

ATTI 1.4.1 2011/175/A
1.21.1 2010/557

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Deliberazione n. 05

del 4 febbraio 2011

Sono presenti i componenti del Comitato:

MINOLI ROTA	Fabio	Presidente
CAVALLIN	Mario	Vice Presidente
CIPRIANO	Marco Luigi	Vice Presidente
BORELLA	Diego	
GUSSONI	Maurizio	
VOLPE	Marcella	
ZANELLA	Federica	

Oggetto: Definizione della controversia Bisceglia XXX/H3G XXX

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni della Lombardia

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 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, ed in particolare l’art. 84;

VISTA la legge della Regione Lombardia 28 ottobre 2003, n. 20, “*Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*”;

VISTA la deliberazione di Comitato n. 5 del 28 ottobre 2004 “*Approvazione del regolamento interno del Comitato regionale per le Comunicazioni della Lombardia*”;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS, recante il “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*” (d’ora in avanti *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 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 della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 75/10/CIR, “*Atto di indirizzo ai sensi dell’articolo 18, comma 2 e dell’art. 22, comma 4-bis, allegato A, della delibera 173/07/CONS in materia di trasparenza nella tariffazione del traffico dati*”;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A “*Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*”;

VISTA l’istanza del 28 gennaio 2010, acquisita al protocollo Co.Re.Com Lombardia n. 2940/2010, con la quale la sig.ra XXX Bisceglia ha chiesto l’intervento del Comitato regionale per le comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società H3G XXX., ai sensi degli artt. 14 e ss. del *Regolamento*;

VISTA la nota del 15/02/2010 (prot. n. 2966/2010), con la quale il funzionario delegato ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del *Regolamento*, l’avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti a presentarsi all’udienza per la discussione della stessa in data 18 marzo 2010;

VISTA la memoria prodotta da parte di H3G XXX, depositata in data 3 marzo 2010;

VISTO il verbale della suindicata udienza del 18 marzo 2010;

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

VISTA la proposta di decisione formulata dal Dirigente dell'Ufficio, ai sensi dell'art. 19 del *Regolamento*;

UDITA la relazione del Presidente Fabio Minoli nella seduta del 4 febbraio 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia

La sig.ra XXX Bisceglia nella propria istanza rappresenta quanto segue:

- 1) in data 30 dicembre 2008 l'utente acquistava presso un rivenditore Tre all'interno di un grande magazzino una "chiavetta" per la navigazione internet, sottoscrivendo un abbonamento con piano tariffario *flat* denominato "*Tre.Time Small*", che prevede, secondo quanto indicato dall'opuscolo informativo ricevuto al momento dell'acquisto, il pagamento di un canone mensile di € 10,00, per 30 ore di navigazione gratuita al mese, una tariffa di € 1,20/ora per il traffico oltre soglia, una tariffa di euro 0,30/MB per il traffico internet in *roaming* nazionale (ossia sotto rete di operatore diverso da Tre);
- 2) l'utente, nei giorni seguenti all'acquisto, durante un soggiorno in XXX a pochi chilometri dal confine, effettuava connessioni internet in *roaming* internazionale dal 1 gennaio 2009 al 5 gennaio 2009 (data in cui il servizio veniva sospeso dall'operatore), a fronte delle quali venivano fatturati importi per "*servizi 3 extra UE*" per un totale di euro 5.316,12, di molto superiori rispetto ai consumi bimestrali medi effettuati dall'istante;
- 3) l'utente contestava telefonicamente la fattura, richiedendo altresì all'operatore il dettaglio dei consumi, e, ricevuta la documentazione del traffico, constatava che l'importo di oltre cinquemila euro era riferito a una durata complessiva di circa due ore e trenta minuti di connessioni;
- 4) in data 30 aprile 2009, l'utente presentava istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, che veniva infruttuosamente esperito il 17 novembre 2009.

In data 15 febbraio 2010, la sig.ra Bisceglia presentava istanza di definizione della controversia, nella quale richiedeva l'annullamento della fattura di € 5.316,12, perché ritenuta di importo del tutto sproporzionato rispetto all'uso effettivo del servizio acquistato e, soprattutto, perché relativa a traffico prodotto in *roaming* internazionale, modalità sul cui utilizzo e sul cui costo l'istante riteneva di non essere stata adeguatamente informata dall'operatore.

