

Verbale n. 9

Adunanza del 6 settembre 2018

L'anno duemiladiciotto, il giorno sei del mese di settembre, 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 Segretaria verbalizzante.

Assente giustificato:

DELIBERA N. 46 – 2018

Oggetto: Definizione della Controversia GU14 504/2017 – XXX S.P.A. / 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 Assemblee 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. 1.11.12.5/504/2017 del 11.12.2017, con cui la XXX S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, 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 nelle udienze 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 non avere più ricevuto fatture Wind dal 1.5.2015, fatture che quindi non sono state pagate;
- che il protrarsi di questa situazione ha provocato problemi sia a livello fiscale sia a livello di controllo interno delle spese telefoniche, non potendo verificarne gli addebiti ed eventualmente contestarli;
- di aver ricevuto in data 3.10.2017 le fatture dal 1.1.2016 al 31.8.2017, mentre non sono mai state emesse quelle dal maggio a dicembre 2015;

- che le fatture ricevute riportano importi relativi al traffico dati che si sono immediatamente contestati mediante pec a Wind in data 13.10.2017.
- infondato, un'ulteriore segnalazione n. 749280381 del 14.03.2016;

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

- 1) la riemissione delle fatture mancanti dal 1.5.2015 al 1.12.2015;
- 2) il riconteggio delle fatture emesse con storno degli importi relativi a traffico anomalo (4.763,50 euro);
- 3) la manleva per le eventuali sanzioni sulla tassa di concessione governativa;
- 4) l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami.

L'operatore, nella memoria difensiva in sintesi rappresenta:

- che da verifiche effettuate emergeva che effettivamente nel periodo indicato da parte istante, l'operatore ha avuto un problema tecnico sui sistemi che impediva la corretta fatturazione;
- che il problema veniva risolto il 19.9.2017 e parte istante riceveva le seguenti fatture: 2017T000747305, 2017T000747308, 2017T000747312, 2017T000747318, 2017T000747320, 2017T000747323, 2017T000747327, 2017T000747337, 2017T000747365, 2017T000750056;
- che durante il periodo di blocco della fatturazione il gestore ha comunque regolarmente fornito il servizio e ha costantemente informato il cliente che avrebbe sollecitato la risoluzione del problema;
- che parte istante, nei reclami trasmessi, non ha mai lamentato disservizi sulle linee ma solo il ritardo di fatturazione;
- che l'istante in data 18.10.2017 contestava il traffico dato roaming addebitato sulle fatture ricevute;
- che la fatturazione è conforme a quanto contrattualizzato e i relativi importi sono dovuti;
- che la tassa di concessione governativa è di competenza dell'erario, per cui l'operatore è solo intermediario;
- che, in merito alla contestata fatturazione del traffico roaming dati, allo stato e nemmeno al momento della contestazione non è e non era producibile il messaggio di alert per la legge sulla privacy;
- che gli operatori telefonici, ai sensi dell'art. 123, commi 1 e 2, del d.lgs. 196/2003, in presenza di contestazione scritta, possono conservare il traffico dell'ultimo semestre e le uniche fatture da prendere in considerazione si fini dell'eventuale storno sono solo quelle relative agli ultimi mesi in cui è stato presentato il reclamo poiché il traffico pregresso viene cancellato;

- che il Regolamento europeo 544/2009 ha inteso adottare misure dirette a proteggere gli utenti da possibili addebiti oltre il plafond mensile mediante l'introduzione di sistemi di allerta e tetti mensili di spesa;
- che, alla data di deposito della memoria, l'istante presenta un insoluto pari a euro 749,15 e conti telefonici in scadenza per un totale di euro 17.027,2 così determinati:

2013T001031628 di € 8.593,10 insoluta per € 749,15

2017T000750056 di € 2.998,17 scad 19.10.2017

2017T000747365 di € 3.162,04 scad 18.11.2017

2017T000747337 di € 4.145,29 pagata il 18.12.2017

2017T000747327 di € 2.345,84 scad 17.1.2018

2017T000747323 di € 2.167,63 scad 16.2.2018

2017T000747320 di € 3.415,09 scad 18.3.2018

2017T000747318 di € 2.145,40 scad 17.4.2018

2017T000747312 di € 1.846,09 scad 17.5.2018

2017T000747308 di € 2.327,54 scad 16.6.2018

2017T000747305 di € 2.131,43 scad 16.6.2018

2017T001000641 di € 1.752,57 scad 18.1.2018;

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.

1. 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, ad eccezione delle domande poste *sub* 1) e 3).

La richiesta di "*riemissione delle fatture mancanti dal 1.5.2015 al 1.12.2015*" non soddisfa i requisiti di procedibilità in quanto non rientrante nell'ambito delle competenze decisorie del Corecom, come definite dall'art. 19 della Delibera Agcom n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni: tale disposizione, infatti, unitamente alle indicazioni fornite dalla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, delimita e circoscrive il contenuto della pronuncia di definizione, da intendere come vincolato alla esclusiva possibilità per il Corecom di condannare l'operatore al rimborso e/o storno di somme non dovute ed alla liquidazione di indennizzi.

