DETERMINA 43 Fascicolo n. GU14/699572/2024

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX / Wind Tre S.p.A. (Very Mobile)

IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA

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”;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 194/23/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS

VISTA la delibera 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 denominato Regolamento sugli indennizzi come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 “Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni”, in particolare l’art. 30, e il “Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni” (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: “*Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione*”;

VISTO il vigente Accordo Quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1° gennaio 2023;

VISTA la “Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni al Comitato Regionali per le comunicazioni tra L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato

Regionale per le Comunicazioni Toscana” sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del Settore “Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione”, con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 02/09/2024 acquisita con protocollo n. 0227142 del 02/09/2024;

VISTA la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

Parte istante, titolare di un contratto residenziale con l’operatore Wind Tre S.p.A. (Very Mobile) di seguito, per brevità, Wind Tre, di cui all’utenza n. 349 363xxxx, lamenta un errata tariffazione collegata al traffico *Roaming*.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- durante un viaggio “*in crociera tra la Tunisia e l’Italia*”, sul numero telefonico oggetto della controversia, riscontrava “*un addebito di 26,21 euro per un traffico dati in roaming di 2,05 MB. L’sms con cui veniva[no] avvertiti dei costi riportava come costo a MB 12,5 centesimi a MB*”. Contestava che tale informazione prospettava semmai “[*u*]n costo 100 volte inferiore a quello addebitato”.
- Notava che lo “*stesso sms è arrivato sia sul numero 349363xxxx che 328174xxxx*”;
- inoltre “*l’sms (...) arriva[va] 10 minuti dopo l’addebito sul numero oggetto di questa contestazione, senza il tempo materiale per rendersi conto del fatto che il cellulare fosse in roaming su rete Tunisina*”.
- “*Wind contattata via pec e via procedura di conciliazione su questa piattaforma ha sempre asserito di aver correttamente addebitato il costo. Non ha mai dato riscontro sul contenuto dell’SMS. Mandare un costo 100 volte inferiore vuol dire trarre in inganno i clienti più o meno consapevolmente*”.
- L’utente ha commentato, altresì, che il fatto non aver ricevuto “*in tempo utile l’SMS non dà la consapevolezza di essere in roaming. Entrambe le cose (tariffa errata e ritardo) sono motivo oggettivo di addebito non corretto*”.
- Inviava una PEC in data 14 giugno 2024 dove lamentava l’addebito contestato. Chiedeva chiarimenti all’operatore, puntualizzando che l’*alert* dell’operatore era arrivato dopo l’addebito.
- Con PEC del 21 giugno 2024 il servizio clienti invitava l’utente a un contatto telefonico.
- Con PEC, inviata in pari data, rispondeva che intendeva avere un riscontro scritto, ribadendo che l’SMS di *alert* era arrivato dopo 10 minuti dall’addebito, di per sé “*fuori da ogni logica*”. Contestava altresì la tariffazione del paese extraeuropeo.
- Con PEC del 29 giugno 2024 Wind Tre ha confermato la correttezza della fatturazione.

In data 19 agosto 2024 la parte istante esperiva nei confronti dell’operatore convenuto tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto, con quantificazione dei rimborsi/indennizzi richiesti pari ad 126,21:

- i) *“in primo luogo che venga chiesto a Wind di correggere il contenuto dell'sms e valutare azioni nei confronti della stessa per quanto concerne il comportamento scorretto di indicare un costo inferiore di quello applicato”.*
- ii) *“che (...) vengano restituiti i soldi addebitati ingiustamente 26,21 euro e secondo (...) valutazione [del CoReCom] eventuali indennizzi per tutto il tempo speso in questa diatriba (indicativamente non pens[a] possa essere inferiore alla cifra di 100 euro)”.*

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore Wind Tre, nell'ambito del contraddittorio, con deposito della memoria difensiva del 18 ottobre 2024, ha preliminarmente precisato che *“ la numerazione a cui sono riferite le odierne contestazioni è la 349363xxxx, e che in data 21/12/2013 tramite rivenditore autorizzato Wind Tre veniva sottoscritta la proposta di contratto n. 109205006xxxx (All. 1) per l'attivazione in Mobile Number Portability della sim n. 349363xxxx con piano telefonico “Wind al Secondo” che si completava in pari data sui sistemi del gestore, come risulta dal print di sistema di Customer Relationship Management (CRM) della convenuta”.*

