2013-499736, A2013-548095 e A2013-595404 perché non dovute e manleva sulle TGC non pagate” occorre muovere le seguenti distinte considerazioni.

Nella fattura A2013-450715 del 13 settembre 2013 emessa a conclusione del rapporto contrattuale con la ricorrente a seguito di migrazione della numerazione verso altro operatore non compaiono costi relativi al traffico ma l'importo è dato esclusivamente dai costi riconducibili a “contributo per recesso n. 2 fascia F entro il 18° mese” e a “contributo attivazione SIM”. Ora, posto che la migrazione in Telecom della ricorrente e quindi la disdetta anticipata del contratto si configura come una risoluzione anticipata per inadempimento da parte del gestore telefonico a cui è ascrivibile la responsabilità di una fatturazione del servizio difforme da quella prospettata in sede di adesione dell'istante all'offerta commerciale, in assenza di prova contraria, resta fermo il diritto della ricorrente allo storno.

Per quanto concerne le ulteriori tre fatture emesse da BT e specificamente le fatture A2013-499736, A2013-548095 e A2013-595404 relative ad un periodo successivo alla migrazione della numerazione verso altro operatore avvenuta nell'agosto 2013, si rileva che il contegno dell'operatore è da ritenersi contrario al generale principio di buona fede di cui all'art. 1175 c.c. e in contrasto con le previsioni dell'art. 8 del “*Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*” di cui all'allegato A alla delibera 519/15/CONS, secondo cui “*In caso di disdetta o di esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente, l'operatore non può addebitare all'utente alcun corrispettivo per le prestazioni erogate a decorrere dal termine del contratto*”.

ovvero dalla data di efficacia del recesso e, qualora non riesca tecnicamente a impedirne l'addebito, provvede tempestivamente a stornare o a rimborsare quanto addebitato".

Deve pertanto accogliersi la relativa richiesta della ricorrente di storno delle stesse in quanto non dovute.

Si richiamano invece le considerazioni svolte *infra* per quanto riguarda la specifica richiesta di manleva sulle TGC non pagate, tema che, si ribadisce, esula dalla competenza di questa Autorità.

Passando infine alle domande *sub* 4) e 5) rispettivamente di "indennizzo per errata tariffazione preventivata" e di "indennizzo per indebita emissione di fatture di servizi non più forniti da BT" esse non possono ritenersi accoglibili, dovendosi considerare che l'indennizzo per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti di cui all'art. 8 del Regolamento Indennizzi si riferisce all'ipotesi in cui l'operatore provvede ad attivare un servizio o un profilo tariffario in assenza di una richiesta del cliente e che la *ratio* di tale previsione va ravvisata nell'esigenza di tutelare la libertà di scelta e di comportamento del cliente rispetto all'utilizzo dei servizi a pagamento.

La *res controversa* non attiene all'applicazione di un profilo tariffario o di un servizio non richiesto, bensì dapprima alla fatturazione di importi non rispondenti a quelli prospettati in sede di adesione contrattuale e successivamente al ritardo nella disattivazione di servizi regolarmente attivi (*ex multis* delibere 170/16/CIR, 92/16/CIR, 18/16/CIR, 43/14/CIR, 84/14/CIR).

Attesa dunque la diversità delle fattispecie, non può darsi luogo all'applicazione analogica dell'art. 8 del Regolamento ma ne discende il diritto allo storno/rimborso delle somme illegittimamente fatturate.

B.2 Sulla richiesta di indennizzo per mancato riscontro al reclamo

Parte istante ha depositato copia di reclamo del 17.07.2013, lamentandone il mancato riscontro e chiedendo, contestualmente, il relativo indennizzo.

BT sul punto nulla ha eccepito.

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'art. 11 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 BT non ha fornito prova di aver correttamente risposto al reclamo ricevuto in data 22.07.2013, si ritiene equo e proporzionale riconoscere l'indennizzo spettante all'utente nella misura massima pari a € 300,00.

La quantificazione del presente indennizzo va effettuata esclusivamente sulla base del Regolamento Indennizzi in quanto la controversia è stata introdotta dopo l'entrata in vigore del medesimo e in quanto non è stata prodotta la Carta dei Servizi BT vigente ai tempi.

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 in ultimo 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.

Nel caso di specie si ritiene che possa essere corrisposto l'importo di € 150,00 a titolo di rimborso spese dei procedimenti di conciliazione e definizione, tenuto conto del comportamento delle parti e delle difese svolte, così come più sopra descritte.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

DELIBERA

per i motivi sopra indicati:

in parziale accoglimento dell'istanza presentata in data 10.12.2015 dalla XXX Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata presso XXX, per i motivi sopra indicati, l'operatore BT, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, è tenuto a:

Corrispondere all'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, il rimborso dei canoni eccedenti l'importo di € 25,00 pro mese oltre IVA sulle fatture pagate, somma quest'ultima preventivata nell'offerta commerciale quale canone mensile;

Stornare le fatture A2013-450715, A2013-499736, A2013-548095 e A2013-595404;

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 le richieste *sub* punti 1), 4) e 5).

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'at. 19, comma 5 del Regolamento.

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