Per quanto attiene poi alla domanda di "*manleva per le eventuali sanzioni sulla tassa di concessione governativa*", si deve evidenziare, in via preliminare, che le domande

specificamente afferenti al rimborso nonché allo storno degli importi richiesti dall'Erario a titolo di tassa di concessione governativa, non possono essere prese in considerazione in questa sede in quanto, ai sensi dell'art. 2, comma 3 del Regolamento, sono esclusi dal relativo ambito applicativo i punti controversi attinenti a profili tributario o fiscali.

Il sindacato dell'organismo scrivente, infatti, non può estendersi all'*an debeatur* della TCG imputata a titolo di licenza per l'impiego di apparecchiature terminali per il servizio radiomobile, ai sensi dell'art. 21 del D.P.R. n. 64/72 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.

B) Nel merito

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria la richiesta di parte istante *sub 2)* di "*riconteggio delle fatture emesse con storno degli importi relativi a traffico anomalo*" deve essere accolta, come di seguito precisato.

La presente controversia ha ad oggetto l'emissione tardiva della fatturazione che ha recato un pregiudizio all'istante nella misura in cui non gli ha consentito una verifica tempestiva e puntuale sia del traffico effettuato che dei relativi costi. L'istante, infatti, se avesse ricevuto le fatture secondo le scadenze contrattualmente stabilite avrebbe potuto contestare gli addebiti elevati, chiedendo di controllare i tabulati del traffico, potendo poi valutare se interrompere anticipatamente il rapporto contrattuale.

Nel caso di specie, operano i principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali e, in particolare, quanto prescritto dagli articoli 1175 e 1375 del codice civile, rispettivamente in materia di correttezza e di buona fede nella esecuzione del contratto; principi che, vista la natura professionale dei soggetti coinvolti, devono essere interpretati con particolare rigore. L'articolo 1176, comma 2, del codice civile, difatti, graduando la violazione della diligenza sulla natura dell'attività esercitata, esige dall'operatore professionale un grado di perizia qualificata nell'adempimento delle obbligazioni. Secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico. Il principio mette capo, quindi, ad un criterio di reciprocità e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

Alla luce delle predette indicazioni, come evidenziato dalla delibera n. 75/10/CIR "Atto di indirizzo ai sensi dell'articolo 18, comma 2 e dell'articolo 22, comma 4 bis, allegato A, della delibera 173/07/CONS in materia di trasparenza del traffico dati", l'operatore professionale, nella esecuzione della prestazione avente ad oggetto la fornitura del servizio di trasmissione dati, ogni qualvolta si trovi a rilevare un addebito di somme al cliente particolarmente esorbitante, tale, cioè, da risultare incompatibile con ogni canone di tipicità sociale ed incompatibile finanche con le soglie di spesa proprie dell'utenza per esso più profittevole, quale quella business, è chiamato a tenere un comportamento leale e deve considerarsi

quindi, tenuto ad adottare tutte le misure precauzionali che si rendano necessarie per la salvaguardia dell'interesse non solo proprio (nel caso di utilizzo del servizio per fini fraudolenti), ma anche della controparte, nei limiti in cui esse non comportino un apprezzabile sacrificio a proprio carico.

Nel caso di specie parte istante ha prodotto agli atti innumerevoli reclami, a partire dal 24.9.2015, diretti o per il tramite di legale incaricato, volti a sollecitare l'emissione delle fatture anche al fine di poter verificare la propria posizione debitoria nei confronti dell'operatore e di contestarne eventuali importi non riconosciuti.

Solo a fronte dell'emissione da parte di Wind, avvenuta in data 19.9.2017, di parte delle fatture mancanti e precisamente quelle relative al periodo intercorrente fra il 1.1.2016 e il 31.8.2017, l'istante in data 13.10.2017 ha potuto prontamente contestare al gestore il traffico dati *roaming*.

Sulla base di quanto sin qui esposto, l'operatore avrebbe dovuto dimostrare di aver reso un'informativa completa e trasparente nei confronti del cliente idonea a informarlo sui costi che stava sopportando e di aver fornito all'utente in costanza di rapporto un sistema di allerta e/o un adeguato preavviso circa il traffico anomalo riscontrato.

E' ormai pacifico che, nel caso di contestazione delle fatture, l'operatore debba fornire la prova della debenza degli importi fatturati, altrimenti l'utente ha diritto allo storno o al rimborso degli stessi, tenuto conto che la fattura non costituisce un negozio di accertamento.

Tanto premesso, con riferimento alla richiesta dell'istante di cui al punto 2), la stessa deve essere accolta e pertanto la società Wind sarà tenuta a stornare parzialmente le fatture oggetto di contestazione relative al periodo intercorrente fra il 1.1.2016 e il 31.8.2017, ricalcolando le stesse con storno degli importi afferenti al traffico *roaming*.

Con riferimento alla richiesta di liquidazione dell'indennizzo per mancata risposta ai reclami sub 4), la stessa può essere accolta. Nel caso di specie, in effetti, non è stata fornita all'utente alcuna motivazione circa le ragioni della mancata emissione delle fatture prima né del traffico anomalo poi, essendosi Wind limitata a fornire riscontri di natura formale. 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 24.9.2015, 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 S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, corrente in XXX, per i motivi sopra indicati, l'operatore WIND TRE, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, è tenuto a:

Stornare parzialmente le fatture oggetto di contestazione relative al periodo intercorrente fra il 1.1.2016 e il 31.8.2017, in particolare ricalcolare le stesse con storno degli importi afferenti al traffico *roaming*;

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* punto 1) e 3).

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