Sempre in via preliminare l'operatore ha eccepito in rito *“l'inammissibilità e/o improcedibilità della istanza di definizione art. 20, comma 4, Delibera 353/19/CONS limitatamente alla domanda di “indennizzo per il tempo speso e quantificata nella misura di euro 100,00 , in quanto ha la connotazione di una richiesta di risarcimento del danno o dei disagi che, non è demandabile per espressa previsione normativa (confronta Delibera 353/19/CONS e ss.mm.ii) all'Autorità adita. Ai sensi dell'Art. 20, comma 4, della suddetta Delibera, infatti, solo ove riscontri la fondatezza dell'istanza, il Corecom adito potrà 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”.Il comma successivo, poi, precisa che: “Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno”. Ciò posto, anche alla luce della recente giurisprudenza formatasi sul punto, la domanda di risarcimento ex adverso formulata è destinata al rigetto e dovrà, semmai, essere avanzata avanti altra Autorità. Nella denegata ipotesi in cui l'Autorità adita non accolga l'eccezione di improcedibilità innanzi sollevata e per mero tuziorismo difensivo, la Scrivente precisa quanto in seguito indicato”.*

Nel merito l'operatore ha precisato di *“aver tariffato quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dal relativo piano tariffario prescelto dall'istante nel corso del rapporto contrattuale e da quanto previsto dagli accordi di Roaming Internazionale pubblicati sul sito istituzionale di Wind Tre: <https://www.windtre.it/offerte-all-estero>: Per meglio comprendere tale contestazione è opportuno brevemente ricostruire i fatti che hanno portato alla presente procedura:*

- *“In data 14/06/2024 perveniva al gestore una PEC nella quale l'istante contestava l'addebito ricevuto sul credito residuo della SIM n. 349363xxxx per connessioni in roaming internazionale, chiedendone il rimborso. Il reclamo risultava non fondato in quanto, da approfondite verifiche effettuate sulla SIM oggetto di doglianza, risultava che in data 13/06/2023 era stato effettuato traffico internet per un importo complessivo di € 26,21 con il gestore “Tunisie Telecom”.*
- *“In data 19/06/2023 dopo vari tentativi di contatto telefonico all'istante non andati a buon fine, veniva inviato un riscontro scritto via PEC nel quale veniva confermato che il reclamo non poteva essere accolto in quanto non si riscontravano anomalie di fatturazione, come di seguito riportato: In pari data perveniva un'ulteriore PEC da parte istante per contestare come l'SMS ricevuto di “Benvenuto in Tunisia” con i relativi costi in merito alle chiamate e al t In data 21/06/2024 dopo vari tentativi di contatto telefonico all'istante non andati a buon fine, veniva inviato un riscontro scritto via PEC nel quale il sig. XXX veniva invitato*

a mettersi in contatto con il servizio clienti del gestore per effettuare insieme delle verifiche, come di seguito riportato: traffico internet risultava ricevuto dopo che il traffico in roaming era stato addebitato”.