A seguito della comunicazione di avvio del procedimento di definizione, l'operatore presentava memoria ai sensi dell'art. 16, comma 2, del *Regolamento*, in cui:

- rigettava le contestazioni sulla carenza informativa, richiamando le indicazioni contenute nella *brochure* illustrativa, nonché sul sito della Tre;
- sosteneva l'infondatezza delle contestazioni relative all'importo per traffico in *roaming* internazionale, in quanto correttamente fatturato;
- precisava la posizione debitoria della sig. Bisceglia rispetto alla Tre, che risultava comprensiva della fattura n. 940781888 di Euro 5.316,12 e della fattura n. 942619367 di Euro 232,41;

- proponeva, a mero titolo conciliativo, lo storno totale della fattura n. 942619367 e del 20% dell'importo esposto dalla fattura n. 940781888.

In data 18 marzo 2010 si svolgeva l'udienza di discussione presso il Co.re.com. Lombardia, durante la quale l'istante si rendeva disponibile a versare alla Tre la somma complessiva di Euro 100,00, mentre l'operatore, ai soli fini di una composizione bonaria della controversia, si rendeva disponibile a ridurre a € 800,00 – dilazionabili in rate mensili – l'importo a carico della sig.ra Bisceglia. L'udienza si concludeva con l'invio della controversia a definizione.

Il Corecom, data la crescente diffusione del fenomeno del c.d. *bill-shock*, ossia di addebiti molto onerosi per consumi inconsapevoli da parte dell'utente, e la mancanza di precedenti pronunce dell'Autorità su fattispecie simili, stante quindi la novità e la complessità della questione controversa, in data 12 aprile 2010 ha chiesto all'Autorità l'emanazione di un atto di indirizzo ai sensi degli artt. 18, comma 2 e 22, comma 4bis, del *Regolamento*, sull'orientamento da adottare nella definizione della controversia in oggetto.

In data 11 novembre 2010, l'Agcom, con delibera 75/10/CIR, ha adottato l'atto di indirizzo.

Valutazione in ordine al caso in esame

1. In merito alla controversia in esame, è opportuno in via preliminare ripercorrere i passaggi essenziali dell'atto di indirizzo adottato dall'Autorità con delibera 75/10/CIR, al fine di enucleare i principi utili alla decisione.

Innanzitutto, preso atto dell'impossibilità di applicare al caso di specie la disciplina dettata dalla delibera 326/10/CONS, volta *“a garantire agli utenti un controllo effettivo della spesa”* attraverso *“la predisposizione di sistemi di allerta per il consumatore e di meccanismi di blocco del servizio di trasmissione dati al raggiungimento di un determinato importo”* (in ossequio ai principi del Regolamento (CE) n. 544/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio sul *roaming* internazionale e per la tutela ordinaria dei consumatori), dal momento che l'adeguamento alle prescrizioni in essa stabilite è imposto agli operatori entro e non oltre il 31 dicembre 2010, l'Autorità cerca di rintracciare nel quadro normativo esistente al momento dei fatti oggetto della controversia una serie di regole base utili all'interpretazione e alla regolamentazione della stessa.

A tal fine, l'Agcom richiama, in primo luogo, i diritti del consumatore ad ottenere un'adeguata informazione e una corretta pubblicità nei rapporti di consumo (art. 2, comma 2, lett. c), d.lgs. 206/2005 – Codice del consumo), nonché i corrispondenti oneri di informativa posti in capo agli operatori e volti a garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sui prezzi effettivi dei servizi (art. 1, comma 2, Legge 40/2007; art. 4, Delibera 179/03/CSP; art. 71, comma 1, d.lgs. 259/2003 – Codice delle comunicazioni elettroniche), per soffermarsi poi su specifiche disposizioni introdotte a livello regolamentare in materia di trasparenza e facilitazione della comprensione delle condizioni economiche di offerta (in particolare, l'articolo 4, lett. b) della delibera n. 96/07/CONS prevede che, nel caso di tariffazione omnicomprensiva, 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”*, mentre la delibera n. 126/07/CONS, 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”*) nonché in materia di controllo della spesa (come l'art. 60 del citato Dlgs 259/2003 e l'art. 6 della Delibera 179/03/CSP).

Precisa, poi, l'Autorità, che tutte le disposizioni citate integrano quanto previsto dal codice civile in materia di contratti e, in particolare, quanto prescritto dagli articoli 1175 e 1375 c.c. in materia di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, e dall'art. 1176, comma 2 c.c., laddove, prescrivendo una graduazione della violazione della diligenza nell'adempimento delle obbligazioni in base alla natura dell'attività esercitata, esige dall'operatore professionale un grado di perizia qualificata.

