
Co.Re.Com.

*comitato regionale
per le comunicazioni
della Lombardia*



ATTI 1.21.1. – 2016/4020/GU14

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Deliberazione n. 52 del 15 aprile 2020

Sono presenti i componenti del Comitato:

SALA	Marianna Presidente
PERIN	Claudia Vice Presidente
SAVOINI	Gianluca Vice Presidente
CAVALLIN	Mario
DONADONI	Pierluigi

Oggetto: **Definizione della controversia XXX XXX/ Wind Tre S.p.a. (già H.3G. S.p.a.)**

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

VISTA la L. 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 L. 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 D. Lgs. 01 agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, *Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*, in particolare l'art. 10;

VISTA la propria Del. 28 ottobre 2004, n. 5 *Approvazione del regolamento interno del Comitato regionale per le Comunicazioni della Lombardia*;

VISTA la propria Del. 7 novembre 2013, n. 63, *Regolamento interno del Co.Re.Com.*;

RICHIAMATO 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 21 novembre 2017;

VISTO il testo della Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Co.Re.Com. Lombardia, sottoscritta in data 29 dicembre 2017;

VISTA la Del. A.G.Com. 19 aprile 2007 n. 173/07/CONS, *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito "Regolamento") come modificata, da ultimo, dalla Del. A.G.Com. 597/11/CONS;

VISTA la Del. A.G.Com. 73/11/CONS, *Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481*", ed in particolare il Regolamento di cui all'allegato A (di seguito "Regolamento indennizzi");

VISTA l'istanza presentata in data 16 giugno 2016 con cui il sig. XXX XXXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia per la definizione della controversia in essere con l'operatore Wind Tre s.p.a. (già H3G s.p.a.) ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTI gli atti dei procedimenti e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

VISTA la proposta di decisione del dirigente del Servizio ai sensi dell'art. 19 del *Regolamento*;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con l'istanza presentata in data 16 giugno 2016 ai sensi degli art. 14 e ss. del *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*, approvato con Del. A.G.Com. 173/07/Cons, il sig. XXX XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia al fine di dirimere la controversia con Wind Tre S.p.a. (già H3G s.p.a. e da qui in seguito Wind Tre) avente a oggetto contestazioni relative a servizi di rete mobile.

1. La posizione dell'istante

Nell'istanza di definizione, nella memoria ritualmente depositata, e nel corso dell'udienza di discussione la parte istante ha rappresentato quanto segue:

- nei giorni 6, 7 e 8 dicembre 2015 la moglie dell'utente si recava in Svizzera portando con sé il cellulare dotato di Sim intestata all'utente;
- al superamento del confine non veniva avvisata delle nuove e diverse tariffe applicate in territorio svizzero e non riceveva alcuna comunicazione da parte dell'operatore con l'indicazione di confermare la volontà di continuare a effettuare traffico anche in presenza di tariffe superiori a quelle in vigore in Italia;
- non giungeva inoltre alcuna comunicazione del raggiungimento della soglia massima di consumo;
- in data 7 dicembre 2015, alle ore 10:14 la moglie dell'istante riceveva un sms da parte dell'operatore con la comunicazione della sospensione del traffico in uscita.

Sulla base di quanto esposto l'utente chiede lo storno degli importi fatturati per traffico extra UE ed eccedenti le soglie indicate dalla delibera 326/10/CONS.

Nella replica alla memoria depositata dalla controparte, l'utente ha precisato: *“È nostro parere che H3G non abbia agito secondo il corpo e lo spirito della Delibera 326/10 CONS e non abbia messo in atto tutte le accortezze tecniche volte a tutelare un suo cliente. A nostro avviso questa mancanza di adesione a quanto prescritto dalla Delibera 326/10 CONS e al suo spirito è evidenziato dal fatto che H3G: - non ha inviato, all'attraversamento del confine tra Italia e Confederazione Elvetica, nemmeno un SMS che indicasse il passaggio ad un nuovo, e più oneroso, piano tariffario, che sarebbe stato applicato da quel momento alla mia utenza (...); - non ci ha informato e non ha interrotto tempestivamente il traffico dati extra-UE, all'individuazione di un profilo di traffico anomalo, richiedendoci (via mail o SMS) un esplicito consenso alla sua continuazione. H3G ha provveduto ad interrompere il traffico, con grave ritardo e solo dopo che sulla mia utenza si era accumulata una spesa considerevolmente più elevata rispetto alla usuale fatturazione applicata al mio contratto. (...); - non ci ha fornito uno strumento adeguato, di facile accesso e utilizzo per tracciare il traffico e la spesa. H3G indica che avremmo potuto controllare traffico e spesa accedendo al link: <http://www.tre.it/tariffe/estero/quando-sei-alleestero#c=1&p=CH&type=subscription>. E' evidente che il link indicato non è di facile memorizzazione e accedervi avrebbe inoltre comportato l'effettuazione di ulteriore traffico dati in territorio extra-UE, aggravando la situazione. Per i motivi sopra indicati, riteniamo che H3G non abbia messo in essere tutti gli accorgimenti necessari e richiesti dalla Delibera 326/10 e quindi riteniamo illegittima la fatturazione effettuata”.*

