

## **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**

**W. Scarso/Windtre XXX (già H3G)**

**(LAZIO/D/919/2017)**

**Registro Corecom n. 33/2018**

### **IL DIRIGENTE**

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 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018.

VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS e ss. mm. , 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 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 presentata in data 27 ottobre 2017 per il tramite di A.E.C.I. Lazio;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

#### ***La posizione dell’istante***

Il sig. Scarso, assistito da A.E.C.I. Lazio, con l’istanza UG del 31.3.2017 e con l’istanza GU14 del 27.10.2017 ha lamentato nei confronti dell’operatore Windtre XXX l’illegittima fatturazione di importi non dovuti.

Su quanto assunto ha chiesto:

Conferma del recesso senza penali;

Storno somme non dovute;

Rimborso somme pagate e non dovute;

Indennizzi come da Allegato A alla delibera 73/11/CONS;

Spese di procedura.

Con la memoria del 29.11.2017 ha chiesto:

Indennizzo da mancata risposta al reclamo;

Storno parziale di € 153,42 a titolo di traffico extrasoglia e penali per risoluzione anticipata e riferito alla fatturazione dicembre 2015-luglio 2016;

€ 100,00 a titolo di spese di procedura.

Ha prodotto:

copia della fattura del 9.3.2016;

contratto sottoscritto

condizioni opzione night&day.

### ***La posizione dell'operatore***

Si costituiva WINDTRE XXX eccependo la correttezza dell'operato del gestore e l'infondatezza dell'istanza per genericità e mancanza di qualsivoglia prova.

Ha aggiunto che alcun reclamo è stato mai presentato al gestore.

Concludeva, pertanto, per il rigetto della domanda.

### ***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.

Sempre preliminarmente, in rito, si rileva l'inammissibilità delle domande nuove formulate dall'istante con la memoria del 29.11.2017.

L'utente, infatti, rispetto all'UG ed al GU14, con la memoria del 29.11.2017 introduce nel procedimento domande nuove le quali, per espressa previsione dell'art. 14, comma 1, della Deliberazione 173/07/CONS non possono essere trattate.

Con l'UG e con il GU14 l'istante ha chiesto:

Conferma del recesso senza penali;

Storno somme non dovute;

Rimborso somme pagate e non dovute;

Indennizzi come da Allegato A alla delibera 73/11/CONS;

Spese di procedura.

Con la memoria del 29.11.2017 ha chiesto:

Indennizzo da mancata risposta al reclamo;

Storno parziale di € 153,42 a titolo di traffico extrasoglia e penali per risoluzione anticipata e riferito alla fatturazione dicembre 2015-luglio 2016;

€ 100,00 a titolo di 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 ed il GU14.

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

### ***Sulla conferma del recesso senza penali***

L'utente sembra invocare la illegittima fatturazione dei costi di recesso che sarebbe dovuto avvenire senza l'applicazione di penali.

Preliminarmente una considerazione.

Agli atti non vi è la prova del recesso.

Così come non è stata versata in atti la fattura contenente l'applicazione dei costi di penale per recesso anticipato.

Agli atti non vi è prova dell'invio di un reclamo al gestore, successivo alla ricezione della fattura, e relativo all' assunto illegittimo addebito dei costi di recesso.

Per ciò solo la domanda non può essere accolta.

Vale rammentare, infatti, che anche qui trova applicazione il principio generale in materia di onere della prova in base al quale chi agisce in giudizio per la tutela di un proprio diritto deve dare prova dei fatti posti a fondamento della propria domanda.

Alcuna prova a fondamento della propria pretesa è stata prodotta dall'istante che, al contrario, per vedersi tutelato il proprio diritto, avrebbe dovuto fornire dettagli circostanziati sul recesso anticipato per inadempimento del gestore attraverso un valido reclamo.

L'onere di reclamare al gestore le proprie doglianze incombe sull'utente. In assenza di valido reclamo, infatti, alcuna responsabilità può essere imputata e nessun indennizzo può essere riconosciuto.

### ***Sulla fatturazione del traffico in extrasoglia***

Preliminarmente, la scarsa documentazione prodotta dall'utente limiterà la disamina all'unica fattura integrale prodotta risalente al 9.3.2016 e relativa al bimestre dicembre-gennaio 2016.

Sulla contestazione dell'utente, relativamente alla contabilizzazione e fatturazione del traffico in extrasoglia, al mancato preavviso di raggiungimento e superamento delle soglie ed alla mancata attivazione dei blocchi a tutela dell'utente, Windtre ha dedotto di avere contabilizzato tutto il traffico sviluppato dall'utenza secondo i profili tariffari sottoscritti.

L'art. 3, comma 6 della delibera Agcom n. 126/07/CONS ("Misure a tutela dell'utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi telefonici e la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato ai sensi dell'articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259"), stabilisce che *"nel caso di opzioni o promozioni che a titolo oneroso diano luogo al diritto di 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"*. La norma appena richiamata pone a carico del soggetto erogatore della fornitura un dovere di "protezione" nei confronti del cliente, che si sostanzia nell'obbligo di preventiva informazione dell'esaurirsi della promozione/opzione pattuita, ovvero dell'imminente superamento del limite di spesa, con conseguente addebito di costi aggiuntivi.

Anche la Delibera Agcom n. 326/10/CONS ("Misure di tutela degli utenti dei servizi di comunicazione mobili e personali") prevede, al suo art. 2 che *"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.*

*5. I sistemi di cui al comma 4 si attivano automaticamente sui terminali venduti con marchio dell'operatore.*

*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".*

Del resto, in generale, l'obbligo di informazione chiara, corretta e tempestiva nei riguardi degli utenti è posto a carico dei gestori di servizi di comunicazione elettronica dall'art. 5 della delibera 179/03/CONS, in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, e costituisce diretta estrinsecazione dei fondamentali principi civilistici di buona fede, lealtà e trasparenza contrattuale.

Occorre infatti ricordare, che oltre alla normativa di settore, restano 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 di quanto sopra, l'incontestata omissione nell'adempiere all'obbligo di segnalazione di cui alle sopra citate delibere in relazione al traffico extrasoglia effettuato dall'utente, integra una responsabilità in capo all'operatore Windtre XXX, in virtù della quale risultano illegittimi i relativi addebiti e come tali dovranno essere stornati.

Infatti, nelle argomentazioni difensive della società convenuta non si rinviene alcun riferimento a tale necessario adempimento informativo nei riguardi dell'odierno utente.

Ciò stante, si ritiene meritevole di accoglimento la richiesta dell'utente, intesa ad ottenere, dall'operatore, lo storno delle somme contabilizzate nella fattura in atti e relativa ai consumi in extrasoglia, così quantificate: Fatt. 1632070927 dell' 8.2.2016 (per euro 39,22): euro 18,50 + Iva.

Si dispone pertanto lo storno della complessiva somma di euro 18,50 (+ Iva) a valere sulla fattura richiamata e di cui agli atti.

### ***Sulle spese di procedura***

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, e della reciproca parziale soccombenza, appare equo compensarsi le spese di procedura,

Per tutto quanto sopra esposto,

### **IL DIRIGENTE**

VISTO l'art. 19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

### **DETERMINA**

1. Accoglie parzialmente l'istanza dell'utente W. Scarso, presentata per il tramite di A.E.C.I. Lazio, nei confronti della società Wind tre XXX
2. La società Windtre XXX è tenuta a rimborsare all'utente l'importo di Euro 18,50 + Iva oltre interessi legali per le motivazioni di cui in narrativa;
3. La società Windtre XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina 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.
7. La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità ([www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

Roma, 14/11/2018

Il Dirigente  
Aurelio Lo Fazio  
Fto