

Verbale n. 25

Adunanza del 26 ottobre 2015

L'anno duemilaquindici , il giorno ventisei del mese di ottobre, alle ore undici, in Torino presso la sede del Corecom, via Lascaris 10, nell'apposita sala delle adunanze, si è riunito il Comitato con l'intervento di Bruno GERACI, Presidente, Ezio ERCOLE, componente e con l'assistenza della signora Maria Grazia Ferro nella funzione di Segretario verbalizzante. E' assente giustificata la Vicepresidente Tiziana Maglione.

Delibera n. 53 – 2015

Oggetto: Definizione della controversia GU14 203/2014 – Avv. XXX RIZZI / WIND TELECOMUNICAZIONI S.p.A..

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*, in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., *Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni*;

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, *Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS e s.m.i., recante il *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito, Regolamento);

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 Assemblies 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, il Consiglio regionale del Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte in data 17 settembre 2012, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 276/13/CONS, *Approvazione delle linee guida relative alla attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*;

VISTA l'istanza GU14 203/2014 con cui l'avv. XXX RIZZI chiedeva l'intervento del Comitato regionale per le comunicazioni (di seguito, per brevità, Corecom) per la definizione della controversia in essere con WIND TELECOMUNICAZIONI S.p.A. (di seguito, WIND), ai sensi dell'art. 14 del Regolamento;

VISTA la nota del 22/7/2014 con cui il Corecom comunicava alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della predetta controversia, fissando i termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTE la memoria difensiva e la documentazione inviate dall'operatore e le repliche di parte istante;

VISTA la nota con la quale le parti venivano convocate per l'udienza di discussione;

UDITE le parti a detta udienza, nella quale l'istante si riportava all'istanza introduttiva del procedimento, alla memoria di replica, alla delibera 326/10/CONS, ai precedenti AGCOM di cui alle delibere 4/12/CIR e 29/12/CIR, nonché alla sentenza della Cassazione civile, III sez., 2/12/2002, n. 17041, dichiarando altresì, ai fini della competenza territoriale della controversia che il contratto è stato stipulato in Alessandria e di essere domiciliato in XXX, mentre l'operatore si riportava alla memoria difensiva e ai documenti depositati;

DATO ATTO che il funzionario delegato all'istruttoria, in sede di udienza, acquisiva, ai sensi dell'art. 18, comma 2 del Regolamento, copia della fattura 2013T001343503 di € 4.978,82, oggetto di controversia, nonché copia della offerta pubblicitaria Wind attinente all'offerta commerciale "All Inclusive Business Unlimited Top"

VISTI gli atti relativi all'espletato tentativo obbligatorio di conciliazione;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del procedimento;

CONSIDERATO

quanto segue:

1. Oggetto della controversia

L'istante, nei propri scritti difensivi, rappresenta:

- che in relazione alla linea mobile XXX, con contratto denominato “All Inclusive Business Unlimited Top”, venivano addebitati costi per traffico Internet per € 4.978,82 quando il contratto prevedeva la formula “tutto incluso senza limiti”.

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

- 1) lo storno totale del traffico dati contestato.

Nella memoria difensiva l'operatore Wind, in sintesi, rappresenta quanto segue:

- che in data 9/4/2013 un'agenzia inviava proposta di contratto nella quale si richiedeva l'attivazione di una SIM in portabilità da Vodafone, utenza n. XXX, con piano tariffario “All Inclusive Business Unlimited Top” associata ad un terminale Samsung Galaxy Note II, la cui portabilità si completava in data 15/4/2013;
- che il piano tariffario “All Inclusive Business Unlimited Top” prevede un canone mensile di € 59,00 e offre: 1000min/bimestre di chiamate voce effettuate, 1000 minuti bimestre di chiamate voce ricevute, 1000 minuti/bimestre inclusi di traffico voce verso zona UE, USA e Croazia senza limiti che include traffico nazionale illimitato per voce, SMS e internet e 500 sms/bimestre di traffico SMS, 500MB/bimestre di traffico dati;
- che in data 8/1/2014 il cliente contattava il servizio clienti 1928 richiedendo l'invio di una copia del dettaglio chiamate relativo alla fattura 2013T001343503 e che la documentazione richiesta veniva inviata in data 21/1/14 all'indirizzo di posta elettronica XXX;
- che in data 29/1/2015 si inviava al cliente una lettera per sollecitare il pagamento degli importi insoluti;
- che in data 31/1/2015 il cliente veniva contattato e riferiva di avere una conciliazione in corso;
- che in riferimento all'addebito della fattura sopradetta, la contestazione è da ritenersi non fondata in quanto da verifiche effettuate è emerso che la SIM XXX ha effettuato traffico voce e dati in *roaming* in Paesi non compresi nel *bundle* del listino, ovvero in Egitto, Romania, Albania;
- che dal tabulato del traffico si evince che il cliente ha inviato l'SMS di sblocco in data 4/10/2013, alle ore 18.20.35, potendo in tal modo continuare a navigare a prezzo pieno;
- che la documentazione che il cliente richiede è già stata inviata tramite mail.

Sulla base di tale rappresentazione, l'operatore chiede che venga fissata l'udienza di discussione.

Parte istante ha replicato alle difese dell'operatore, chiedendo a sua volta la fissazione dell'udienza di discussione, e affermando:

- che nella memoria di controparte non è specificato che la totale prevalenza del traffico addebitato all'istante è riferito a traffico dati che sarebbe stato effettuato per

diverse migliaia di secondi tutti i giorni per il periodo settembre-ottobre 2013, limitandosi a osservare che è stato inviato l'SMS di sblocco;

- che anche ammettendo la tesi dell'operatore secondo cui l'istante avrebbe generato un traffico dati enorme, quasi senza sosta, tale traffico dovrebbe essere compreso nel piano tariffario sottoscritto dall'istante in quanto sia la brochure informativa che il contratto recitano: Italia "chiamate-sms-Internet illimitati";
- che nel contratto è detto chiaramente che 250MB/mese sono riferiti a quelli effettuati all'estero;
- che sia le fatture precedenti a quella contestata che le successive sono pervenute con importi inferiori.

2. Risultanze istruttorie e valutazioni in ordine al caso in esame

A) Sul rito

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

B) Nel merito

Con riferimento alla richiesta di storno del traffico dati nel conto 2013T001343503, che, dall'esame della fattura in contestazione, ammonta a € 3.125,68, oltre I.V.A., parte istante dichiara di aver chiesto spiegazioni circa il predetto addebito al servizio clienti della società Wind e di non aver ricevuto giustificazioni precise; in più lamenta, fin dalla fase conciliativa, di non essere stato in alcun modo avvertito dell'effettuazione di traffico per importi del tutto anomali rispetto a quanto ordinariamente fatturato.

Circa la sussistenza o meno di un obbligo, da parte degli operatori, di informare l'utente nel caso in cui si verifichi una "fatturazione anomala", deve precisarsi che la Delibera n. 326/10/CONS prevede, effettivamente, a carico dei gestori, l'impegno di avvertire l'utente nelle ipotesi in cui vengano superate alcune soglie di traffico. In particolare, l'articolo 2 della predetta delibera prevede 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".

Secondo quanto riportato dal gestore Wind, l'istante avrebbe manifestato l'assenso allo sblocco del traffico dati tramite sms inviato in data 4/10/2013 alle ore 18.20.35. Tuttavia, dal *print screen* dell'asserito messaggio di sblocco, che Wind allega, non si evince affatto la natura di questo sms, né chi ne sarebbe il destinatario e neppure l'operatore esplica come possa comprendersi che detto sms sia effettivamente quello che afferma essere, limitandosi a evidenziarlo graficamente.

Inoltre, la circostanza di invio del messaggio di sblocco è smentita dall'istante e, in ogni caso, Wind, nelle proprie difese, non dice quando avrebbe avvisato l'utente del superamento della soglia del traffico dati, né produce documentazione al riguardo. Come visto, la delibera 326/10/CONS prescrive che l'operatore non solo debba informare l'utente del raggiungimento di detta soglia, ma anche del traffico residuo disponibile, nonché del prossimo passaggio ad eventuale altra tariffa e del relativo prezzo al superamento. Di ciò non vi è alcuna prova in atti.

Si rammenta poi che, in via generale, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (*ex pluribus*, Cass. Civ. sez. III, 17/2/2006, n. 947) l'emissione della bolletta non costituisce negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali. Tanto premesso, 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. Civ. sez. III, 28/5/2004, n. 10313). Le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente e il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, a fini probatori, di ulteriori elementi.

Conformemente a tale orientamento giurisprudenziale, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha più volte ribadito, consolidando il proprio orientamento in merito, 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" (del. n. 10/03/CIR). Ha inoltre precisato che "la bolletta telefonica, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria e la società telefonica è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra i dati forniti da esso e quello trascritto nella bolletta" (delibere nn. 10/05/CIR, 85/09/CIR, 86/09/CIR, 23/10/CIR, 33/10/CIR, 2/13/CIR).

Ne discende che l'utente non è tenuto a pagare gli importi addebitati in fattura quando il gestore telefonico non sia in grado di vincere le contestazioni dell'utente relativamente ai dati esposti in fattura o nei tabulati telefonici. Questi avrebbe dovuto, per escludere la propria responsabilità, dimostrare di avere adottato tutte le misure necessarie al controllo del traffico sia sotto quello della protezione della rete che sotto quello, contrattuale e normativo, di avviso all'utente per traffico anomalo e/o extra soglia.

In particolare, posto che l'operatore deve fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme fatturate, nonché documentare le proprie affermazioni, la semplice produzione dei tabulati non assolve all'onere probatorio imposto da Agcom dal momento che, al pari della fattura, essi si limitano a rappresentare una data situazione secondo la conoscenza e il convincimento dell'operatore, sul quale incombe, in caso di contestazione, di provarne l'esattezza.

Occorre infine 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).

Merita quindi accoglimento la richiesta dell'utente in ordine allo storno del traffico dati addebitato sulla fattura 2013T001343503 ed ammontante a € 3.125,68, oltre I.V.A..

Occorre precisare che nelle memorie successive all'istanza introduttiva del procedimento le parti hanno fatto cenno anche ad un elevato traffico telefonico. Tuttavia, la richiesta dell'avv. Rizzi contenuta nel formulario GU14 è esclusivamente quella di vedersi stornare il traffico dati e, pertanto, il Comitato non ritiene di potersi pronunciare su altra fattispecie.

C) Sulle spese del procedimento.

Va a tale proposito osservato che Il Regolamento (art. 19, comma 6) prevede che con la definizione possano essere liquidate le spese di procedura, giustificate e necessarie, secondo criteri di equità e proporzionalità, tenendo conto del comportamento delle parti anche nel corso del procedimento di conciliazione.

Nel caso di specie, si ritiene per tali motivi equo liquidare a favore dell'istante la somma di € 100,00 per spese di procedura.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

DELIBERA

per i motivi sopra indicati,

l'accoglimento dell'istanza presentata dall'avv. XXX RIZZI, domiciliato in XXX, contro l'operatore WIND TELECOMUNICAZIONI S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, corrente in XXX, il quale operatore è tenuto a:

- in riferimento alla domanda sub 1), stornare il traffico dati ammontante ad € 3.125,68 oltre I.V.A.;
- corrispondere in favore dell'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, la somma di € 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

E' fatta salva la facoltà per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5 del Regolamento.

In forza dell'art. 19, comma 3 del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del d. lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. B), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

A cura dell'Ufficio la comunicazione alle parti e la pubblicazione del presente atto.

IL PRESIDENTE
Bruno Geraci