

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

L. POLIZZI/ WIND TELECOMUNICAZIONI XXX

(LAZIO/D/169/2016)

Registro Co.Re.Com. n. 55/2017

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 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 del sig. L. Polizzi presentata in data 11.04.2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

1.a. L’istante, all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, introduceva il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- in data 21.09.2015, in previsione del suo imminente viaggio in Inghilterra, procedeva all’acquisto del piano tariffario “All Inclusive Travel” che prevedeva, al costo di euro 2,50 al giorno per una durata di 30 giorni e al costo di attivazione pari ad euro 2,00:

- a) 30 minuti veri per chiamare e ricevere;
- b) 30 sms;
- c) 50 mega.

- provvedeva ad attivare la suddetta offerta ricaricando il proprio credito di euro 40,00;
- constatava, al suo arrivo a Londra, che il suo credito era già completamente esaurito;
- lamentava di non essere stato minimamente informato né del roaming internazionale, né del superamento della soglia prevista dal suo piano tariffario;
- richiamava l'art.2, co.1, Delibera n.326/10/CONS, secondo cui l'operatore avrebbe dovuto rendere disponibili sistemi efficaci di alert e avrebbe, altresì, dovuto far cessare il collegamento dati non appena il credito o il traffico disponibile residuo (di tempo e di volume) fosse stato interamente esaurito;
- deduceva, infine, la totale assenza di fatturazione aggiuntiva in caso del superamento del predetto limite.

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

- i. Il rimborso della somma di euro 40,00 quale credito indebitamente sottratto;
- ii. La liquidazione dell'indennizzo a carico di Wind Telecomunicazioni XXX per i disagi occorsi quantificandoli in euro 300,00;
- iii. di condannare la controparte al pagamento delle spese di procedimento.

1.b Il 1° aprile 2016, nel rispetto dei termini procedurali, l'operatore Wind Telecomunicazioni XXX, trasmetteva la propria memoria di replica corredata da documentazione con la quale, in merito al profilo "All Inclusive Travel", preliminarmente puntualizzava che, a seguito di opportune verifiche, non si riscontrava nessun malfunzionamento.

Più in dettaglio in relazione alla fattispecie controversa precisava che:

- in data 21.09.2015 alle ore 03:04 il cliente terminava il bundle di 50 Mega previsto dalla Travel e iniziava a pagare le connessioni fino ad arrivare a un credito di euro 0,580009, effettuando 17,27 euro di connessioni rimanendo nella soglia dei 50,00 euro;
- in data 24.09.2015, considerata l'assenza di credito residuo del cliente, non poteva essere effettuato l'addebito del canone giornaliero di euro 2,50 poiché, come indicato anche sul sito ufficiale WIND, *"in caso di credito insufficiente e fino all'avvenuta ricarica della sim, per le chiamate effettuate e ricevute, le connessioni dati effettuate o gli sms inviati, non sarà addebitato il costo giornaliero, ma verranno applicate le tariffe standard per le chiamate internazionali fino ad esaurimento del credito residuo"*;
- il cliente avrebbe potuto accorgersi dell'insufficienza del suo credito residuo digitando autonomamente il codice *123*109# o, semplicemente, consultando il sito;
- lo stesso, per i motivi suesposti, adottava un comportamento configurabile in una violazione delle regole di diligenza e correttezza previste ai sensi dell'art.1227 c.c..

Wind Telecomunicazioni XXX, pertanto, concludeva che le domande avanzate da parte istante risultavano del tutto infondate in fatto e in diritto

2. Motivi della decisione.

2.a. Osservazioni in rito.

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

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è, ex adverso, limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

Pertanto, la domanda dell'istante, riferita alla "liquidazione dell'indennizzo per i disagi occorsi", non può trovare accoglimento in questa sede, in quanto rientra unicamente nella fattispecie risarcitoria e non è, quindi, riconducibile nell'alveo degli indennizzi.

2.b. Sulla mancanza di informazione sulle voci essenziali dell'offerta

Appare opportuno evidenziare che le eccezioni sollevate dalla società Wind Telecomunicazioni XXX non sono accoglibili per le seguenti motivazioni.

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.

Ergo propter hoc, l'articolo 2, della delibera n. 326/10/CONS, ai commi 1, 2 e 3, prevede che gli operatori mobili rendano disponibili 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.

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) sia stato interamente esaurito dal cliente, senza ulteriori addebiti o oneri per quest'ultimo, avvisandolo di tale circostanza.

La medesima delibera prevede, inoltre, che gli operatori offrano gratuitamente, anche agli utenti con piani tariffari a consumo, la possibilità di predefinire una soglia massima di consumo mensile per il traffico dati scelta tra le diverse opzioni proposte dall'operatore.

Tanto premesso, si osserva che la Società non ha fornito alcuna prova ovvero documentazione utile a dimostrare di aver attivato tutti i meccanismi di tutela, previsti dalla citata normativa, al fine di rendere edotto l'utente sul traffico dati effettuato in roaming in quanto non è stata espressa, da parte di quest'ultimo, alcuna manifestazione scritta di volontà contraria che autorizzi l'operatore a "personalizzare" il piano tariffario proposto e, di conseguenza, non adottare le soglie informative e dispositive.

A fondamento di quanto appena esposto si riporta una specificazione essenziale della difesa di parte istante: *“l’utente arrivato in Inghilterra, non solo si vedeva consumato interamente il credito di euro 40,00, precedentemente acquistato, ma non veniva minimamente informato né del roaming internazionale, né del superamento o meno dei limiti fissati nel suo piano tariffario All Inclusive. Il chè costringeva lo stesso ad acquistare in loco una sim inglese con relative spese”*.

Infatti, all’esito delle risultanze istruttorie, si deve evidenziare che, nel caso di specie, non si rinviene alcuna evidenza relativa all’avvenuto invio, da parte dell’operatore, degli alert previsti dalla normativa di settore (Delibera n. 326/10/CONS), né detto operatore ha fornito la documentazione di dettaglio del traffico dati, oggetto di contestazione, nonché altra documentazione utile a consentire il tracciamento della riferibilità temporale, della durata e del costo delle singole connessioni in modo tale da confutare l’avvenuto raggiungimento della soglia. Né, tanto meno, risulta che l’operatore abbia fornito:

- a) prova della volontà espressa dall’utente di continuare ad usufruire del servizio dati anche oltre la soglia;
- b) prova di aver avvisato l’utente al raggiungimento dell’80% della predetta soglia e di aver cessato il servizio dati al raggiungimento della stessa.

Ne discende, pertanto, che la responsabilità accertata in capo alla Società è da qualificare in relazione alla propria condotta con cui ha leso il diritto dell’utente di fruire di una maggiore trasparenza nell’offerta del servizio dati e di mezzi più efficaci per il controllo della relativa spesa, mediante l’introduzione di sistemi di allerta e tetti mensili di costo.

In proposito, rileva quanto prescritto dagli articoli 1175 e 1375 del codice civile, rispettivamente, in materia di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto. Detti articoli rappresentano il paradigma normativo primario da interpretare rigorosamente in conformità all’articolo 1176 c.c..

L’art. 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 (derivante soprattutto dall’art. 2 Cost.) 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 richiama un criterio di reciprocità che, nel quadro dei valori sanciti dalla Carta Costituzionale, costituisce specificazione degli “inderogabili doveri di solidarietà sociale” tutelati dall’articolo 2 della Costituzione la cui 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 professionale, 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 e deve considerarsi quindi, 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.

Non risulta, però, che, nel caso di specie, l'operatore abbia conformato la propria condotta agli obblighi stabiliti dalla normativa vigente a tutela dell'utenza limitandosi solo a ribadire, in maniera generica, la correttezza degli addebiti contestati (ex plurimis Delibera Agcom n. 2/13/CIR, Delibera n. 44/13/CRL, n. 46/14/CRL, Delibera Corecom Toscana n. 46/14; Delibera Corecom Toscana n.111/15).

A fortiori, va respinta l'eccezione sollevata dall'operatore in merito al presunto concorso del fatto colposo del contraente creditore, ex art. 1227, primo comma c.c., e al suo disinteresse di avvalersi delle *"indicazioni presenti sul sito ufficiale Wind dove avrebbe, con buon senso, potuto verificare il bonus residuo relativo all'offerta digitando il codice *123*109# oppure inviando un SMS, con testo Saldo, al 4155"*.

A contrariis, nell'odierna controversia si pone in evidenza una generalizzata condotta omissiva proprio da parte dell'operatore per non aver implementato le misure sulla procedura automatizzata per la gestione del traffico dati in roaming previste dalla normativa sul c.d.bill shock, ossia l'inconsapevole utilizzo degli apparati in roaming internazionale a tariffe decisamente maggiorate rispetto a quelle previste dal contratto per il traffico nazionale.

Tutto ciò premesso, atteso che l'operatore avrebbe dovuto fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme addebitate all'utente, nonché documentare le proprie affermazioni o quanto meno dimostrare di aver informato l'utente dell'avvenuto passaggio ad altra tariffa e del relativo prezzo previsto al superamento del plafond, il traffico anomalo contestato è da dichiarare irrefutabilmente come non dovuto.

In virtù di tali risultanze non può che confermarsi la violazione contestata in quanto la Società non ha adottato procedure idonee ad assicurare la gestione dei casi di bill shock.

Pertanto, per tutto quanto sopra esposto, rimane fermo il diritto dell'utente al rimborso di euro 40,00 per la ricarica effettuata.

3 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 prevista dall'articolo 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, tenuto conto del comportamento complessivamente adottato dalle parti e delle difese svolte, si ritiene congruo liquidare a favore dell'odierno istante l'importo di Euro 50,00 a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione da porsi a carico dell'operatore Wind Telecomunicazioni XXX.

IL DIRIGENTE

VISTO l'art. 19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Co.Re.Com. 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; in accoglimento dell'istanza avanzata in data 17 giugno 2015 dalla società Cecchi Rappresentanze & C.

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del sig. L. Polizzi nei confronti della società Wind Telecomunicazioni XXX;
2. La Wind Telecomunicazioni XXX è tenuta a pagare, mediante assegno o bonifico bancario, in favore dell'istante:
 - a) Euro 40,00, a titolo di rimborso del costo di ricarica;
 - b) euro 50,00, a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento ed ai sensi della Delibera Agcom n. 276/13/CONS. Tale somma così determinata dovrà essere maggiorata nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.
3. La società Wind Telecomunicazioni XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Co.Re.Com. 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.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Co.Re.Com. e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 26/09/2017

Il Dirigente

Dott. Aurelio Lo Fazio

Fto