Con riferimento a queste ultime disposizioni, l'Autorità si sofferma sull'interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità in merito al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, laddove afferma che esso *“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)”. Secondo l'Autorità, il principio di buona fede *“mette capo, quindi, ad 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: 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)”*.

Proprio in considerazione di queste indicazioni di fondo, ed in particolare di quelle relative ai doveri di lealtà e correttezza nei rapporti contrattuali, l'Autorità osserva che *“l'operatore professionale, nell'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”*.

Alla luce di tutte queste considerazioni e tenuto conto della qualifica professionale dei soggetti che forniscono servizi di comunicazione mobili e personali di trasmissione dati in *roaming* internazionale, nonché la natura dell'attività da loro esercitata, l'Autorità ritiene che *“già prima dell'entrata in vigore delle disposizioni di cui alla delibera 326/10/CONS, al fine di considerare la fornitura del servizio effettuata nel rispetto del principio di buona fede contrattuale occorresse il rispetto delle seguenti condizioni:*

1. *innanzitutto, una chiara ed idonea informativa, al momento della stipula contrattuale, circa i costi e le condizioni di offerta del servizio, anche alla luce delle diverse circostanze di acquisizione del consenso (presso negozio dell'operatore, vendita porta a porta o fuori dai locali commerciali, ecc.) e delle tipologie di utenza (utente professionale o non professionale);*

2. *in caso di accumulo, a carico del cliente, di corrispettivi per il servizio utilizzato notevolmente superiori alle ordinarie abitudini di spesa di quest'ultimo, tali da non corrispondere, cioè, ad un “uso normale” e ragionevole del servizio, l'adozione di tempestivi strumenti di autotutela contrattuale simili a quelli solitamente impiegati in caso di traffico anomalo; a titolo esemplificativo, giova evidenziare che alcuni operatori mobili mettono a disposizione degli utenti, nelle ipotesi di modalità di tariffazione correlate al volume di dati scambiati, misure e/o strumenti che consentano all'utente di visualizzare, durante la navigazione, la quantità di dati in downloading;*

3. *in 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'invio di una adeguata informazione all'utente in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità*".

L'autorità conclude, pertanto, che: *"Fino alla piena operatività delle misure introdotte con la delibera n. 326/10/CONS, in tutti i casi in cui risulti che l'operatore non si sia adoperato per garantire all'utente la effettiva conoscenza o conoscibilità delle condizioni di offerta dei servizi al momento della stipula contrattuale, nonché, in costanza di rapporto, dei dati di traffico come sopra specificati, le somme addebitate a titolo di corrispettivo per la fornitura del predetto servizio devono essere interamente stornate ovvero, qualora siano state già corrisposte dall'utente, rimborsate*.

In simili circostanze, infatti, considerata anche la diligenza qualificata da esso attesa in virtù di quanto sopra evidenziato, deve concludersi per la mancata osservanza da parte di questi del principio basilare della buona fede nella esecuzione del contratto.

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".

2. L'atto di indirizzo emanato dall'Agcom e, segnatamente, le condizioni poste da ultimo, offrono dunque le coordinate per definire la controversia in esame.

2.1 È necessario innanzitutto verificare se la condotta tenuta da Tre al momento della conclusione del contratto possa definirsi rispettosa degli oneri di informativa di cui al punto 1) dell'elenco sopra riportato. A questo proposito si può affermare che l'operatore telefonico non abbia fornito prova del corretto adempimento di tali oneri: dalla documentazione e dalla memoria depositata dalla Tre non è infatti emerso che all'utente sia stata offerta un'informazione completa ed esaustiva circa l'utilizzo del servizio di navigazione via internet in *roaming* internazionale, né da parte della persona che ha provveduto a vendere la "chiavetta", né attraverso l'opuscolo informativo. Quest'ultimo, infatti, nella descrizione dell'offerta *Tre.Time Small*, si limita a segnalare, peraltro in un carattere più piccolo di quello utilizzato in altre parti del testo, le "30 ore di traffico gratuito sotto copertura Tre incluso", la tariffa oraria per traffico sotto copertura Tre prodotto oltre la soglia delle 30 ore (1,20 €/ora) e la tariffa di € 0,3/MB per "traffico in *roaming* GPRS nazionale". Ora, come si vede, non solo non vi è alcun esplicito od implicito riferimento alle tariffe relative al traffico in *roaming* internazionale, ma, soprattutto, non è fatto alcun cenno a questa modalità di navigazione, lasciando potenzialmente addirittura intendere che non sia possibile usufruire del servizio internet in tale modalità.

Peraltro, la carenza di informazioni è proseguita anche al momento dell'esecuzione del contratto e segnatamente all'atto delle connessioni, non essendovi alcuna evidenza del fatto che la signora Bisceglia sia stata messa nelle condizioni di potersi rendere conto dell'assenza di copertura Tre e dei costi elevatissimi che la navigazione all'estero, effettuata appunto in assenza di copertura Tre, stava producendo.

2.2 Quanto alla seconda delle condizioni repute necessarie dall'Autorità *per poter considerare la fornitura del servizio effettuata nel rispetto del principio di buona fede contrattuale* che qui interessa - ossia l'onere di dotarsi "*di tempestivi strumenti di autotutela contrattuale simili a quelli solitamente impiegati in caso di traffico anomalo*", quali ad esempio "*misure e/o strumenti che consentano all'utente di visualizzare, durante la navigazione, la quantità di dati in downloading*" - l'istruttoria non ha consentito di evidenziare l'adozione di simili cautele da parte dell'operatore. Si deve quindi concludere che la sig.ra Bisceglia non è stata messa nelle condizioni di potere monitorare il volume del traffico via via che lo stesso veniva prodotto durante le connessioni, e la relativa spesa; tale inconsapevolezza, oltre a determinare la fatturazione di un importo estremamente elevato, specialmente se rapportato al volume del traffico, non ha consentito

all'utente di evitare la sospensione del servizio (disposta, verosimilmente, sulla base di quanto disposto dall'art. 18.3 delle Condizioni generali di abbonamento di Tre, ossia per riscontrati incrementi di volumi di traffico "anomali" rispetto al traffico pregresso), occorsa dopo soli 5 giorni dall'inizio dell'utilizzo della "chiavetta".

3. Quanto, infine, all' *"onere di dimostrare la correttezza degli importi fatturati, ... nel caso particolare di fruizione del servizio di trasmissione dati in mobilità effettuato in roaming"* cui fa riferimento l'atto di indirizzo, va aggiunto che nulla è stato provato in merito alla correttezza degli addebiti relativi al traffico prodotto dalla sig.ra Bisceglia. I dati inviati all'utente – il semplice elenco in cui compaiono la data e l'ora della supposta connessione, la descrizione della modalità di navigazione, la durata della connessione e l'importo corrispondente – non fanno alcun riferimento al volume del traffico prodotto, che invece costituisce il parametro cui l'operatore commisura la spesa, e non risultano di conseguenza assolvere all'onere probatorio imposto dall'Autorità, ad opinione della quale l'operatore nella gestione delle contestazioni sul traffico *"deve fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme fatturate nonché documentare le proprie affermazioni; in caso contrario rimane fermo il diritto dell'utente al rimborso/storno"* (Delibera Agcom 23/10/CIR).

4. Da quanto sin qui esposto emerge come la condotta tenuta dall'operatore al momento della conclusione e durante l'esecuzione del contratto stipulato con la sig.a Bisceglia non sia stata improntata ai principi e agli obblighi che, in base alla normativa vigente, sono posti a regolamentazione dei rapporti contrattuali tra operatori di servizi di telecomunicazioni ed utenti, con la conseguenza che la richiesta formulata dalla signora Bisceglia nella propria istanza deve essere accolta.

CONSIDERATO tutto quanto sopra esposto e riportato;

RITENUTO che l'istante sig.a Bisceglia abbia altresì diritto al rimborso delle spese sostenute per la procedura, equitativamente quantificabili in euro 100,00;

Per questi motivi, all'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

La società H3G è tenuta, nei confronti della sig.ra XXX Bisceglia:

- a stornare la fattura n. 940781888 per l'intero importo di € 5.316,12;
- a corrispondere alla stessa, mediante assegno bancario, la somma di € 100,00 quale rimborso delle spese di procedura.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 11, comma 4 della delibera n.179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera AGCOM n. 173/07/CONS, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

La presente delibera è comunicata alle parti nonché pubblicata nel sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della Legge 69/2009.

L'operatore è tenuto a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell'articolo 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 degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Il Presidente
Fabio Minoli Rota

Il Dirigente
Mauro Bernardis