2. La posizione dell'operatore

Nella memoria ritualmente depositata Wind Tre affermava quanto segue:

- *«il Signor XXX in data 16 gennaio 2015 disattivava la soglia di Euro 50,00, ragion per cui tutti gli eventi di traffico dati internazionale Extra UE sono stati legittimamente fatturati da H3G S.p.A. nel pieno rispetto della Delibera AGCOM n. 326/10/CONS;*
- *non è contestato dall'utente il fatto che il traffico in questione sia stato effettivamente generato dalla di Lui moglie sul territorio svizzero;*

- *la medesima avrebbe potuto monitorare il livello di spesa raggiunto ricorrendo agli strumenti che il Gestore offre a tutta la Clientela oppure reimpostando la soglia di sicurezza (che si ricorda essere stata disattivata quasi un anno prima);*
- *gli addebiti contestati ineriscono a traffico dati internazionale che, non essendo compreso nel plafond, sarebbero comunque stati oggetto di tariffazione a consumo. Inoltre la cliente avrebbe potuto sapere in tempo reale il costo accedendo al seguente link : <http://www.tre.it/tariffe/estero/quando-sei-all-estero#c=&p=CH&type==subscription>;*
- *nonostante l'utente abbia disattivato la soglia dati di "sicurezza", indice della consapevolezza dell'istante della condizione di poter effettuare traffico dati illimitato all'estero, manifestando così al gestore la propria volontà di produrre traffico illimitatamente, la scrivente società nella data del 7.12.2015, provvedeva ad inviare al Sig. XXXX, un sms di allerta tramite il quale preavvisava l'istante della sospensione del traffico in uscita;*
- *la disposizione di cui all'art. 18.4 delle Condizioni Generali di Contratto (doc. 14) è chiara e prevede che "3" potrà, inoltre, sospendere, in tutto o in parte, i Servizi UMTS e/o i Servizi Televisivi qualora siano riscontrati incrementi del volume di traffico che "3" stessa ritenga anomali rispetto al traffico pregresso [...]";*
- *pertanto (...) la scrivente società, si è limitata a fatturare del traffico effettivamente utilizzato dalla controparte (e non smentito), nonché a sospendere l'utenza nel rispetto delle disposizioni contrattuali;*
- *in merito all'avvenuta sospensione cautelativa, H3G S. p.A., a prescindere dalla fondatezza delle contestazioni, ha già provveduto ad indennizzare l'istante ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2 Delibera 73/11/CONS. Il Gestore, infatti, in occasione della procedura GU5 in ottemperanza ha erogato all'istante la somma di euro 60,00 quale massimale previsto dalla Carta Servizi per i giorni di sospensione subiti dall'utenza in oggetto. Tale importo erogato tramite l'emissione della nota di credito n. XXX è stata applicata a parziale storno dell'insoluto e segnatamente per € 45,96 è stata posta in compensazione sulla fattura n.XXX e per € 14,04 sulla fattura n. XXX».*

Alla luce di quanto esposto Wind Tre chiede il rigetto delle domande formulate dalla parte istante.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di procedibilità previsti dall'art. 14, all. A, Del. A.G.Com.173/07/Cons., *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti.*

Sempre preliminarmente si evidenzia che, a causa di un problema delle caselle di posta elettronica, le memorie dell'operatore non sono pervenute a questo Ufficio tramite e-mail, mentre sono state regolarmente recapitate alla parte istante, consentendo dunque la regolare instaurazione del contraddittorio; copia cartacea della memoria, priva tuttavia degli allegati nella stessa citati, è stata comunque acquisita dall'Ufficio. Nonostante l'invito al tempestivo deposito di copia cartacea dei documenti allegati, gli stessi non sono mai stati prodotti dall'operatore e dunque non sono stati posti alla base della decisione sulla presente controversia.

Ciò premesso, nel merito, si ritiene che la richiesta formulata dalla parte istante possa essere accolta solo parzialmente per le motivazioni che seguono.

Oggetto della presente controversia è l'addebito di un importo considerevole, rispetto ai normali consumi dell'utente, imputato all'utilizzo dei servizi forniti dall'operatore H3G all'estero. La tematica della fatturazione di traffico effettuato in roaming internazionale, con la conseguente richiesta di rimborso degli importi addebitati, è stata oggetto di numerose pronunce dei Co.Re.Com. (cfr. ad es. Corecom Lombardia Del. 5/2011; Del. 16/2012; Del. 8/2013; Co.Re.Com. Piemonte, Del. 13/2015; Co.Re.Com. Lazio Del. 7/2015; Co.Re.Com. Toscana Del. 7/2014), e dell'A.G.Com. (ex multis, Del. 7/15/CIR). In merito, l'Autorità ha innanzitutto richiamato i doveri di corretta e completa informativa dell'utente incombenti sui gestori ai sensi dell'art. 4 Del. A.G.Com.

179/03/CSP, nonché i principi generali stabiliti dagli artt. 1175, 1375 e 1176, comma 2, c.c., in materia di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto e in materia di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, così come interpretati dalla Corte di Cassazione. Con riferimento a queste ultime disposizioni, l'Autorità ha fatto proprio quanto stabilito dalla giurisprudenza di legittimità, laddove ha stabilito che 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. 5240/2004; Cass. 14605/2004; Cass. 18947/2005). Pertanto, ha evidenziato l'Autorità, l'operatore professionale, nell'esecuzione della prestazione avente ad oggetto la fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche, 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, quale quella business, è chiamato a tenere un comportamento leale e deve considerarsi, quindi, tenuto ad adottare tutte le misure precauzionali 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.

Sul tema, al fine di arginare detto fenomeno, si sono susseguiti rilevanti interventi normativi, sia in ambito comunitario (cf. il Reg. CE 27 giugno 2007 n. 717/2007 e il Reg. CE 18 giugno 2009 n. 544/2009 del) sia in ambito nazionale (cfr. Del. A.G.Com. 326/10/CONS). L'A.G.Com., con propria Del. 326/10/CONS, ha introdotto specifiche misure volte a garantire, oltre a una maggiore trasparenza nelle condizioni di offerta dei servizi dati in mobilità, mezzi più efficaci per il controllo della spesa. In particolare, in forza dell'art. 2 Del. A.G.Com. 326/10/CONS, gli operatori mobili sono tenuti, con riferimento a piani tariffari che prevedono un plafond di traffico dati tariffario a forfait (di tempo o di volume), a rendere disponibili gratuitamente sistemi di allerta efficaci che, al raggiungimento di una determinata soglia di consumo informino l'utente su: a) raggiungimento della soglia; b) traffico residuo disponibile; c) prossimo passaggio ad eventuale altra tariffa e del relativo prezzo al superamento del plafond. 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 ad euro 150 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. Ciò all'evidente fine di tutelare gli utenti di servizi di comunicazione mobile e personale dai fenomeni di c.d. bill-shock, derivanti dall'inconsapevole utilizzo degli apparati in roaming internazionale, ossia a tariffazioni decisamente maggiorate rispetto a quelle previste dal contratto per il traffico nazionale.

Lo stesso articolo art. 2 della citata delibera 326/10/CONS prevede che "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 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".

Nel caso di specie, dalla memoria dell'operatore risulta l'avvenuta, consapevole disattivazione della soglia per il traffico dati sull'utenza intestata al sig. XXXX e tale circostanza può dirsi pacificamente acquisita atteso che non è stata contestata dall'utente né nelle memorie di replica né durante l'udienza di discussione.

Tuttavia, non può omettersi di rilevare che tale disattivazione risulta effettuata circa un anno prima dell'uso della sim in territorio svizzero. Inoltre non è contestato dall'operatore, né ne viene

fornita prova contraria, il fatto della mancata comunicazione, una volta varcato il confine, delle tariffe applicabili in Svizzera per i servizi voce e dati. Mancanza che, senza dubbio, integrando una violazione del principio di trasparenza tariffaria, non ha consentito all'utente di operare una scelta consapevole in relazione all'utilizzo del servizio in roaming internazionale extra UE, eventualmente anche disabilitando la propria utenza al traffico dati.

Considerato inoltre che la sospensione dell'utenza è avvenuta solo dopo la produzione di traffico per oltre quattromila Euro in soli due giorni di permanenza all'estero, si ritiene che la condotta di H3G, benché non in contrasto con le disposizioni di cui alla delibera 326/10/CONS, non sia stata nel caso di specie conforme ai principi in materia di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto e in materia di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e che pertanto, in via equitativa, si ritiene di potere disporre lo storno dell'80% dell'importo addebitato a titolo di traffico dati in roaming internazionale esposto nella fattura n. 1631762161 del 8.1.2016.

4. Spese di procedura

Considerato l'accoglimento parziale delle domande dell'istante e considerato il comportamento delle parti durante la procedura di conciliazione e di definizione si dispone il rimborso di € 100,00 in favore del sig. XXX XXX per le spese relative alle procedure di conciliazione e definizione.

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge;

DELIBERA

1. Il parziale accoglimento dell'istanza presentata dal sig. XXX XXX nei confronti dell'operatore Wind Tre s.p.a. (già H3G s.p.a.) per le motivazioni di cui in premessa;
2. La società Wind Tre s.p.a. (già H3G s.p.a.) è tenuta a stornare l'importo addebitato sulla fattura n. 1631762161 del 8.1.2016 per traffico in roaming extra UE nella misura del 80%.
3. La società è tenuta a corrispondere in favore dell'utente l'importo di Euro 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura.
4. . La società è tenuta, infine, a comunicare a questo Co.Re.Com l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima

Il Dirigente del Servizio per il Co.Re.Com.
e altre Authority regionali
Roberto Saini

La Presidente del Co.Re.Com.
Marianna Sala

È 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 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Del. A.G.Com. 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, D. Lgs. 01 agosto 2003, n. 259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul 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 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.

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 Dirigente del Servizio per il Co.Re.Com.
e altre Authority regionali
Roberto Saini