L'operatore ha proseguito evidenziando che *“preme segnalare come, in ragione dell'art. 123, comma 2, D. Lgs. 196/2003 (Codice della Privacy), dove è previsto che “il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi”, la scrivente è in grado di depositare il dettaglio traffico (All. 2) estrapolato dai propri sistemi relativamente al mese di giugno 2024 (periodo contestato dalla parte istante) nonché il dettaglio dell'evento occorso come di seguito riportato, a dimostrazione di aver tariffato correttamente il traffico effettuato dalla parte istante (comunicato nell'SMS), della propria buona fede e nei fatti di cui è causa e l'impossibilità per il Corecom di accogliere le eue La convenuta riporta inoltre quanto regolamentato dall'AGCOM con la Delibera n. 326/10/CONS “Misure di tutela degli utenti dei servizi di comunicazione mobili e personali” all'Articolo 2 (Sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile) comma 6: “Gli operatori mobili offrono gratuitamente anche agli utenti con piani tariffari a consumo[...] la possibilità di predefinire una soglia massima di consumo mensile per traffico dati scelta dall'utente tra le diverse opzioni proposte dall'operatore. A tutti gli utenti che, entro il 31 dicembre 2010, non abbiano provveduto a scegliere tale soglia o a dichiarare di non volersene avvalere, si applica automaticamente, a decorrere dal 1 gennaio 2011, il limite massimo di consumo per traffico dati nazionale pari a 50 euro per mese per utenze private e pari a 150 Euro per utenze affari oltre ad un limite di 50 euro per il traffico dati nei Paesi esteri diversi da quelli dell'Unione europea, fatto salvo il limite di 50 euro previsto dal regolamento europeo per il traffico dati in roaming nei paesi dell'Unione europea . Per la cessazione del collegamento e le relative notifiche e consensi si applicano le medesime disposizioni di cui ai commi 2 e 3.” comma 2 - “[...] gli operatori provvedono a far cessare il collegamento dati non appena il credito o il traffico disponibile residuo (di tempo o di volume) [...] sia stato interamente esaurito dal cliente, senza ulteriori addebiti o oneri per quest'ultimo [...]. La connessione dati è riattivata nel più breve tempo possibile dopo che l'utente ha fornito, mediante una modalità semplice, il proprio consenso espresso, che non può, quindi, essere tacito o presunto.”*

Inoltre, con riferimento alla richiesta di indennizzo, ha ritenuto opportuno *“riporta[re] anche quanto stabilito dal Corecom Sicilia con la Delibera n. 14/2023: “[...] (il gestore) ha dovuto sospendere il servizio DATI, proprio a sua tutela, così come testualmente indicato della delibera n.326/10/CONS all' art. 2 comma 2. [...] Pertanto, [...] alcun indennizzo può essere riconosciuto all'istante [...]”.*

L'operatore ha poi *“precisa[to] che l'eventuale fatturazione indebita trova il suo soddisfacimento attraverso la restituzione degli importi addebitati in fatture o mediante lo storno degli stessi nel caso in cui non siano stati corrisposti dall'istante”.* Sul punto ha osservato quanto segue:

- *“Si veda a tal proposito la Delibera AGCom n. 93/17/CONS secondo la quale “[...] non risulta accoglibile la richiesta dell'istante di cui al punto ii), inerente alla liquidazione di un indennizzo per quanto accaduto, atteso che a fronte della fatturazione indebita non sussistono gli estremi per la liquidazione di un indennizzo, bensì la possibilità dell'utente di richiedere lo storno e/o il rimborso degli importi fatturati, ma non dovuti, in conformità a quanto previsto dalla Carta dei Servizi”, (ex multis, Determina direttoriale 49/15/DIT, Delibera Agcom n. 12/22/CIR)”.*
- *“l'istante, nel momento in cui ha accettato la proposta di contratto Wind Tre per l'attivazione dell'utenza de quo, ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 Cod. Civ., di approvare specificamente le clausole delle “Condizioni Generali di Contratto” e tutti gli Allegati (All. 3), riporta quanto sancito dall'ART. 5.2 - Comunicazioni in Roaming*

- Nazionale e Internazionale: “Il corrispettivo dovuto dal Cliente non subirà variazioni per le chiamate effettuate in Roaming Nazionale rispetto a quelle effettuate sulla rete di WIND”.*
- *“Il corrispettivo dovuto dal Cliente per le chiamate effettuate e ricevute in Roaming Internazionale sarà determinato secondo le condizioni economiche fissate da WIND”. Il Cliente potrà acquisire informazioni più dettagliate consultando il sito www.windtre.it.”*
  - *“tutte le informazioni inerenti ai costi in Roaming Internazionale e i recapiti per l’Assistenza per contattare il Servizio Clienti WINDTRE dall’Estero sono riportati anche sul sito istituzionale di Wind Tre: <https://www.windtre.it/offerte-all-estero>: La convenuta specifica che dal 1° luglio 2020, in ambito tutela dei consumatori, è obbligatorio da parte delle società di telecomunicazioni, mettere a disposizione dei clienti la possibilità di controllare gratuitamente le spese sul traffico dati in roaming internazionale e in Unione Europea una volta esaurito il bundle a disposizione”.*
  - *Al fine di ottemperare alle nuove disposizioni regolamentari, è stata prevista l’introduzione di una nuova soglia automatica di blocco a 100,00 euro aggiuntiva, rispetto a quella già in essere di 50,00 euro. Al momento dell’attivazione il cliente ha a disposizione una soglia di 50,00 euro e successivamente una soglia di 100,00 euro di traffico dati in roaming internazionale, oltre i quali il traffico dati all’estero viene bloccato. Raggiunta la soglia di costo impostata, il traffico dati all’estero viene bloccato. Le soglie predefinite ed automatiche su tutti i clienti sono di € 50,00 e di € 100,00. L’istante, pertanto, aveva la possibilità di modificare tale soglia effettuando una sospensione o una modifica permanente a questi importi: 100,00€ - 200,00€ - 500,00€ - 1000,00€ oppure avrebbe potuto eliminare ogni soglia prefissata in modo provvisorio (sospensione) o definitivo (disattivazione): Nel caso di specie, la soglia impostata sulla numerazione 349363xxxx era ed è di 50,00 euro:*
  - *“Nel caso di specie, la soglia impostata sulla numerazione 349363xxxx era ed è di 50,00 euro: (...)”*
  - *Dalle FAQ Wind Tre: “Se ti trovi vicino ad un confine o abiti in una zona di confine ma rimani in Italia, puoi disattivare la ricerca automatica della rete oppure disabilitare il Roaming dal menu del tuo telefono. Così facendo il tuo Smartphone non può connettersi alla rete di nessun altro operatore al di fuori di WINDTRE, inoltre puoi anche bloccare il traffico dati in Roaming attraverso il menù del telefono. Ogni volta che il tuo Smartphone prende il segnale di un operatore estero, ricevi un SMS di benvenuto nel relativo Paese con le informazioni sulle tariffe massime che vengono applicate. Per ulteriori dettagli sulla disabilitazione del Roaming consulta il manuale del tuo Smartphone. Puoi verificare le tariffe base (per l’Europa e il Resto del Mondo) visitando la sezione Estero. Le tariffe vengono applicate in tutto il Mondo ad eccezione dei Paesi dell’Unione Europea per i quali valgono le condizioni previste dalla normativa europea. Se hai uno Smartphone e sei all’Estero, puoi bloccare il traffico dati in Roaming accedendo dal menù del telefono; in questo modo potrai evitare connessioni inconsapevoli. Ogni volta che ti troverai al di fuori dell’Italia, riceverai un SMS con tutte le informazioni e le tariffe applicate nel Paese in cui ti trovi.”:*
  - *“sin da subito, [è riscontrabile] il comportamento poco diligente del signor XXX, palesato nella sua totale inerzia nel non essersi informato preventivamente dei costi e delle offerte messe a disposizione dal gestore per il traffico in roaming internazionale e nel non aver adottato un comportamento prudente mettendo in atto eventuali accorgimenti al fine di impedire connessioni inconsapevoli, contraddicendo la sussistenza di un interesse concreto da parte dell’istante nei confronti del servizio erogato, integrando così certamente gli estremi di un inadempimento contrattuale. Risulta quindi evidente il venir meno dell’interesse della parte istante nei confronti di Wind Tre; l’interesse è infatti uno dei principali e fondamentali requisiti dell’azione (giudiziaria o amministrativa) rispetto anche*

a quanto precisato dall'Autorità nelle Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche”.

- *“Autorevole giurisprudenza afferma che “[...] il comportamento secondo buona fede e correttezza del singolo contraente è finalizzato, nel rispetto del temperamento dei rispettivi interessi, ad una tutela delle posizioni e delle aspettative dell'altra parte; in tale contesto è legittimo configurare quali componenti del rapporto obbligatorio i doveri strumentali al soddisfacimento dei diritti delle parti contraenti, cosicché è stato ritenuto che anche la mera inerzia cosciente e volontaria, che sia di ostacolo al soddisfacimento del diritto della controparte, ripercuotendosi negativamente sul risultato finale avuto di mira nel regolamento contrattuale degli opposti interessi, contrasta con i doveri di correttezza e di buona fede e può quindi configurare inadempimento”.*

A supporto della propria posizione Wind Tre ha richiamato *“la determina GUI4/222221/2019 del Corecom Emilia-Romagna nel punto in cui viene indicato: “[...] si ritiene che al dovere di informare d'una parte corrisponda l'onere d'informarsi dell'altra, nel senso di farsi responsabilmente parte attiva acquisendo diligentemente tutte le notizie rese disponibili in relazione al rapporto contrattuale che si intende instaurare. In altri termini, se sull'operatore incombe l'obbligo di rendere disponibili all'utente tutte le informazioni che attengono al contratto, è poi onere dell'utente prenderne compiutamente visione.”* Inoltre *“nella Delibera 276/13/CONS, l'Autorità ha espressamente precisato che, per la liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento, tra le altre cose, al concorso del fatto colposo del creditore: “se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto.”* (ex multis, *Delibera AGCOM n. 23/17/CIR; Delibera AGCOM n. 32/22/CIR*). La Corte di Cassazione a sezioni unite nella sentenza 21 novembre 2011, n.24406 hanno elaborato una massima che vale qui la pena richiamare: *“In tema di risarcimento del danno, al fine di integrare la fattispecie di cui all'art. 1227, primo comma, c.c. - applicabile per l'espresso richiamo di cui all'art. 2056 c.c. anche alla responsabilità extracontrattuale – il comportamento omissivo del danneggiato rilevante non è solo quello tenuto in violazione di una norma di legge, ma anche più genericamente in violazione delle regole di diligenza e correttezza”.*

L'operatore ha *“rileva[to] infine come ultima e non meno importante precisazione che, nonostante Wind Tre, in ottica estremamente conciliativa, in fase di gestione della suddetta istanza avesse cercato con la parte istante un componimento bonario della controversia riconoscendo un rimborso anche superiore alla cifra realmente spesa, lo stesso non si rendeva disponibile ad accettare alcun tipo di proposta. Tuttavia, l'istante, non condividendo alcuna proposta della scrivente, rifiutando l'accordo, preferiva coltivare la presente procedura, con ciò comportando un ulteriore aggravio di costi di rappresentanza e di assistenza per Wind Tre e di costi e risorse per l'Autorità adita. Ora, in considerazione di quanto sopra esposto, il Gestore chiede, in caso di definizione della presente vertenza, di tenere conto “del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”. Le richieste di parte istante connoterebbero pertanto la configurazione di una lite temeraria ovvero la volontà di azionare gli strumenti amministrativi a disposizione per far valere non un eventuale diritto, nella consapevolezza o nell'ignoranza dell'infondatezza della propria pretesa ovvero che nessun importo sia dovuto ma anche che alcun danno è indennizzabile”.*

In ultimo l'operatore ha concluso per il rigetto dell'istanza:

- *“Non si ravvisa, pertanto, nella fattispecie in esame, l'esistenza di un ulteriore disagio indennizzabile nei termini previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.*
- *Null'altro è da aggiungere per la controversia in esame, non potendosi ravvisare alcuna responsabilità della convenuta avendo tariffato correttamente quanto reclamato dalla parte istante e avendolo ampiamente spiegato e dimostrato nella presente difesa”.*

3. Motivazione della decisione.

In primis, con riferimento alla domanda *sub i)* volta ad ottenere “che venga chiesto a Wind di correggere il contenuto dell’SMS e valutare azioni nei confronti della stessa per quanto concerne il comportamento scorretto di indicare un costo inferiore di quello applicato”, si osserva che tale richiesta, rimandando ad un obbligo di “*facere*”, non può essere oggetto della presente disamina ai sensi dall’articolo 20, comma 4, del vigente Regolamento, che vincola il contenuto decisivo all’erogazione di “*rimborsi di somme risultate non dovute*” e “*indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell’Autorità*”. Oltretutto la questione inerente alla presunta scorrettezza dell’informazione commerciale resa dall’operatore non è fattispecie suscettibile di indennizzo ai sensi del Regolamento sugli indennizzi e, comunque, attiene a materia che esula dalla competenza dell’organo adito.

Con riferimento, inoltre, a parte della domanda *sub ii)* volta ad ottenere “*indennizzi per tutto il tempo speso in questa diatriba*”, per la cui valutazione si rimette a questo CoReCom, si rileva che la richiesta, così come formulata, allude implicitamente a richieste di tipo risarcitorio ed è inammissibile ai sensi dell’articolo 20, comma 4, del summenzionato Regolamento. Tuttavia, le richieste impropriamente definite risarcitorie possono essere ricondotte, in un’ottica di *favor utentis*, laddove sussistano i presupposti previsti dal Regolamento sugli Indennizzi, a quelle di natura indennitaria, aventi funzione compensativa del disagio subito dall’utente.

La presente disamina s’incentra, dunque, sull’addebito dell’importo a titolo di *roaming* in quanto non debitamente preavvisato e sull’incompleta risposta al reclamo.

Sull’addebito a titolo di euro 26,21 a titolo di *roaming*

Parte istante ha lamentato l’addebito di euro 26,21 a titolo di *roaming* in territorio extra-europeo per pochi secondi, senza che tale addebito fosse preceduto da un SMS essendo lo stesso pervenuto 10 minuti più tardi della riduzione del credito sulla SIM. Oltretutto la comunicazione, seppur tardiva, riguardava il possibile addebito di un importo inferiore.

Di contro, la società Wind Tre ha dichiarato la correttezza della fatturazione.

La doglianza è fondata per le ragioni di seguito esposte.

Sul punto giova preliminarmente richiamare l’orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, (*ex multis*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947) in virtù del quale 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; 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 (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313). Le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall’utente ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi. Conformemente a tale orientamento giurisprudenziale, l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha più volte ribadito, che “*la bolletta telefonica, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria e la società telefonica è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra i dati forniti da esso e quello trascritto nella bolletta*” (delibere Agcom n. 2/13/CIR, n.10/05/CIR, n. 85/09/CIR, n. 23/10/CIR, n. 33/10/CIR). È 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 delle fatture e/o al loro rimborso (*ex multis*, Delibera Agcom n. 82/17/CIR).

Inoltre, la Delibera Agcom n. 326/10/CONS recante “*Misure di tutela degli utenti dei servizi di comunicazione mobili e personali*” disciplina all’articolo 2, i sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile, prevedendo, in particolare, che “[g]li operatori mobili, con riferimento ai piani tariffari che prevedono un plafond di traffico dati tariffato a forfait (di tempo o di volume), rendono disponibili gratuitamente sistemi di allerta efficaci che, al raggiungimento di una soglia di consumo pari ad una percentuale del plafond di traffico (di tempo o di volume) scelta dall’utente tra le diverse opzioni proposte dall’operatore, informino l’utente medesimo: a) del raggiungimento della soglia; b) del traffico residuo disponibile; c) del prossimo passaggio ad eventuale altra tariffa e del relativo prezzo al superamento del plafond”.

Sul punto, con riferimento alla fattispecie in esame, si richiama uno dei principi fondamentali in materia di tutela dei consumatori che prevede a carico dei gestori, l’impegno di avvertire l’utente nelle ipotesi in cui vengano superate le soglie di traffico consentite dal piano tariffario aderito. L’articolo 3, comma 6, della delibera n. 126/07/CONS, infatti, prevede che “*nel caso di promozioni o offerte, che a titolo oneroso diano luogo ad usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, l’operatore di telefonia informa il consumatore in prossimità dell’esaurirsi di dette quantità, dell’imminente ripristino delle condizioni economiche previste dall’offerta precedentemente sottoscritta*”. Inoltre, gli utenti possono monitorare il livello dei propri consumi, grazie a specifiche disposizioni vigenti in materia di controllo della spesa. In particolare, l’articolo 6, comma 1, Allegato A, della Delibera Agcom n.179/03/CSP prevede che “*gli organismi di telecomunicazioni forniscono agli abbonati, a richiesta e senza aggravio di spesa almeno uno strumento o una modalità che consenta di limitare o controllare il livello dei consumi derivanti dall’uso del servizio oggetto del contratto*”. Il medesimo articolo, al comma 2, prevede il diritto dell’operatore di adottare “*strumenti di autotutela in caso di traffico anomalo, in particolare per i casi di possibile uso fraudolento del servizio, quali l’avviso dell’abbonato o l’invio di fatture anticipate rispetto all’ordinaria cadenza di fatturazione*” (cfr. Delibera Agcom n. 109/14/CIR).

Tutte le norme sopra richiamate, attraverso la previsione di specifiche misure di garanzia (sistemi di allerta; cessazione automatica del collegamento dati al raggiungimento della soglia di traffico predeterminata; acquisizione del consenso espresso dell’utente; servizio gratuito di abilitazione/disabilitazione del traffico dati) pongono a carico del soggetto erogatore della fornitura un dovere di “*protezione*” nei confronti del cliente, che deve essere reso “*effettivo*”, al fine di evitare il rischio di consumi superiori ai volumi di traffico concordato, nonché attivazioni “*casuali*” di servizi/contenuti a pagamento durante la navigazione in internet, con il conseguente addebito di costi non voluti (*ex multis* Delibera Agcom n. 135/16/CIR).

Nel caso di specie, a fronte della contestazione dell’istante circa il traffico addebitato, l’operatore ha precisato di “*aver tariffato quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto dei costi previsti dal relativo piano tariffario prescelto dall’istante nel corso del rapporto contrattuale e da quanto previsto dagli accordi di Roaming Internazionale pubblicati sul sito istituzionale di Wind Tre: <https://www.windtre.it/offerte-all-estero>: (...)*”.

Tuttavia, dalla documentazione in atti e attesa la contestazione dell’istante circa non tempestività del messaggio pervenuto e l’inesattezza del contenuto dello stesso, non risulta provato il ricevimento dell’*alert*. Tale messaggio avrebbe dovuto avvertire l’istante circa gli addebiti a titolo di *roaming* effettuato durante la permanenza all’estero con puntuale indicazione delle tariffe che sarebbero state applicate, conformandosi alla normativa sopracitata (*ex multis* Cfr. Delibera Agcom n. 117/15/CIR).

Nel caso specifico, è evidente il legittimo affidamento dell’utente nel ricevimento del messaggio di *alert* sopracitato. Tale circostanza assume, nel caso che ci occupa, particolare rilievo, dal momento che l’istante si trovava in una situazione di viaggio, come quella della crociera, dove è particolarmente disagiata il riconoscimento dell’ingresso in un paese extra-europeo; il tardivo

ricevimento dell'SMS di *alert* ha impedito una scelta consapevole sull'opportunità o meno di effettuare traffico indesiderato.

Sul punto viene in rilievo la Delibera Agcom n.179/03/CSP, Allegato A), all'articolo 4 evidenza che: *“gli utenti hanno diritto ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi (...) la diffusione di qualsiasi informazione, in particolare di quelle relative alle condizioni tecniche ed economiche dei servizi (...) avviene secondo criteri uniformi di trasparenza, chiarezza e tempestività, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà, valutati alla stregua delle esigenze delle categorie di consumatori più deboli”*.

Pertanto, fermo il disconoscimento da parte dell'istante di non aver ricevuto un messaggio di *alert* completo circa l'attivazione del *roaming* alla tariffazione del paese, all'esito delle risultanze istruttorie, si dispone la regolarizzazione contabile-amministrativa mediante il rimborso dell'importo di euro 26,21 a titolo di *roaming*.

Viceversa, con riferimento alla domanda *sub ii)*, è da evidenziarsi che l'istante, per l'avvenuta applicazione, da parte di Wind Tre, di un addebito *roaming* secondo tariffazione non debitamente comunicata, non ha diritto ad alcun indennizzo atteso che il disservizio subito attiene, tutt'al più, all'indebita fatturazione che, secondo il costante orientamento dell'Autorità, esclude il riconoscimento dell'indennizzo in quanto non riconducibile, neanche in via analogica, ad alcuna delle fattispecie di cui al Regolamento sugli indennizzi (*ex multis* Delibera Agcom n. 93/18/CIR).

Sulla mancata/incompleta risposta al reclamo

L'istante ha lamentato l'insoddisfacente risposta ai reclami, laddove l'operatore ha rappresentato la corretta gestione del cliente.

La doglianza riferita alla domanda *sub ii)* d'indennizzo sotto il profilo dell'incompletezza della risposta al reclamo è meritevole di accoglimento per le ragioni di seguito esposte.

Innanzitutto occorre precisare che l'istante inviava una PEC in data 14 giugno 2024 dove lamentava l'addebito contestato, puntualizzando che l'*alert* dell'operatore era arrivato dopo l'addebito. Con PEC del 21 giugno 2024 il servizio clienti invitava l'utente a un contatto telefonico, Con PEC, inviata in pari data, l'istante rispondeva che intendeva avere un riscontro scritto, ribadendo che l'SMS di *alert* era arrivato dopo 10 minuti dall'addebito, di per sé *“fuori da ogni logica”*. Contestava, quindi, la tariffazione estremamente onerosa del paese extraeuropeo. Con PEC del 29 giugno 2024 Wind Tre confermava la correttezza della fatturazione.

Con la PEC sopracitata, inviata all'utente ad oggetto *“Contestazione non evadibile”*, veniva testualmente comunicato quanto segue:

“Gentile XXX,

in riferimento alla tua segnalazione del 21-06-2024 identificata con numero 164877xxxx e relativa al numero 349363xxxx ti comunichiamo di aver effettuato le opportune verifiche dalle quali è emerso che il traffico effettuato in roaming è correttamente tariffato. La funzione di roaming è un'opzione disattivabile dal cliente nelle impostazioni del cellulare.

Pertanto non è possibile accogliere la tua richiesta.

Per ogni altra informazione puoi consultare il nostro Sito internet windtre.it o contattare il nostro Servizio Clienti, sempre a tua disposizione, al numero 159”.

Orbene, prendendo in esame il testo della risposta, viene in rilievo la Delibera Agcom n. 179/03/CSP, secondo cui nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere fornita in forma scritta, adeguatamente motivata ed indicare gli accertamenti compiuti, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della

qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

In particolare, sul punto, si evidenzia che, secondo un costante orientamento dei Corecom (v. *ex multis* Delibera Corecom Piemonte n. 22/2020, Corecom Lazio Delibera n. 38/12, Corecom Lombardia Delibera 35/11, Delibera Corecom Toscana n. 107 del 10 novembre 2020), sussiste un indennizzo per ritardata/mancata risposta al reclamo, anche qualora l'operatore abbia fornito all'utente una risposta scritta entro i termini contrattualmente previsti, ma tale risposta risulti inidonea a soddisfare l'esigenza informativa posta dall'utente.

Nel caso di specie, infatti, attesa la contestazione dell'utente circa l'addebito *roaming* pervenuto prima senza preventiva informativa e secondo una tariffazione gravosa, la predetta comunicazione si limita ad indicare “*di aver effettuato le opportune verifiche dalle quali è emerso che il traffico effettuato in roaming è correttamente tariffato*”, suggerendo *tout court* la disattivazione del servizio di *roaming*.

Dunque, atteso che il disposto dell'art. 8, comma 4, della Delibera n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), prevede che la risposta al reclamo debba essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto (e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta), in forma scritta nei casi di rigetto, la mancata risposta al reclamo giustifica il riconoscimento all'utente di un indennizzo “*da mancata risposta al reclamo*”.

Pertanto, trova applicazione l'art. 12, comma 1, del vigente Regolamento indennizzi, secondo il quale, in caso di mancata/ritardata risposta al reclamo “*entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità*” è previsto “*un indennizzo pari a euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 300*”.

Ai fini del calcolo dell'indennizzo si determina il *dies a quo* nella data del 28 luglio 2024, detratto il tempo utile di 45 giorni previsto dalla Carta dei Servizi dell'operatore per la risposta al reclamo del 14 giugno 2024 e il *dies ad quem* nella data dell'udienza di conciliazione del 19 agosto 2024.

Quindi, l'istante ha diritto al riconoscimento di un indennizzo pari a 55,00 (cinquantacinque/00) computato nella misura di euro 2,50 *pro die* per i 22 giorni di mancata/incompleta risposta al reclamo ai sensi del sopracitato art. 12, comma 1 del Regolamento indennizzi.

DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 02/09/2024 è tenuta a regolarizzare, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, in relazione all'utenza n. 349 363xxxx, la posizione amministrativa – contabile mediante il rimborso di euro 26,21 oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, con le modalità di pagamento indicate in istanza.
- Wind Tre S.p.A. (Very mobile) è tenuta a corrispondere, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, con le modalità di pagamento indicate in istanza, in favore dell'istante l'importo pari ad euro a 55,00 (cinquantacinque/00), maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, a titolo d'indennizzo per la mancata risposta al reclamo.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30, comma 12, del Codice.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il dirigente

Cinzia Guerrini

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)