



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

DELIBERA n. 31/17/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
DE MARCHI / WIND TRE S.P.A. (GIA' WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A.)
(GU14 n. 833/16)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 18 aprile 2017;

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. 88/16/CONS;

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*”, di seguito “*Regolamento*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n.597/11/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 “*Regolamento indennizzi*”;

VISTA l’istanza del sig. De Marchi, del 29 aprile 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

L'istante, intestatario dell'utenza telefonica mobile *business* n. 335225xxx, ha contestato la fattura n. 2015T0000395295 del 20 maggio 2015 relativa al periodo 1 marzo 2015 – 30 aprile 2015, con riferimento alle connessioni GPRS. In particolare nell'istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell'audizione, l'istante ha dichiarato quanto segue:

a. in data 28 aprile 2015, l'istante si era recato per motivi familiari negli Stati d'Uniti ed avendo ricevuto il messaggio di *alert* relativo al raggiungimento della soglia prevista per il traffico dati all'estero aveva contattato il servizio clienti Wind che gli forniva rassicurazioni circa il limite di spesa di 200,00 euro;

b. l'istante, avendo ricevuto altri messaggi di superamento soglia, aveva contattato di nuovo il servizio clienti ed aveva aderito all'opzione per l'estero "Travel Mondo Business";

c. rientrato in Italia, l'istante ha ricevuto la fattura n. 2015T000395295 dell'importo pari ad euro 5.023,39, di cui 4.905,00 relativi alle connessioni GPRS;

d. l'istante ha inviato un reclamo per chiedere chiarimenti ma veniva informato che la fatturazione risultava regolare.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- i. lo storno della fattura contestata;
- ii. la liquidazione dell'indennizzo per la condotta dell'operatore.

2. La posizione dell'operatore

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A. (ora Wind Tre S.p.A., di seguito anche solo "Wind" o "Società"), nella memoria e nel corso dell'audizione, ha dichiarato che l'istante, titolare della SIM post-pagata n. 335225xxx con listino "*All Inclusive Business Unlimited Sim Edition*", attivata il 31 gennaio 2011 e cessata il 15 luglio 2015, contesta il traffico dati *roaming*, generato dal 27 aprile 2015 al 29 aprile 2015 per un totale di euro 4.010,62, relativo alla fattura numero 2015T000395295 (periodo di competenza 01/03/2015 - 30/04/2015), sostenendo, altresì, di aver chiamato subito prima della partenza per gli USA il n. 1928 e di aver ricevuto in merito al traffico dati *roaming* informazioni errate.

Avviate le opportune verifiche, Wind, rilevava che l'istante non si era mai premurato di contattare il n. 1928 per ricevere informazione sul traffico dati *roaming* prima del 30 aprile 2015, data in cui, su sua richiesta, veniva attivata sul numero oggetto di controversia l'opzione "*Travel Mondo Business*".

L'istante, recatosi il 29 aprile 2015 all'estero, effettuava con la SIM n. 335225xxx connessioni GPRS *roaming* per complessivi 4.010,62 euro dal 27 aprile 2015 al 29 aprile



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

2015. Le successive connessioni effettuate in data 30 aprile 15 venivano invece fatturate a 0 poiché nella stessa data era stata attivata la suddetta opzione.

In data 8 giugno 2015 il cliente contestava tramite raccomandata il traffico GPRS *roaming* addebitato nella fattura n. 2015T000395295 sostenendo di aver ricevuto un SMS che lo avvisava del raggiungimento della soglia di euro 200,00 di traffico GPRS *roaming*.

Effettuati gli opportuni controlli, Wind riscontrava che, in data 27 aprile 2015, l'istante veniva dapprima informato del raggiungimento dell'80% della soglia di spesa a sua disposizione, trasmettendogli l'SMS di notifica 80% estero. Nella stessa data, esattamente un minuto dopo circa, l'istante riceveva un SMS di blocco estero, come risulta dal dettaglio del traffico relativo alla fattura contestata, in data 29 aprile 2015, l'istante provvedeva all'invio dell'SMS per lo sblocco del traffico dati. In data 1 maggio 2015, l'istante riceveva nuovo SMS di notifica 80% estero. Alla stessa data, un nuovo SMS di blocco estero. Nei giorni successivi, Wind inviava al n. 335225xxx ulteriori SMS di reitero informativi e di blocco. Terminati i suddetti controlli, Wind riscontrava che il traffico GPRS *roaming* era stato correttamente generato e fatturato avendo il cliente inviato SMS al n. 4011 per sblocco traffico dati e ne dava opportuno e tempestivo riscontro scritto al cliente sull'esito della gestione del predetto reclamo.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato.

La controversia verte sulla contestazione della fatturazione relativa al traffico GPRS effettuato dall'istante nelle giornate del 27,28 e 29 aprile 2015. In ragione della fatturazione elevata, l'istante ha richiesto la specifica dei costi, della durata e della tipologia delle singole connessioni senza ricevere alcun chiarimento dall'operatore che si è limitato a confermare la regolarità della fatturazione.

Per la definizione della controversia occorre far riferimento ai principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali e, in particolare, a 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



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

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.

Sulla base di quanto sin qui esposto, l'operatore, nel rispetto della normativa vigente, ha fornito all'utente un sistema di allerta circa il raggiungimento del limite previsto per il traffico dati all'estero, provvedendo a reiterare l'invio dei messaggi relativi al raggiungimento del limite di spesa. Tuttavia, tale sistema non è stato sufficiente a rendere consapevole l'utente circa l'addebito spropositato conseguente all'utilizzo di traffico dati all'estero, tanto che, nelle sole giornate del 27, 28 e 29 aprile 2015, tale traffico avrebbe comportato l'addebito di circa 4.000,00 euro.

D'altronde, va considerato anche il comportamento di buona fede del cliente, che, sorpreso dai continui messaggi di allerta, ha prontamente contattato il servizio clienti procedendo all'attivazione di un'opzione valida per l'estero, tant'è che dalla data del 30 aprile 2015 non risultano ulteriori addebiti per traffico GPRS *roaming*. Anche successivamente, al fine di verificare la correttezza degli addebiti, l'utente ha richiesto all'operatore il dettaglio del traffico, ma senza esito.

In effetti, Wind ha provveduto a depositare il dettaglio del traffico generato dall'istante solo con la memoria difensiva; tuttavia tale documentazione non ha soddisfatto i requisiti della chiarezza e della trasparenza, in quanto con riferimento alla voce “connessione GPRS” non risulta valorizzato il campo relativo alla durata nè risulta specificato il volume dei dati scaricati. L'operatore avrebbe dovuto depositare il dettaglio del traffico comprensivo del volume dei dati scaricati dall'istante per ogni singola connessione GPRS, consentendo di poter verificare la correttezza dei dati fatturati, soprattutto in considerazione della particolarità dovuta al fatto che in sole tre singole connessioni avvenute alle ore 23.50 del 27 aprile 2015 sono stati addebitati costi pari ad euro 200,01, nella giornata del 29 aprile alle ore 19.21, addebiti pari ad euro 703,10 e alle ore 23.01 addebiti pari ad euro 3.086,34.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Ne discende che, nel caso di specie, l'operatore, con la propria condotta, non ha consentito all'utente interessato di rendersi conto della reale consistenza, in termini di corrispettivo economico, del traffico dati generato, né, sotto il profilo procedimentale, ha assolto l'onere della prova circa la effettiva quantità di dati scaricati durante ogni singola connessione e il relativo corrispettivo economico.

Tanto premesso, con riferimento alla richiesta dell'istante di cui al punto *i*), la stessa deve essere accolta, pertanto, la società Wind sarà tenuta a stornare parzialmente la fattura oggetto di contestazione nella parte relativa al traffico GPRS, pari complessivamente a euro 4.905,70 IVA inclusa.

Con riferimento alla richiesta di cui al punto *ii*), la stessa non può essere accolta in quanto esula dall'ambito di applicazione di cui al *Regolamento indennizzi*.

Infine, si ritiene opportuno liquidare la somma pari ad euro 150,00 a titolo di spese di procedura, in considerazione del fatto che l'istante ha fatto ricorso all'assistenza di un legale.

CONSIDERATO che, nelle more della conclusione del procedimento, la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. si è fusa, per incorporazione, con la società H3G S.p.A. nella nuova società Wind Tre S.p.A.;

CONSIDERATO che la nuova formulazione dell'art. 2504-*bis* c.c., al comma 1 chiarisce che la fusione tra società prevista dall'art. 2501 c.c. e seguenti non determina, nel caso di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nel caso di fusione paritaria, bensì attua l'unificazione per integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione (cfr. Cass., Sez. II, 22 agosto 2007, n. 17855; Cass., Sez. III, 23 giugno 2006, n. 14526).

UDITA la relazione del Commissario Antonio Nicita, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo 1

1. L'Autorità accoglie parzialmente l'istanza del sig. De Marchi nei confronti della società Wind Tre S.p.A. per le motivazioni di cui in premessa.

2. La società Wind Tre S.p.A. è tenuta a corrispondere, in favore dell'istante, mediante bonifico o assegno bancario, la somma pari ad euro 150,00 (centocinquanta/00) a titolo di spese di procedura nonché a stornare l'importo pari a 4.905,70 IVA inclusa addebitato nella fattura n. 2015T000395295.



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

3. La società Wind Tre S.p.A. è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

4. 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.

5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 18 aprile 2017

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Nicita

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Riccardo Capecchi