

Delibera n. 39/11/CIR

Definizione della controversia

**Xxx Furno / H3G S.p.A.
(GU14/ 406/10)**

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 6 aprile 2011;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", ed in particolare l'articolo 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 l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003 n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, "*Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti*", pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 120 del 25 maggio 2007;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002 e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA l'istanza del 28 maggio 2010 (prot. n.33537) con la quale il sig. Xxx Furno, ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società H3G S.p.A. (di seguito H3G);

VISTA la nota del 29 giugno 2010 (prot. n. 40793), con cui la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del regolamento allegato alla delibera n. 173/07/CONS, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza di discussione in data 14 luglio 2010, successivamente rinviata al 9 settembre 2010;

UDITE le parti nel corso della predetta udienza;

CONSIDERATO quanto segue:

.I Oggetto della controversia e risultanze istruttorie.

L'istante, titolare dell'utenza n. xxx, lamenta nei confronti della società H3G l'illegittima fatturazione di traffico internet in *roaming*.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell'audizione l'utente ha dichiarato quanto segue:

i. l'utente, titolare di un contratto denominato "Zero 6 Top", dovendosi recare in Australia, nel periodo tra il 25 ottobre 2009 ed il 28 novembre 2009, aderiva all'offerta "All'estero come a casa";

ii. per circa 4 settimane ha fruito regolarmente della connessione sotto copertura 3;

iii. in data 23 novembre 2009, alle ore 19.30, la H3G inviava il seguente messaggio "è stato registrato traffico elevato sulla Sua linea. Per verifiche chiami il n. xxx, in via cautelativa il servizio potrebbe essere sospeso";

iv. l'utente dopo aver contatto il numero suindicato veniva informato del possibile superamento dell'importo di euro 270,00, quale consumo standard. In particolare risultava effettuato, fuori dalla copertura 3, un traffico dati in *roaming* pari ad euro 570,00;

v. in data 24 novembre 2009 l'utenza veniva sospesa;

vi. l'utente, ancora all'estero, provvedeva a contattava nuovamente l'operatore. In tale circostanza, la Società gli comunicava che aveva generato, a distanza di circa 12 ore dall'ultima connessione, un ulteriore traffico di importo pari a circa 5.000,00 euro;

vii. l'istante, rientrato in Italia, con reclamo del 24 novembre 2009 e del 2 dicembre 2009 disconosceva i predetti importi, contestando le somme addebitate per "traffico in roaming non UE", per un totale di euro 6.050,30, relative ai consumi generati dal 25 ottobre 2009 al 24 novembre 2009;

viii l'utente precisava, altresì, che ben sapeva che al di fuori della copertura 3 avrebbe sostenuto un costo maggiore nell'effettuare traffico in *roaming*, tuttavia, dopo la prima connessione di euro 570,00, inconsapevolmente effettuata, la società H3G non gli inviava alcuna comunicazione di allert. Solo dopo aver effettuato la seconda connessione di euro 5.000,00 la Società avvisava il cliente tramite l'SMS.

Per quanto detto l'istante chiede la riattivazione della numerazione, lo storno degli importi relativi alle connessioni in roaming del 22/23 novembre 2008, storno delle

successive fatture non avendo fruito del servizio, nonché un equo indennizzo per la mancata risposta ai reclami.

La società H3G S.p.A., in sede di audizione, in relazione alla contestazione dell'utente ha dichiarato di aver adempiuto a tutti gli obblighi informativi gestendo correttamente il cliente, avendo riscontrato un traffico anomalo rispetto all'ordinario consumo effettuato dall'istante. In particolare, la Società ha chiarito che la connessione, contestata dal cliente per l'eccessivo importo ma non disconosciuta, è stata effettuata in un'unica giornata e che tempestivamente si è proceduto ad inviare un SMS di preavviso circa la disattivazione della *sim*, così come pure è stato informato della circostanza che in Australia fuori della copertura 3, avrebbe sostenuto costi più elevati per la fruizione del servizio. Ribadendo la regolarità del traffico generato dal cliente e della relativa fatturazione, la Società, in ogni caso, ha formulato una proposta transattiva, non accettata dalla parte.

.II Motivi della decisione.

La richiesta di storno formulata dalla parte istante nell'atto introduttivo può trovare accoglimento, nei limiti di seguito specificati.

Va considerato, infatti, che se da un lato l'utente si è dichiarato consapevole della circostanza che il traffico in *roaming*, generato fuori copertura 3, avrebbe comportato costi più elevati, dall'altro non ha avuto contezza del consumo spropositato registrato. Ed infatti, la Società pur avendo inviato l'*sms* di alert a seguito della prima registrazione di traffico anomalo, non ha né preavvisato né evitato la seconda connessione che ha generato traffico per circa euro 5.000,00. Emerge, dunque, la buona fede dell'istante che seppure non abbia contestato il traffico al di sopra della sua soglia standard, ha eccepito unicamente la scarsa trasparenza del comportamento del gestore, il quale avrebbe, comunque, dovuto comunicargli tale anomalia in tempo utile, quanto meno per evitare l'addebito dei 5.000,00 euro.

Sul tema, come già specificato nella delibera n. 75/10/CIR, con l'entrata in vigore del Regolamento CE n. 544/2009, sono state introdotte alcune misure volte a migliorare la trasparenza delle condizioni tariffarie dei servizi di dati in *roaming*, anche al fine di porre rimedio al fenomeno delle bollette esorbitanti. Più in dettaglio, l'articolo 6bis, al comma 1, prevede l'obbligo per il "*fornitore del paese d'origine*" di provvedere, a far data dal luglio 2009, di informati costantemente i propri clienti in merito alle tariffe applicate per i servizi di dati in *roaming* UE non solo al momento della conclusione del contratto, ma anche per tutta la durata del rapporto. E ciò al fine di rendere i clienti consapevoli delle "*conseguenze economiche di tale uso*", e consentire loro "*di controllare e contenere la spesa legata ai servizi di dati in roaming*". Se del caso, il fornitore informa i propri clienti "*su base regolare*" del rischio di connessioni in *roaming* incontrollate.

Al comma 3 del medesimo articolo, è altresì prevista l'introduzione di un limite standard di spesa o altro limite a scelta discrezionale dell'abbonato. Al raggiungimento

dell'80% della soglia fissata, il fornitore di servizi è tenuto a dare adeguata comunicazione all'abbonato e, in caso di mancata risposta di quest'ultimo, all'interruzione dell'erogazione del servizio.

Sulla scia di tale intervento anche l'Autorità, conformemente alla regolamentazione comunitaria, ha adottato con la delibera n. 326/10/CONS del 1° luglio 2010, misure volte a garantire maggiore trasparenza nelle condizioni di offerta dei servizi dati in mobilità e mezzi più efficaci per il controllo della spesa, predisponendo l'introduzione di sistemi di allerta e tetti mensili di spesa. *Ratione temporis*, le regole introdotte dal citato provvedimento non sono applicabili alla fattispecie controversa.

Tuttavia, il quadro normativo e regolamentare vigente al momento dell'accadimento dei fatti, ossia ottobre-novembre 2009, già contemplava delle regole di base a tutela dell'utenza in materia di trasparenza tariffaria e imponeva degli obblighi informativi in capo agli operatori di comunicazioni elettronica nella diffusione delle condizioni economiche offerte.

In via generale, sul piano normativo, l'articolo 2, comma 2, lettera c) del decreto legislativo n. 206/2005, recante il "*Codice del consumo*", annovera espressamente tra i diritti fondamentali del consumatore quello "*ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*" nei rapporti di consumo. Successivamente la legge 2 aprile 2007 n. 40 (c.d. "*legge Bersani*"), ha introdotto misure urgenti a tutela del consumatore. Con particolare riguardo alla posizione degli utenti dei servizi "*telefonici, televisivi e di servizi internet*", l'articolo 1, nel tentativo di "*favorire la concorrenza e la trasparenza della tariffe, di garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio*", al comma 2 ha stabilito che la proposta commerciale del fornitore di servizi di comunicazione elettronica "*deve evidenziare tutte le voci che compongono l'offerta*".

In ambito regolamentare la delibera n. 179/03/CSP, in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ha prescritto, tra l'altro, il contenuto minimo delle informazioni che gli operatori devono fornire nella prestazione di servizi di telecomunicazione. Tali indicazioni devono essere rese disponibili dall'operatore attraverso i normali strumenti a disposizione per la pubblicazione delle condizioni di accesso ed uso dei propri servizi (pubblicazione delle carte di servizio presso i punti vendita, siti web, etc.), e devono essere fornite prima della sottoscrizione del contratto. Le citate prescrizioni trovano fondamento, oltre che nell'articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, nella necessità di garantire all'utente la confrontabilità delle offerte sul mercato per orientare le proprie scelte in maniera consapevole. Con la delibera n. 96/07/CONS, l'Autorità ha poi attuato le disposizioni del "*decreto legge Bersani*" sulla trasparenza delle condizioni economiche relative alle offerte tariffarie degli operatori di telefonia, rafforzando ulteriormente le misure preventive, a tutela degli utenti, introducendo una serie di obblighi idonei a garantire una maggiore trasparenza tariffaria. Ad esempio, l'articolo 4, lett. b) della predetta delibera prevede che, nel caso di tariffazione omnicomprensiva, debbano essere indicati "*il prezzo*

dell'offerta, le tipologie di servizi e di traffico escluse e quelle incluse nel prezzo, nonché i limiti quantitativi eventualmente previsti per ciascuna delle suddette tipologie, con la precisazione delle condizioni economiche che saranno applicate per le prestazioni eccedenti”.

Ed ancora, la delibera n. 126/07/CONS ha introdotto misure a tutela dell'utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi di comunicazione elettronica sia su rete fissa che su rete mobile ed agevolare la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato. La delibera, all'articolo 3, comma 6, prevede, nel caso di opzioni o promozioni offerte, sia pure solo flat, che *“a titolo oneroso diano luogo al diritto di usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, (che) 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”.*

Specifiche disposizioni vigono da tempo anche in materia di controllo della spesa, al fine di consentire agli utenti di verificare il livello dei consumi derivanti dall'uso del servizio oggetto del contratto: e benché non direttamente applicabili alla corrente vicenda concreta, rilevano comunque ai fini della completa ricostruzione del quadro normativo di riferimento. In particolare l'articolo 6, comma 1, allegato A, della delibera 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, lascia impregiudicato il diritto dell'operatore di adottare rimedi contrattuali in autotutela in caso di traffico anomalo prevedendo che *“E' fatta salva la facoltà dell'organismo di telecomunicazioni di prevedere 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”.*

Tutte le disposizioni esposte volte, da un canto, a garantire il corretto funzionamento del mercato nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche e dall'altro a tutelare gli utenti dal compimento di scelte inconsapevoli con la previsione di specifici obblighi di trasparenza in capo agli operatori, integrano quanto previsto in via generale dal Codice civile vigente in materia di contratti. Restano, pertanto, fermi 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 del soggetto coinvolto, 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» (Cass., n. 5240/2004; *ex plurimis*, Cass., n. 14605/2004). 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 (sul punto cfr. Cass. n. 18947/2005).

Anche alla luce delle predette indicazioni di fondo, ed in particolare, di quelle relative ai doveri di lealtà e correttezza nei rapporti contrattuali, si deve osservare che l'operatore 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; quindi, deve considerarsi 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.

Resta fermo l'onere in capo all'operatore di dimostrare la correttezza degli addebiti in caso di contestazione di importi fatturati, sia, in generale, nella fruizione dei servizi di comunicazione mobili e personali sia nel caso particolare di fruizione del servizio di trasmissione dati in mobilità effettuato in *roaming*. Per quanto fin'ora specificato deve ritenersi fondata la richiesta di storno formulata dal sig. Furno nella propria istanza, anche in relazione alle fatture emesse dopo la sospensione del servizio. Analogamente può trovare accoglimento l'istanza di ripristino della funzionalità dell'utenza, ove tecnicamente possibile e previa verifica dell'attuale volontà contrattuale del cliente.

Per quanto concerne, poi, la richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, la stessa non può trovare accoglimento. Come emerge dalla documentazione prodotta in atti, nelle comunicazioni del 24 novembre e del 2 dicembre 2009 l'utente fornisce una ricostruzione degli eventi prendendo in considerazione anche le precedenti interlocuzioni avute con l'operatore per la risoluzione del problema. Orbene, l'intimazione formulata dall'istante in forma scritta muove dalla circostanza che nel corso della predetta gestione la Società ha proposto la corresponsione, da parte del sig. Furno del 50% degli importi addebitati dalla H3G per il ripristino del servizio. L'offerta non è stata accettata e dunque, dal rifiuto della stessa muove l'avvio della presente procedura.

CONSIDERATO che la società H3G S.p.A. non ha adeguatamente dimostrato la correttezza degli importi addebitati per traffico dati in *roaming*, oggetto di disconoscimento;

RILEVATO altresì, che l'utente non è stato posto nella condizione di poter appurare il volume di traffico che ha determinato l'addebito in fattura di somme ingenti;

RITENUTO infine che per quanto concerne le spese di procedura, sia equo liquidare in favore dell'istante l'importo omnicomprensivo di euro 200,00, in considerazione del fatto che la parte ha partecipato al tentativo di conciliazione presso il Corecom Piemonte ed ha presenziato all'udienza svolta dinanzi all'Autorità;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Roberto Napoli, relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento;

DELIBERA

In parziale accoglimento dell'istanza formulata dal sig. Xxx Furno, la società H3G S.p.A., è tenuta a:

- i. ripristinare, ove tecnicamente possibile, la funzionalità dell'utenza, previa verifica dell'attuale volontà contrattuale del cliente;
- ii. stornare gli importi addebitati nelle fatture relative al traffico effettuato nei mesi di ottobre-novembre 2009 sotto la voce "*traffico in roaming non UE*";
- iii. stornare tutti gli importi eventualmente addebitati dopo la sospensione dell'utenza sino alla data di effettivo ripristino ovvero, in caso di volontà contraria, disporre la definitiva cessazione del rapporto contrattuale senza l'addebito di alcun costo;
- iv. corrispondere, mediante assegno o bonifico bancario, la somma di euro 200,00 per le spese di procedura.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'articolo 19, comma 3, della delibera n. 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

La Società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile sul sito web dell'Autorità, www.agcom.it.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con Decreto Legislativo luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Napoli, 6 aprile 2011

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Roberto Napoli

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola