

DELIBERA DL/049/18/CRL/UD del 31 maggio 2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

F. VITTORI/WINDTRE XXX (già H3G)

(LAZIO/D/890/2017)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 31 maggio 2018;

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 F. Vittori presentata in data 18.10.2017;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore WINDTRE XXX, già H3G XXX, la fatturazione di un traffico anomalo, la perdita della numerazione, l’interruzione dei servizi e la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- a. Il 29 dicembre 2016, unitamente al marito, aveva attivato sul numero 347xxxxxxx il servizio World Pass per parlare e navigare all’estero, ricevendo sms di conferma dell’attivazione;

- b. In data 6.1.2017, mentre era ancora all'estero, riceveva un sms del gestore in cui le veniva chiesto di contattare il servizio clienti in quanto la sim era stata bloccata per traffico anomalo;
- c. Alla richiesta di chiarimenti, aveva appreso che l'interruzione era dipesa dal traffico anomalo e che per ottenere la riattivazione avrebbe dovuto provvedere al pagamento immediato dell'importo di Euro 2400,00;
- d. L'utente, non potendo accedere ad internet, chiedeva l'invio, via mail, del dettaglio traffico, ma l'operatore rispondeva che il dettaglio sarebbe arrivato con la successiva fattura di marzo;
- e. La sospensione della sim si protraeva fino a giugno 2017 quando la sim veniva totalmente disattivata;
- f. In data 20.4.2017, tramite reclamo scritto non riscontrato dal gestore, contestava la fattura di marzo 2017 relativa al traffico extrasoglia;

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

- i. Storno dei costi del traffico anomalo;
- ii. Indennizzo per mancata risposta al reclamo;
- iii. Indennizzo per sospensione del servizio;
- iv. Indennizzo per perdita del numero;
- v. Spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore WINDTRE (già H3G).

L'operatore in via preliminare ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza in merito alle domande nuove che non sono state oggetto del prodromico tentativo di conciliazione.

Nel merito, ha dedotto la genericità ed indeterminatezza delle domande, precisando di aver correttamente tariffato tutto il traffico generato in roaming internazionale nel rispetto dei costi contrattualmente previsti. Ha evidenziato che aveva inviato un sms di allerta del raggiungimento delle soglie di traffico previste dalla Delibera 326/10/CONS e un sms con il quale aveva comunicato l'inibizione delle utenze al traffico dati per il raggiungimento del limite di spesa. L'istante aveva disattivato la soglia dati internazionale dell'utenza che ha poi generato il traffico contestato e l'operatore, stante l'anomalo traffico, il 6 gennaio 2017 aveva provveduto alla sospensione dell'utenza in via cautelativa.

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.

In primis si ritiene di accogliere l'eccezione di inammissibilità sollevata dal gestore in merito alle domande nuove proposte dall'utente con l'istanza di definizione.

L'utente, rispetto all'UG del 22.5.2017, introduce nel procedimento domande nuove le quali, per espressa previsione dell'art. 14, comma 1, della Deliberazione 173/07/CONS non possono essere trattate.

Nell'UG l'istante ha chiesto:

- Storno di € 2298,64;

- indennizzo per blocco telefonico.

Con il GU14 ha chiesto:

- storno della fattura contestata
- Riattivazione numero telefonico o indennizzo;
- Indennizzo per mancata risposta al reclamo;
- Indennizzo per interruzione/sospensione del servizio;
- Spese di procedura.

È pacifico che l'**oggetto della richiesta** di definizione debba essere lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione.

Diversamente si consentirebbe, in pratica, di aggirare il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per le nuove questioni.

L'art. 14, comma 1, della Deliberazione 173/07/CONS, infatti, limita la *definizione* della controversia al contenuto dell'*istanza di conciliazione*.

L'oggetto della disamina, pertanto, riguarderà sole le domande proposte con l'UG del 22.5.2017.

3.1 Sul traffico

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

L'operatore premette che l'istante, in data 29.12.2016 aveva attivato l'opzione World Pass che prevedeva, al costo di Euro 5,00 a settimana, 500 mb di navigazione all'estero per sette giorni e senza rinnovo automatico. I benefici sarebbero terminati in data 4 gennaio 2017.

Assume, inoltre, che la cliente, sempre in data 29.12.2016, avrebbe disattivato la soglia dati roaming internazionale.

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).

Con l'adozione della delibera n. 326/10/CONS, anche in coerenza con le modifiche intervenute a livello comunitario, si è inteso garantire una maggiore tutela agli utenti, assicurando maggiore trasparenza nell'offerta dei servizi dati in mobilità ed introducendo mezzi più efficaci per il controllo della relativa spesa, mediante la previsione di sistemi di allerta che informino l'utente del raggiungimento di una determinata soglia di consumo, di tetti mensili di spesa e dell'obbligo di blocco della connessione non appena esaurito il traffico disponibile

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, 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 certamente ha rilevato la difformità del traffico dati rispetto al traffico medio prodotto dalla stessa utenza nei periodi precedenti, dichiara di aver inviato all'istante un sms di allerta non al raggiungimento delle soglie di traffico previste dalla Delibera 326/20/CONS bensì solo al raggiungimento delle soglie SHADOW LIMIT comunicando, pure, la sospensione dell'utenza.

Sulla base della documentazione prodotta, la domanda dell'utente può essere accolta, per le seguenti ragioni:

- le schermate informatiche prodotte da H3G nulla provano in ordine al rispetto dei sistemi di allerta, mancando gli screenshot dei testi dei messaggi inviati al cliente, che avrebbero dovuto soddisfare i requisiti di cui al citato articolo 2, quali il raggiungimento della soglia, il traffico residuo disponibile, il passaggio ad eventuale altra tariffa, ed il relativo prezzo;
- non risulta l'invio del messaggio relativo al raggiungimento dell'80% del limite di spesa del traffico dati in roaming internazionale, ma solo quello di sospensione del traffico per limite di spesa raggiunto, laddove invece il gestore è tenuto ad avvertire l'utente in prossimità della soglia del traffico, non al suo esaurirsi;
- considerata l'opzione tariffaria per il traffico dati estero, l'operatore avrebbe dovuto precisare all'utente se il raggiungimento e/o l'esaurirsi del limite di spesa riguardasse il limite previsto dall'opzione tariffaria attivata, o il limite di spesa predeterminato dalla Delibera 326/10/CONS, mettendo in condizione l'utente di comprendere la diversa portata delle due soglie e le conseguenze economiche derivanti dal superamento dei limiti previsti dall'una e dall'altra;
- le note delle schermate informatiche sulla disattivazione delle soglie che sarebbe stata effettuata dall'istante (circostanza dallo stesso contestata) non sono sufficienti elementi probatori, non potendosi verificare il testo del messaggio inviato dal cliente, e la riferibilità all'intestatario dell'utenza telefonica o, comunque a un soggetto titolato, in quanto da esso autorizzato;

- la fattura inviata all'utente, non nei tempi richiesti ma in quelli ordinari, non contiene il tabulato del traffico internet all'estero addebitato, non dando quindi all'utente la possibilità di una contestazione tempestiva.

Quanto all'eccezione formulata dal gestore circa l'impossibilità di applicare la soglia di legge per effetto di una espressa volontà contraria dell'utente, valga quanto previsto dal comma 6 dell'art.2 della Delibera 326/10/CONS per cui si applica la soglia dati di € 50,00 (o 150,00 per utenze affari e, comunque, di € 50,00 per i paesi extra UE) a partire dal 1 gennaio 2011 per tutti i clienti che non abbiano scelto "entro il 31 dicembre 2010" una soglia diversa tra quelle proposte. La disposizione transitoria, dunque, si propone di gestire il passaggio ad un regime "regolamentare" delle soglie di spesa dati all'estero non eludibile se non attraverso espressa volontà contraria dell'utente solo al raggiungimento degli avvisi di raggiungimento limite e di blocco dell'utenza onde evitare generazione inconsapevole di traffico; in tal senso il richiamo all'applicazione dei commi 2 e 3 quanto a notifiche e consensi.

Per tutto quanto sopra esposto, considerato che la condotta di WINDTRE 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, né alle citate disposizioni del codice civile, considerato che l'utente, attivando l'opzione tariffaria Word Pass sia stato in buona fede convinto che il traffico dati all'estero fosse ricompreso nell'opzione tariffaria, si ritiene equo disporre lo storno degli importi addebitati nella fattura contestata n. 1731905152 dell'8.2.17 per traffico internet all'estero in roaming internazionale eccedente la soglia dell'art. 2, comma 6, Delibera 326/10/CONS .

L'operatore dovrà quindi provvedere alla ricostruzione della posizione contabile dell'utente, stornando dal totale insoluto tali importi.

3.2 Sulla sospensione

L'istante lamenta l'illegittima sospensione dei servizi, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

L'operatore dichiara di aver provveduto ad effettuare la sospensione dei servizi conformemente alle disposizioni contenute nelle condizioni contrattuali sottoscritte.

La domanda dell'utente è fondata per la seguente ragione.

Nella fattispecie, rileva, e prevale rispetto alle condizioni contrattuali, l'art. 5 della Delibera 173/07/CONS, come modificato dalla Delibera n. 95/08/CONS, secondo il quale: "*Fermo restando l'obbligo di informare l'utente con congruo preavviso, l'operatore, salvi i casi di frode, di ripetuti ritardi di pagamento o di ripetuti mancati pagamenti e per quanto tecnicamente fattibile, può disporre la sospensione del servizio solo con riferimento al servizio interessato dal mancato pagamento*".

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, come più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e Cass. II 20 gennaio 2010 n. 936), il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto,

costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Nella fattispecie, a fronte della lamentata sospensione dei servizi, l'operatore non ha provato di aver adeguatamente preavvisato l'utente delle ragioni della sospensione ai sensi del predetto art. 2, comma 6, della Delibera 326/10/CONS. Lamenta l'istante, infatti, e sul punto nulla dice il gestore, di avere subito contattato il servizio clienti per avere i dettagli del traffico ed avere la piena utilizzazione del servizio e, di contro, il gestore avrebbe sempre opposto la necessità del pagamento immediato senza, tuttavia, fornire alcun chiarimento sul traffico pur richiesto dall'istante.

Deve pertanto ritenersi che alle riferite condizioni la sospensione sia stata illegittima, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo.

Si ritiene, però, in virtù della incontestata circostanza che il traffico sia stato sospeso solo in uscita, di riconoscere il 50% della somma che spetterebbe qualora si fosse in presenza di una sospensione totale della linea.

Per quanto riguarda la durata del periodo indennizzabile, si prende a riferimento quale *dies a quo* la data dell'intervenuta sospensione dichiarata dal gestore (il 6.1.2016) e, quale *dies ad quem*, il 26.6.2016 data in cui il gestore dichiara essere avvenuta la disattivazione.

Pertanto spetta all'utente, ai sensi degli artt. 4.1 dell'Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, la liquidazione di una somma, ridotta della metà, e pari a complessivi € 645,00.

4. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 100,00 (cento/00), tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza della Sig.ra F. Vittori nei confronti della società WINDTRE XXX (già H3G XXX)

2. La società WINDTRE XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 100,00 (cento/00) quale rimborso delle spese di procedura, l'importo di € 645,00, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, a titolo di indennizzo per la sospensione del servizio nei termini di cui in narrativa.

3. La società WINDTRE XXX è tenuta altresì a provvedere alla ricostruzione della posizione contabile dell'istante, stornando dal totale insoluto l'importo addebitato nella fattura n. 1731905152 dell' 8.2.17 per traffico internet all'estero in roaming internazionale eccedente la soglia dell'art. 2 comma 6 Delibera 326/10/CONS.

4. La società WINDTRE 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.

5. 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.

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

7. 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 31/05/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto