

DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/257967/2020

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA delfino XXX - Wind Tre (Very Mobile) IL DIRETTORE

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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, 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”, di seguito Regolamento Indennizzi;

VISTA la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, “Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni - Corecom” e succ. modif. e int.;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Co.Re.Com Calabria in data 19/21 dicembre 2017;

DATO ATTO della deliberazione Co.Re.Com. Calabria n. 234 del 17 luglio 2014, con cui il Comitato ha conferito al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all’adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (cinquecento/00) euro;

VISTA l’istanza dell’utente delfino XXX, del 17/03/2020 acquisita con protocollo N. 0118807 del 17/03/2020

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

L’istante rappresenta: “.....nell'autunno 2018, si vedeva recapitare una fattura Wind di importo molto elevato rispetto al costo del piano tariffario prescelto, un profilo flat prepagato con 1000 minuti al mese di telefonate. Successivamente la fatturazione continuava a risultare esorbitante rispetto a suoi consumi abituali (circa 40 euro a bimestre), raggiungendo importi superiore ad € 300/400. A seguito, pertanto, del recapito della seconda fattura di importo anomalo (€ 329,12 - fattura n. w18186XXX) sporgeva reclamo al servizio clienti dell'operatore ed apprendeva che wind aveva proceduto senza dare comunicazione alcuna a disattivare il suo profilo tariffario perchè "obsoleto" e ad applicare una tariffa a consumo che ha determinato il generarsi dei suddetti importi; di più, sull'utenza del sig. Delfino risultavano attivi una pluralità di servizi a pagamento mai richiesti nè voluti dell'utente. Chiesto la riattivazione del suo piano originario e il ricalcolo delle fatture, l'operatore del servizio clienti negava ogni disponibilità, affermando che la fatturazione fosse perfettamente regolare. Per tale motivo il sig. Delfino si è visto costretto a cambiare operatore e si trova ad essere destinatario di invasive iniziative di recupero del credito”. E ha chiesto “1. storno esposizione debitoria; 2. ritiro della pratica di recupero del credito; 3. rimborso somme pagate in eccedenza rispetto al costo del piano tariffario disattivato unilateralmente dal gestore; 4. indennizzi per tutte le violazioni denunciate”.

La resistente argomenta che da verifiche effettuate è emerso che “Nel novembre del 2012 l’istante ha attivato la sim 3278375XXX, con piano tariffario All Inclusive Smart 400 Sim Edition . In data 23 gennaio 2019 l’istante contattava il servizio clienti della convenuta per richiedere la disattivazione dei servizi a sovrapprezzo, che veniva tempestivamente effettuata. In data 29 gennaio 2019 la sim veniva disattivata”. Evidenza che il piano tariffario, scelto dall’utente in fase di attivazione del contratto, “All Inclusive Smart 400 Sim Edition”, che prevedeva a fronte del pagamento di un canone bimestrale, chiamate illimitate verso un numero preferito,

traffico dati nazionale illimitato, 800 minuti di traffico voce nazionale e 800 sms nazionali, non ha subito alcuna modifica nel corso del rapporto contrattuale, come si evince dalla documentazione allegata e dalle fatture emesse nel tempo a carico dell'utente. Precisa che alcune fatture presentano un importo più elevato rispetto alle precedenti, poiché comprensive di traffico extra -bundle effettuato dall'utente, cioè di un traffico ulteriore rispetto a quello previsto a titolo gratuito dal piano tariffario, per cui è stata applicata la tariffazione a consumo. Sottolinea che l'istante, nel momento in cui ha firmato la proposta di contratto Wind Tre per l'attivazione dell'utenza, ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., di approvare specificamente le clausole delle "Condizioni generali di contratto" comprese quelle relative alla fornitura e il corrispettivo del servizio e richiama a tal proposito la Delibera 165/15/CIR. In relazione all'attivazione di servizi a pagamento e ai relativi importi fatturati, non dovuti, a dire dell'utente, poiché mai richiesti, la resistente richiama l'art. 3.2 delle C.G.A., sottolineando che l'abilitazione alla fruizione dei servizi a sovrapprezzo è insita nel servizio di telefonia mobile, così come l'accesso a servizi premium forniti dal web, mentre per la richiesta e l'attivazione dei suddetti servizi è necessaria la conclusione di uno specifico contratto per l'acquisizione degli stessi. Ciò avviene selezionando sul terminale mobile l'apposita icona/tasto di attivazione dello specifico servizio e in tal modo l'utente manifesta il proprio consenso per fatti concludenti al perfezionamento del rapporto contrattuale. Evidenzia inoltre di non aver comunque ricevuto alcun reclamo telefonico o in forma scritta da parte dell'istante in merito alle somme contestate, nei termini di cui all'art. 7.1. delle C.G.A. Precisa in fine che l'istante presenta allo stato attuale un insoluto pari ad € 862,01. Rappresenta da ultimo che è in corso l'emissione della nota di credito di euro 32,78 su fattura W1900807XXX, a storno parziale dei servizi a sovrapprezzo addebitati, e di euro 41,37 su fattura W1903362XXX, a storno totale dei servizi a sovrapprezzo addebitati. Per tali motivi ha concluso, domandando il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, perché infondate sia in fatto sia in diritto.

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le domande della parte istante possono essere accolte parzialmente. L'istante lamenta in primo luogo l'arbitraria disattivazione da parte della società resistente del piano tariffario prescelto al momento della conclusione del contratto, intervenuta il 9 novembre 2012, che era costituito, a suo dire, da un profilo flat prepagato con 1000 minuti al mese di telefonate, e la conseguente illegittima applicazione di una tariffa a consumo. Invero dalla documentazione allegata in atti e, in particolare, dal contratto allegato e dal raffronto tra la fattura del 23 febbraio 2013 e quelle di novembre 2018 e gennaio e febbraio 2019, emerge che il profilo tariffario cui l'istante ha aderito all'atto della sottoscrizione del contratto, ovvero "All Inclusive Smart 400 Sim Edition" è rimasto invariato nel tempo. Pertanto l'operatore ha correttamente applicato il profilo tariffario sottoscritto dal ricorrente, che non ha diritto al rimborso/storno delle somme eccedenti il proprio piano tariffario, né ad alcun indennizzo per applicazione di un profilo tariffario diverso da quello richiesto. In realtà, le somme addebitate a partire dall'autunno 2018 eccedenti gli importi abitualmente pagati, come ammesso dall'operatore, sono dovute all'addebito di costi per il traffico extra-soglia e per servizi a pagamento. Per quanto riguarda i primi risalta che il piano tariffario cui il ricorrente ha aderito prevedeva, a fronte del pagamento di un canone bimestrale, chiamate illimitate verso un numero preferito, traffico dati nazionale illimitato, 800 minuti di traffico voce nazionale e 800 sms nazionali. Il piano tariffario prevedeva inoltre che il traffico eccedente il bundle gratuito fosse fatturato a consumo, mentre gli MMS venivano invece sempre fatturati a consumo. A tale proposito uno dei principi fondamentali in materia di tutela dei consumatori prevede a carico dei gestori, l'impegno di avvertire l'utente nelle ipotesi in cui vengano superate le soglie di traffico consentite dal piano tariffario in essere. L'articolo 3, comma 6, della delibera n. 126/07/CONS, infatti, prevede che " nel caso di promozioni o offerte, che a titolo oneroso diano luogo ad 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. 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. Inoltre, gli utenti possono monitorare il livello dei propri consumi, grazie a specifiche disposizioni vigenti in materia di controllo della spesa. 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". Devono poi considerarsi 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 buona fede nella esecuzione del contratto, principi che, vista la natura professionale del soggetto coinvolto, devono essere interpretati, in conformità a quanto previsto dall'articolo 1176 del codice civile, con particolare rigore. 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. Con riferimento a queste ultime disposizioni, il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, "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.) Sulla base di tutto quanto sin qui esposto e richiamato, nella fattispecie oggetto della presente definizione, l'operatore era dunque tenuto a fornire all'utente, in costanza del rapporto, un sistema di allerta e/o un adeguato idoneo preavviso circa il traffico anomalo riscontrato al superamento della soglia. Nel caso di specie, però, la resistente non ha fornito prove volte a dimostrare che l'utente fosse stato preavvisato tempestivamente circa l'esaurimento del plafond previsto per il traffico voce e sms. Non risulta infatti dalla documentazione in atti, che questa abbia prontamente fornito all'istante indicazioni in merito al raggiungimento della soglia di consumo prevista dall'offerta, né tantomeno in ordine alle diverse condizioni economiche applicate, per il che dovrà restituire ovvero stornare le somme illegittimamente detratte. In relazione invece alle somme illegittimamente fatturate a titolo di servizi a pagamento mai attivati dall'utente, affiora che l'operatore ha violato le norme dettate dall'Autorità in materia di attivazione di servizi a pagamento non richiesti. Sul punto si osserva che l'art. 67 quinquiesdecies Codice del Consumo statuisce al comma 1 che: "Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso, l'assenza di una risposta non implica consenso del consumatore". Il Codice del Consumo, così come da ultimo riformato in attuazione della Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, in particolare stabilisce che prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista deve chiedere il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'abbia dedotto, utilizzando opzioni prestabilite, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento. Ancora, l'art. 7, comma 5, della Direttiva di cui alla Delibera Agcom 179/03/CSP stabilisce che: "gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalla conseguenze economiche e pregiudizievoli delle attivazioni di servizi non richiesti e che in caso di contestazione, ove l'operatore non sia in grado di dimostrare, nelle forme dovute, la ricezione di una richiesta dell'utente ovvero le eventuali problematiche tecniche – non imputabili all'operatore stesso – che hanno determinato l'attivazione contestata, l'utente ha diritto allo storno dei corrispettivi addebitati per il traffico generato con l'operatore responsabile, nonché ad un indennizzo proporzionato al disservizio causato, per ogni giorno di attivazione del servizio non richiesto". Quindi, in difetto di prova contraria, deve affermarsi l'esclusiva responsabilità della resistente ex art. 1218 del codice civile per l'indebita attivazione di servizi a pagamento non richiesti con il conseguente diritto per l'utente ad un indennizzo proporzionato al disagio causato e allo storno (o al rimborso, qualora il relativo pagamento risulti essere già stato effettuato) di quanto addebitatogli a tale titolo. La società resistente, nel caso di specie, non ha fornito alcun documento da cui risulti l'esistenza di una manifestazione di volontà dell'utente di attivare i servizi a sovrapprezzo de quibus. Essa non ha fornito infatti la prova che gli addebiti in fattura siano riferibili ad attivazioni volontarie e consapevoli dell'utente, né che siano stati inviati all'utente gli sms di caring per avvisarlo degli abbonamenti attivi e pertanto non avrebbe potuto addebitarne il relativo costo sul conto telefonico dell'utente. Tanto precisato, attesa la condotta inadempiente da parte dell'operatore alla luce della normativa sopra citata, è ragionevole accogliere la domanda del ricorrente e quindi riconoscere che egli ha diritto al rimborso (ovvero, ove non fossero state saldate, allo storno) delle somme addebitate per servizi a sovrapprezzo, nonché come già evidenziato per traffico extrasoglia. A tale proposito soccorre l'art. 123 del Codice della Privacy (Dlgs 196/2003 e ss.mm.ii.) la cui ratio è la tutela dei dati personali degli utenti di servizi di comunicazioni elettroniche, che prescrive l'obbligo di cancellare o rendere anonimi i dati relativi al traffico riguardanti contraenti ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica quando non

sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatta salva la conservazione per il periodo di sei mesi per esigenze di fatturazione o per la commercializzazione di servizi di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi a valore aggiunto, e l'ulteriore specifica conservazione necessaria per una contestazione, anche in sede giudiziale. Pertanto la resistente sarebbe tenuta a stornare/rimborsare gli importi addebitati a titolo di traffico extra soglia ovvero di servizi a sovrapprezzo nelle fatture emesse nel semestre antecedente la data di presentazione del reclamo, ovvero nei sei mesi precedenti alla proposizione dell'istanza conciliativa, atteso che l'istante ha contestato le somme ritenute illegittime solo in sede di istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione. Si ritiene che tale principio non possa applicarsi nel caso di specie posto che l'operatore ha depositato il traffico telefonico relativo ai periodi in cui sono stati effettuati gli addebiti illegittimi, nonché le fatture in cui questi sono riportati. In parziale accoglimento delle richieste dell'istante, dunque, la società resistente è tenuta a regolarizzare la posizione amministrativo-contabile di questi mediante lo storno (ovvero il rimborso, in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato a titolo di traffico extrasoglia (voce ed sms) nelle fatture allegate dall'operatore. In particolare la fattura W1818674XXX del 5 novembre 2018 presenta l'addebito di euro 127,26 (iva esclusa) per traffico voce nazionale e UE, eccedente la soglia prevista, ed euro 63,72 (iva esclusa) per traffico SMS Nazionale e UE eccedente la soglia; la fattura W1900807XXX del 5 gennaio 2019 presenta l'addebito di euro 121,15 (iva esclusa), per traffico voce nazionale e UE extra soglia, ed euro 77,44 (iva esclusa) per traffico SMS Nazionale e UE eccedente la soglia, mentre la fattura W1903362XXX del 20 febbraio 2019 non presenta invece traffico extra. La resistente è inoltre tenuta a stornare le somme addebitate nelle medesime fatture per servizi a pagamento laddove non siano già state emesse e ricevute le note di credito a storno totale delle stesse che l'operatore ha dichiarato essere in corso di emissione. Nello specifico la fattura W1818674XXX presenta addebiti per servizi a sovrapprezzo pari a euro 0,44 (iva esclusa), la fattura num. W1900807XXX presenta addebiti per servizi a sovrapprezzo pari a euro 63,01 mentre la fattura W1903362XXX presenta addebiti per servizi a sovrapprezzo pari a euro 33,91 (iva esclusa). Di contro, non può trovare accoglimento la richiesta dell'istante di liquidazione di un indennizzo per l'attivazione dei servizi non richiesti, in quanto i servizi digitali oggetto della tariffazione contestata riguardano: a) servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del Regolamento indennizzi; b) servizi forniti da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazione elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l'utente ed il fornitore del servizio; c) servizi in relazione ai quali il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo e del corrispondente meccanismo di liquidazione, attiene solo alla fase dell'addebito, e non a quello della attivazione in senso stretto (ex multis Delibera Agcom n. 143/17/CIR). Né può essere riconosciuto alcun indennizzo in relazione all'addebito di importi a titolo di traffico extrasoglia, in quanto si ritiene che ogni questione e contestazione relativa alla fatturazione sia risolta mediante il riconoscimento del diritto allo storno/rimborso, che è di per sé sufficiente a compensare il disagio subito dall'utente.

DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 17/03/2020, è tenuta a provvedere alla regolarizzazione della posizione amministrativa-contabile dell'istante Delfino XXX, mediante il rimborso o lo storno degli importi addebitati a titolo di traffico extra-soglia (voce ed sms) e di servizi a pagamento nelle fatture n.W1818674XXX del 5 novembre 2018, n.W1900807XXX del 5 gennaio 2019 e n. W1903362XXX del 20 febbraio 2019, così come indicati nel corso della trattazione.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento 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.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore
rosario carnevale