

Protocollo: vedi segnatura.XML

TITOLO	2015.1.10.4.1
	2018.1.10.21.313
LEGISLATURA	X

Il giorno 11 marzo 2019 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il Corecom dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

STEFANO CUPPI	Presidente
ALFONSO UMBERTO CALABRESE	Vicepresidente
MARIA GIOVANNA ADDARIO	Componente

Svolge le funzioni di segretario la dott.ssa Rita Filippini.

OGGETTO: DEFINIZIONE CONTROVERSIA XXX / WIND TRE X



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

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 il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *"Codice delle comunicazioni elettroniche"*;

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 dei indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori"*, di seguito *"Regolamento indennizzi"*;

Vista la determina AGCOM n. 134/17/DTC;

Vista la delibera AGCOM n. 75/10/CIR e la delibera n. 326/10/CONS.;

Viste le delibere Corecom Emilia-Romagna n. 96/2016 e 126/2017 e le determine Corecom Lombardia, n. 16/2018 e 17/2018.

Visto l'Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Vista la “Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai Comitati regionali per le Comunicazioni” sottoscritta in data 28 dicembre 2017 dal Presidente dell’Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni, dal Presidente della Regione Emilia-Romagna, dalla Presidente del Comitato regionale per comunicazioni Emilia - Romagna”.

Visti gli atti del procedimento;

Viste la relazione e la proposta di decisione della Responsabile del Servizio dr.ssa Rita Filippini (NP.2019.580)

Udita l’illustrazione svolta nella seduta del 11 marzo 2019;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

1. La posizione dell’istante

A seguito dell’udienza di conciliazione, tenutasi in data 20/2/2018 nei confronti di Wind Tre X (di seguito, Wind), l’utente ha presentato istanza di definizione prot. AL/2018/0025852 del 20/04/2018 lamentando addebiti particolarmente elevati a causa di consumi inconsapevoli di traffico dati (cosiddetto bill shock). In particolare, l’istante lamenta quanto segue:

- nell’aprile del 2017 subentrava al precedente gestore dell’esercizio commerciale da esso condotto, provvedendo alla voltura di tutti i servizi compreso quello di telefonia attivo con il gestore Wind. In quella sede veniva informato da un agente Wind che il contratto in essere con il precedente gestore era relativo alla sola telefonia;
- nel luglio 2017 si conclude la volturazione del contratto. In quella sede apprendeva da consultazione del call center Wind che in base al contratto in essere era possibile effettuare anche la navigazione internet; nel periodo successivo, quindi, utilizzava il servizio di connessione dati per le proprie esigenze commerciali;
- nel settembre 2017 riceveva una prima fattura per Euro 1.305,31 che non pagava in quanto esorbitante rispetto ai propri consumi; nell’ottobre 2017 riceveva ulteriore fattura per Euro 65,42 per telefonia fissa e Euro 2.674,56 per traffico dati oltre iva; anche quest’ultima fattura non veniva pagata;
- poco dopo Wind sospendeva la linea per morosità;



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

- in sede di conciliazione veniva informato che nel frattempo erano state emesse dall'operatore ulteriori fatture per oltre Euro 7.000,00.

Tanto premesso, in sede di GU14 l'utente ha richiesto lo storno di quanto fatturato da Wind per l'accesso a internet facendolo eventualmente pagare ad un più equo canone mensile.

2. La posizione dell'operatore Wind

L'operatore Wind, con propria memoria rileva quanto segue.

Con riferimento alla fatturazione di euro 1.305,31 essa deriva dal fatto che l'istante ha chiesto il subentrato al precedente gestore nell'utenza telefonica in questione. Per casi simili la regolazione contrattuale prevede la continuità nella posizione amministrativa dei clienti, ivi compreso il subentro nell'eventuale insoluto. Tale condizione è chiaramente esposta nel modulo di richiesta di subentro accanto alla firma del cliente che lo richiede.

Con riferimento agli ulteriori addebiti contestati dall'istante essi sono dovuti a traffico ADSL a consumo. Dalla consultazione delle annotazioni nel sistema informatico, l'istante afferma di essere venuto a conoscenza che il traffico dati era fatturato "a consumo" solo in data 6/11/2017 quando - perdurando lo stato di insolvenza - veniva contattato dal call center per informarlo dell'imminente sospensione del servizio. In quell'occasione all'utente veniva fornito il numero di fax al quale inoltrare reclamo. L'utente, tuttavia, non inoltrava mai alcun reclamo; ugualmente non risulta che l'utente abbia mai contestato le fatture ricevute nel termine di 45 giorni previsti dal contratto. Pertanto, in data 14/11/2017, l'operatore provvedeva a sospendere la numerazione per morosità.

L'operatore chiede pertanto il rigetto delle domande dell'istante.

3. Motivazione della decisione

Tanto premesso, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le domande formulate da parte istante, devono essere parzialmente accolte nei termini che seguono.

3.1. Preme anzitutto rilevare che la domanda di rimborso/storno formulata dall'istante nella propria istanza di definizione è relativa soltanto alla fatturazione del traffico internet. Circa



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

i costi del subentro nella posizione amministrativa del precedente gestore nulla viene richiesto e, pertanto, sul punto questo Corecom non può assumere alcuna decisione.

3.2. Tanto premesso, quanto agli elevati addebiti per traffico dati, va rilevato che essi hanno origine nel subentro dell'istante nel vecchio contratto telefonico del precedente gestore il quale, evidentemente, prevedeva costi a consumo per il traffico dati particolarmente elevati. La presente controversia è dunque ascrivibile al fenomeno del cd. bill shock, ossia di addebiti particolarmente elevati a causa di consumi inconsapevoli da parte dell'utente. Con riferimento a tali casi (sebbene relativamente a servizi di roaming internazionale) Agcom ha stabilito che l'operatore deve fornire la prova della debenza delle somme, pena il diritto per l'utente allo storno delle fatture e/o al rimborso degli importi eventualmente versati. In giurisprudenza è, infatti, ormai pacifico che 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. II, 17 febbraio 2006, n. 947) ed inoltre si rileva che 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 (Cass. Civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313). L'operatore, tuttavia può - perlomeno parzialmente - escludere la propria responsabilità dimostrando di aver adottato tutte le misure necessarie al controllo del traffico, sia sotto il profilo della protezione della rete che sotto quello, contrattuale e normativo, di avviso all'utente per traffico anomalo o di attivazione dei servizi di blocco. Ne consegue che, in assenza, il rischio di traffico anomalo e di furto di traffico rimangono a carico dell'operatore. Ciò all'evidente fine di tutelare gli utenti di servizi di comunicazione mobile dal fenomeno di c.d. bill-shock (cfr. delibere Corecom E.R. n. 96/2016 e 126/2017 e precedenti ivi citati).

3.3. D'altra parte, in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali, gli articoli 1175 e 1375 del codice civile impongono i principi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto principi che, vista la natura professionale del soggetto coinvolto, devono essere



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

interpretati, in conformità a quanto previsto dall'articolo 1176 del codice civile, con particolare rigore. L'art. 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" (Cass., n. 5240/2004; ex plurimis, Cass., n. 14605/2004).

3.4. Alla luce del quadro normativo e regolamentare così delineato Agcom, nella delibera n. 75/10/CIR (già prima dell'entrata in vigore delle disposizioni di cui alla delibera n. 326/10/CONS relativa al solo roaming internazionale) ha concluso che, considerata la qualifica professionale dei soggetti che forniscono servizi di comunicazione mobili e personali di trasmissione dati e la natura dell'attività da loro esercitata, al fine di considerare la fornitura del servizio effettuata nel rispetto del principio di buona fede contrattuale, era necessario, tra l'altro, verificare il rispetto delle seguenti condizioni:

- innanzitutto, una chiara ed idonea informativa, al momento della stipula contrattuale, circa i costi e le condizioni di offerta del servizio, anche alla luce delle diverse circostanze di acquisizione del consenso (presso negozio dell'operatore, vendita porta a porta o fuori dai locali commerciali, ecc.) e delle tipologie di utenza (utente professionale o non professionale);
- in caso di accumulo, a carico del cliente, di corrispettivi per il servizio utilizzato notevolmente superiori alle ordinarie abitudini di spesa di quest'ultimo, tali da non corrispondere, cioè, ad un "uso normale" e ragionevole del servizio, l'adozione di



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

tempestivi strumenti di autotutela contrattuale simili a quelli solitamente impiegati in caso di traffico anomalo.

3.5. In applicazione di tali indicazioni, recente giurisprudenza (Corecom Lombardia, determine 16 e 17/2019) ha condivisibilmente osservato che 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.

3.6. Tanto premesso, come risulta dall'esposizione dei fatti dell'operatore, risulta che:

- sino al 6/11/2017 l'istante non fosse consapevole che l'utilizzo del traffico dati, fatturato a consumo dall'operatore, stava generando costi non in linea con le proprie aspettative di spesa;
- l'operatore non ha addotto alcun elemento idoneo a provare che i costi contestati dall'utente corrispondono ai volumi di traffico dati generati dall'utente.

Pertanto, poiché come più volte ribadito dall'Autorità, il gestore "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" (per tutte Agcom determina n. 134/17/DTC), si ritiene che la richiesta da parte di Wind di pagamento del traffico dati oggetto del presente procedimento non sia in linea con il suddetto principio di buona fede contrattuale anche perché l'operatore non ha adempiuto all'onere probatorio ad essa spettante relativamente alla congruenza di quanto fatturato con il volume di traffico internet oggetto di contestazione.



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

3.7. Per tutte le illustrate ragioni, in applicazione del principio di equità indicato dall'articolo 84 del codice delle comunicazioni elettroniche quale canone su cui fondare la risoluzione delle controversie e costruire un adeguato sistema di indennizzi e in applicazione della delibera Agcom n. 173/07/CONS (Linee guida sulla risoluzione delle controversie) la quale al punto III.5.2.) fa esplicito riferimento all'equità quale criterio di giudizio, si ritiene che la decisione sulla domanda di storno in esame possa prescindere dalla circostanza che l'istante non abbia dimostrato di aver inoltrato un reclamo ovvero contestato gli addebiti in questione entro i 45 giorni dal recapito in fattura previsti contrattualmente. D'altra parte, la stessa annotazione presente nei sistemi di Wind, e depositata in allegato nella memoria difensiva, rende evidente come la questione fosse ben nota all'operatore a prescindere dalla sua formalizzazione in un apposito reclamo.

3.8. Tanto considerato, si ritiene che l'istante possa ottenere lo storno dei seguenti importi:

- Euro 2.674,56 + IVA22% di cui alla fattura n. 2017T000832993 del 21/10/2017 per la componente "traffico" nel periodo 01/08/2017-30/09/2017;
- Euro 2.286,55 + IVA22% di cui alla fattura n. 2017T001006878 del 19/12/2017 per la componente "traffico" nel periodo 1/10/2017-30/11/2017.

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

DELIBERA QUANTO SEGUE

- 1) Accoglie parzialmente l'istanza di Vorrei di Aulicino nei confronti della società Wind Tre X per le motivazioni di cui in premessa;
- 2) La società Wind Tre X è tenuta a pagare in favore dell'istante, i seguenti importi:
 - l) Euro 4.961,11+IVA22% a titolo di storno di quanto fatturato per traffico dati nelle fatture 2017T000832993 del 21/10/2017 e n. 2017T001006878 del 19/12/2017;
- 3) la società Wind Tre X è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

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 provvedimento 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.

Firmato digitalmente

Il Segretario

Dott.ssa Rita Filippini

Firmato

Il Presidente

Dott. Stefano Cuppi



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.7628

email corecom@regione.emilia-romagna.it - PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom