

DELIBERA DL/099/17/CRL/UD del 11 settembre 2017
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
MARIANECCI U. XXX / VODAFONE ITALIA XXX
(LAZIO/D/1011/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 11 settembre 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”;

VISTO l’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

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”;

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”;

VISTA l’istanza dell’utente società Marianecci U. XXX presentata in data 25/11/2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’utente ha lamentato, nei confronti dell’operatore, con il quale aveva un contratto per due linee fisse e due linee mobili che prevedeva una tariffa flat per le linee fisse e traffico illimitato, voce e dati per le mobili, l’indebita fatturazione per traffico anomalo a seguito di un viaggio all’estero.

In particolare deduceva di aver effettuato un viaggio a seguito del quale era giunta una fattura di € 1.700, pagata dall’utente, con la richiesta di apportare adeguamenti ai piani tariffari, in modo che tenessero conto delle numerose permanenze all’estero. Adeguamenti, a detta dell’utente, apportati subito dal referente.

Nel mese di febbraio 2015, si recava di nuovo all’estero e dopo soli tre giorni di soggiorno veniva contattato dal personale del proprio ufficio, il quale era stato contattato da Vodafone per aver maturato un traffico dati di circa 3.700 €.

Al rientro, contattato il Servizio Clienti Business, veniva a conoscenza che la numerazione che aveva generato tali traffico era la xxxxxxx211 e che, sotto il codice cliente a lui intestato, fossero attive 13 linee fisse, senza mai averne richiesto l’attivazione.

A riprova della propria buona fede, l'utente effettuava un pagamento parziale di 780 €, in linea con la media dei consumi bimestrali fino ad allora fatturati, disconoscendo il residuo importo per il quale si richiede lo storno integrale.

Sulla base di quanto sopra, l'utente chiedeva:

- Storno integrale dell'insoluto e la chiusura della pratica recupero crediti;
- Indennizzo di € 500 per il mancato riscontro al reclamo.
-

2. La posizione dell'operatore Vodafone.

Nella propria memoria, Vodafone, dichiarava che il traffico dati all'estero era stato realizzato volontariamente, poiché, non avendo richiesto una particolare opzione per il viaggio all'estero de quo, non avrebbe manifestato la propria volontà di non superare un certo limite.

Precisava che la richiesta per il blocco della soglia dati fosse stata richiesta il 23 febbraio 2015, mentre il traffico contestato era stato generato tra il 13 e 16 febbraio 2015, rendendo così legittima la fattura contestata.

Quanto alla richiesta per la mancata risposta al reclamo, essa è infondata in quanto mai pervenuta all'operatore.

Concludeva facendo presente che l'utenza era rimasta attiva e che risultava un insoluto per 7.115,92 €.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Ciò premesso, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste avanzate dalla parte istante vengono accolte nei limiti che seguono.

3.1 Sul traffico

L'istante lamenta addebiti per traffico internet all'estero in roaming internazionale, chiedendo lo storno dell'insoluto.

L'operatore precisa che la richiesta per la soglia dati è successiva alla generazione del traffico contestato, allegando una schermata riportante l'attivazione ed un prospetto giornaliero sui consumi indicati nei giorni in questione.

Sulla problematica del fenomeno cosiddetto di "Bill shock" si è sviluppata un'ampia regolamentazione per difendere il consumatore da addebiti particolarmente elevati a causa di consumi inconsapevoli. Sul tema, al fine di arginare detto fenomeno, si sono susseguiti rilevanti interventi normativi, sia in ambito comunitario (cfr. il regolamento Ce n. 717/2007 del 27 giugno 2007 e il regolamento Ce n. 544/2009, del 18 giugno 2009), sia in ambito nazionale (cfr. la delibera n. 126/07/CONS e la delibera n. 326/10/CONS).

Sul punto principale che qui ci occupa, rileva l'art. 2 Delibera della 326/10/CONS (Sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile), secondo il quale: 1. *Gli 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.* 2. *Qualora il cliente non abbia dato indicazioni diverse in forma scritta, gli operatori provvedono a far cessare il*

collegamento dati non appena il credito o il traffico disponibile residuo (di tempo o di volume) di cui al comma 1 sia stato interamente esaurito dal cliente, senza ulteriori addebiti o oneri per quest'ultimo, avvisandolo di tale circostanza. 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. 3. Gli operatori mobili pongono in essere modalità facilmente comprensibili e riscontrabili per la notifica del messaggio di allerta di cui al comma 1 al terminale di telefonia mobile o altra apparecchiatura indicata a scelta dal cliente, tra le quali almeno un SMS o un messaggio di posta elettronica nonché una finestra di "pop-up" sul computer . 4. Gli operatori mobili rendono disponibili gratuitamente a tutti gli utenti sistemi di immediata comprensione e facilità di utilizzo per il controllo in tempo reale della spesa utili a fornire informazioni sul consumo accumulato espresso in volume di traffico, tempo trascorso o importo speso per i servizi di traffico dati, nonché un servizio supplementare gratuito per abilitare o disabilitare la propria utenza al traffico dati. (omissis) 6. Gli operatori mobili offrono gratuitamente anche agli utenti con piani tariffari a consumo, diversi da quelli di cui al comma 1, 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.

Tali disposizioni, 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).

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.

Nel caso di specie, l'operatore, che aveva rilevato la difformità del traffico dati rispetto al traffico medio prodotto dalle stesse utenze nei periodi precedenti, si è limitato a dichiarare che la richiesta per una rimodulazione tariffaria per l'estero fosse successiva a tale addebito.

La circostanza è irrilevante in quanto la su richiamata normativa impone l'automatismo di applicare la soglia di Euro 50,00 per il traffico roaming, in assenza di una scelta, da parte dell'utente, di diversa e predeterminata soglia.

La schermata presentata, inoltre, è priva di qualsivoglia riferimento all'utenza interessata, né è stata data prova di aver inviato un sms informativo in prossimità del raggiungimento del limite imposto dalla Del 326/20/CONS, o, a seguito del raggiungimento stesso della soglia, l'utenza risulta essere stata bloccata. Non vi è inoltre la prova dell'invio delle fatture contenenti il tabulato del traffico internet all'estero addebitato.

D'altro canto, l'utente non ha depositato la fattura in contestazione per poterne verificare gli importi, ma per sua fortuna l'addebito è stato ampiamente confermato dalla controparte.

Inoltre l'utente non ha provato di aver aderito, così come afferma, ad alcun piano tariffario per l'estero (onere della prova sul contratto sullo stesso incumbente) che poteva prevedere diversa soglia da quella legale, ed i costi del suo superamento, perciò, giocoforza occorre far riferimento alla tutela legale derivante dall'applicazione automatica della soglia di euro 50,00.

Per tutto quanto sopra esposto, considerato che la condotta di Vodafone non è stata conforme alle disposizioni previste dalla citata delibera n. 326/10/CONS in tema di sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile, si ritiene equo disporre lo storno degli importi contestati.

Poiché l'utente ha ritenuto equo pagare una somma di Euro 780,00, importo in linea con la media dei propri consumi bimestrali, chiedendo lo storno della restante parte, si riconosce il diritto dell'utente allo storno dell'importo residuo di Euro 2988, a valere sulla fattura AF03310054 del 6.3.2015, dati forniti dal gestore che ha ammesso l'addebito.

Per quanto concerne le supposte 13 linee attive con Vodafone e mai richieste, il mero riferimento ad una simile circostanza risulta alquanto incomprensibile perché affatto suffragato da alcuna documentazione (*onus probandi incumbit ei qui dicit*) e non oggetto di alcuna richiesta di indennizzo; analogamente, la asserita mancata cessazione da parte di Vodafone delle linee migrate ad altro gestore, non è dimostrata nemmeno dalla doppia fatturazione eventualmente conseguente.

Tali domande non possono nemmeno essere oggetto di disamina in quanto prive degli elementi fondanti.

Anche la domanda di "ristoro" per Euro 500,00 formulata dapprima quale chiara richiesta di natura risarcitoria e perciò inammissibile, è stata successivamente attribuita alla mancata risposta al reclamo che, come noto, ha un tetto indennizzatorio massimo di Euro 300,00.

3.2. Sulla mancata risposta ai reclami.

Risulta in atti un reclamo inviato con raccomandata a/r, ricevuta in data 14/04/2015, di contestazione dell'addebito in questione.

Rileva, a proposito, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo

deve 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.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *in forma scritta*, 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.

Vodafone, nella propria memoria dichiara di non aver mai ricevuto il suddetto reclamo, precisando che la prima contestazione pervenuta è stata l'istanza di conciliazione.

Spetterebbe pertanto all'utente, vista la ricevuta del reclamo allegata in atti, un indennizzo per la mancata risposta al reclamo.

L'art. 6.4 delle C.G.C. Vodafone prevede che: *"... Vodafone esaminerà il reclamo e, in caso di rigetto, fornirà risposta entro 45 (quarantacinque) giorni dal ricevimento del medesimo. Qualora il reclamo sia riconosciuto fondato, Vodafone provvederà a riaccreditare gli importi non dovuti eventualmente applicando gli indennizzi previsti"*.

La domanda tuttavia non è accoglibile.

Vista la ricevuta di ricezione del reclamo il 14/04/2015 ed il deposito dell'istanza UG per il tentativo di conciliazione dell' 11/05/2015, si evidenzia la tardività dell'avvio della procedura di reclamo rispetto all'apertura della procedura conciliativa che, per sua natura, assolve la stessa funzione economico-sociale del reclamo come rimedio contrattuale del quale, pertanto, costituisce il superamento. Con il deposito dell'istanza UG, l'utente ha dunque ritenuto di ottenere analoghi risultati, bypassando il tentativo diretto con reclamo alla controparte contrattuale, la quale pertanto non aveva più obbligo di risposta.

Ad abundantiam si rileva che la ricevuta di ritorno è stata tardivamente prodotta, in fase di replica alla difesa Vodafone.

4. Sulle spese di procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, il modico valore della controversia, nonché le modalità di redazione degli atti di parte che hanno violato il principio di chiarezza e sinteticità ai sensi dell'art.16, 2bis del Regolamento e delle Linee Guida ex Delibera 273/13/CONS, si ritiene equa la compensazione totale delle spese tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza della Marianecchi U. XXX nei confronti della società Vodafone Italia XXX

2. La società Vodafone Italia XXX è tenuta allo storno di Euro 2.988,00 (duemila novecento ottantotto/0) a valere sulla fattura AF3310054 del 6.3.2015.

3. La società Vodafone Italia XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom 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.

6. 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 sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, lì 11/09/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto