

**DETERMINA Fascicolo n. GU14/112308/2019****DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Dxxx Bxxx****V. - Vodafone Italia SpA (Ho.Mobile - Teletu)****IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

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. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

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. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, di seguito "Regolamento Indennizzi";

VISTA l’istanza dell’utente Dxxx Bxxx V., del 16/04/2019 acquisita con protocollo n. 0170090 del 16/04/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante, all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione che si è svolto in data 09/04/2019, ha introdotto il presente procedimento con istanza del 16/04/2019 per la definizione della controversia nei confronti di Vodafone Italia S.p.A. (di seguito Vodafone) in relazione al contratto privato di telefonia mobile. In data 22/07/2019 si è svolta udienza senza raggiungere una definizione della controversia in tale sede. Al

riguardo, l'utente ha lamentato nei confronti dell'operatore Vodafone quanto segue: "In data 27/8/2018 mi è arrivato sms ove mi veniva addebitato il servizio roaming. Dal 25/8/2018 al 08/9/2018 è stata addebitata la somma 44,53 Allego pec". Pertanto, su questo assunto, l'istante richiede quanto segue: 1) Restituzione somme 2) Indennizzo per mancata risposta a pec 4) Spese di procedura 5) Quantificazione dei rimborsi o indennizzi richiesti (in euro) € 250,00.

L'operatore, in relazione alla vicenda in esame, si costituisce nel procedimento ed eccepisce quanto segue:

a) Rileva preliminarmente l'inammissibilità e l'improcedibilità di eventuali richieste formulate in GU14 che non siano coincidenti con quelle avanzate nell'istanza di conciliazione, chiedendo all'Autorità di verificare la coincidenza tra quanto chiesto in questa sede e le pretese oggetto di conciliazione; b) Evidenzia la correttezza del suo operato come specificato nella risposta al reclamo che allega alla propria memoria; c) Al riguardo specifica che la quantità di giga gratuiti che è possibile utilizzare nei Paesi UE è commisurata alla spesa sostenuta dal cliente per il rinnovo della sua offerta nazionale e al superamento di tale soglia si applica la tariffa di 0,6 cent per Megabyte come indicato nel sito Vodafone; d) Nel caso in esame, l'istante aveva esaurito la soglia gratuita di navigazione in roaming consentita dalla sua offerta ed ha proseguito la navigazione secondo i costi previsti; e) In data 31/08/2018 è stato inviato sms informativo al numero di utenza dell'istante; f) Alla richiesta di indennizzo, eccepisce secondo quanto stabilito dalla delibera 203/18/CONS art. 20, comma 4. Ne consegue inammissibilità di ogni richiesta risarcitoria del danno espressamente esclusa dalla normativa Agcom. Né il ricorrente ha prodotto prove a sostegno della propria tesi che possano comportare una dichiarazione di responsabilità del gestore. g) Precisa che l'utente è attualmente attivo ed è presente un insoluto di € 64,64; h) Chiede pertanto che venga respinta l'istanza avversaria con integrale rigetto delle domande per i motivi esposti in narrativa.

L'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 15 del nuovo Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile. Preliminarmente deve ritenersi inammissibile, siccome generica e di mero stile, l'eccezione formulata da Vodafone circa l'inammissibilità di eventuali richieste dell'istante che non siano state oggetto del preventivo obbligatorio tentativo di conciliazione. Oggetto di valutazione è la richiesta di restituzione somme per addebito traffico roaming e per mancata risposta al reclamo. Sull'addebito traffico roaming La richiesta avanzata dall'utente viene accolta. In via generale e preliminare, ai fini della definizione della controversia in esame, si rammenta che, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (ex pluribus, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947) le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi. Conformemente a tale orientamento giurisprudenziale, l'Agcom ha più volte ribadito che "è compito del gestore della rete assicurare tutte le misure necessarie, compatibili con l'evoluzione tecnica, atte a tutelare gli utenti da possibili furti di traffico, nonché assicurare un efficace controllo del collegamento in centrale dell'utenza" (Delibera Agcom n. 10/03/CIR). Sul tema, come specificato nella delibera n. 75/10/CIR, già 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 del cd Bill Shock. Più in dettaglio, l'articolo 6 bis, al comma 1, prevede l'obbligo per il "fornitore del paese d'origine" di provvedere, a far data dal luglio 2009, di informare costantemente i propri clienti in merito alle tariffe applicate per i servizi di dati in roaming 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. Sulla scia di tale intervento anche l'Autorità, conformemente alla regolamentazione comunitaria, ha adottato, con la delibera n. 326/10/CONS dell'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. Sul punto principale che qui ci occupa, rileva l'art. 2 della 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. 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 (meglio nota come "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 delle 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 le altre cose, 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 della "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 omnicomprendiva, 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 e 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 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, 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 in materia di contratti. Restano, pertanto, comunque 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, 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. Ciò premesso si evidenzia come, in caso di contestazione, l'operatore deve fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme fatturate nonché documentare le proprie affermazioni. In caso contrario, quanto addebitato relativamente al traffico anomalo contestato dall'utente, è da dichiarare come non dovuto rimanendo fermo il diritto dell'utente al rimborso/storno. All'esito delle risultanze istruttorie, si deve evidenziare che, nel caso di specie, l'operatore, che non ha fornito la documentazione di dettaglio del traffico dati oggetto di contestazione, non ha consentito la tracciabilità del consenso dell'utente allo sblocco della soglia del traffico dati. Ha prodotto risposta al reclamo con lettera del 18/10/2018, limitandosi ad affermare la correttezza del proprio operato e di avere correttamente informato l'utente tramite sms senza tuttavia produrre prova di tale invio. Alla luce di tutte le considerazioni qui svolte, emerge che dalla documentazione agli atti non risulta che l'operatore abbia addotto alcun elemento idoneo a provare l'effettiva regolarità del traffico contestato. Infatti, sussiste in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass. 10313/2004). In presenza, pertanto, di una contestazione dell'utente spettava al gestore dare la prova certa di avere informato

correttamente l'utente della condotta da tenere per non incorrere in conseguenze pregiudizievoli. Ne discende che l'utente non è tenuto a pagare gli importi addebitati in fattura quando il gestore telefonico non sia in grado di confutare le contestazioni dell'utente relativamente ai dati esposti in fattura o nei tabulati telefonici. Merita quindi accoglimento la richiesta dell'utente di rimborso della somma di € 44,53. Sulla richiesta di indennizzo da mancata risposta al reclamo Non è allegato alcun reclamo agli atti da parte dell'istante mentre risulta in atti una pec di risposta di VODAFONE Alla luce delle risultanze istruttorie, la domanda non è fondata e non può essere accolta.

## DETERMINA

- Vodafone Italia SpA (Ho.Mobile - Teletu), in parziale accoglimento dell'istanza del 16/04/2019, è tenuta a pagare a favore di parte istante la somma di € 44,53 maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla domanda al soddisfo.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura  
Roberto Rizzi

f.to