

DELIBERA N. 44/13/CRL

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

■■■■ PIRSANTI / TELECOM ITALIA ■■■■

IL CORECOM LAZIO

Nella Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 20.5.2012.

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*";

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'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n. 14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori;

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19 recante " *Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni*" e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'art. 84 del decreto legislativo del 1 agosto 2003 n. 259 recante " *Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito per brevità "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1 gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, il "Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 " *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*" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 3 gennaio 2012, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/9/2012, con cui il sig. ■■■■ Pirsanti ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia in essere con la società Telecom Italia ■■■■ (di seguito, per brevità, "Telecom");

VISTA la nota del 2 febbraio 2012, con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio del procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota dell'8 febbraio 2012 con la quale l'istante ha presentato la memoria difensiva ed i documenti;

VISTA la nota del 1 marzo 2012 con la quale Telecom ha presentato la memoria difensiva e i documenti;

UDITE tutte le parti nella predetta udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento

L'istante, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente contenzioso, rappresentando quanto segue:

- 1) l'istante, dipendente del Ministero dell'Interno, aderiva all'offerta di telefonia mobile di cui al contratto Multibusiness stipulato dal Ministero dell'Interno con Telecom;
- 2) il 19 luglio 2011, apprendeva che nella fattura febbraio/marzo 2011 erano stati addebitati Euro 2.344,18 per traffico dati i- box;
- 3) nonostante i numerosi reclami, l'istante non è stato messo in condizione di conoscere la specifica degli importi addebitati, in quanto la stessa non viene inviata all'utente;
- 4) nella successiva fattura aprile/maggio 2011, venivano addebitati Euro 3.258,05 per traffico dati i-box;
- 5) non essendo stato il traffico addebitato né richiesto né utilizzato, essendo l'addebito superiore all'importo di media corrisposto ed essendo il traffico anomalo e di gran lunga eccedente la soglia massima prevista dalla Delibera 326/10/CONS, l'istante svolgeva reclamo scritto, rimasto senza riscontro;
- 6) con l'istanza di conciliazione chiedeva pertanto lo storno del traffico dati, gli indennizzi e la mancata risposta ai reclami;
- 7) all'udienza per il tentativo di conciliazione del 22 novembre 2011, l'utente reiterava le domande. Telecom offriva per spirito conciliativo lo storno delle fatture insolute nella misura del 40% e la rateizzazione del residuo. L'utente non accettava la proposta e l'udienza si concludeva con esito negativo;
- 8) con l'istanza di definizione, l'utente chiedeva lo storno del traffico dati di Euro 2.344,18 dalla prima fattura e della fattura di Euro 3.258,05, l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami e le spese di procedura;
- 9) con memoria dell'8 febbraio 2012, l'istante ribadiva la domanda, chiedendo altresì l'indennizzo per la disattivazione dell'utenza effettuata senza preavviso nella pendenza della procedura e l'applicazione di sanzioni ex art. 98 comma 16 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche;

10) con memoria del 1 marzo 2012, Telecom eccepiva in via preliminare l'inammissibilità dell'istanza perché avente ad oggetto nuove domande, con riferimento alla richiesta di storno della fattura aprile/maggio 2011. Nel merito, rilevava l'infondatezza della contestazione avversaria, precisando che: a) le utenze oggetto del contratto sono abilitate all'apn MMS e ibox e disabilitate al traffico wap, per cui chi intende utilizzare il servizio gprs di navigazione internet deve abilitare il proprio cellulare; b) il traffico dati sconosciuto potrebbe essersi verificato per l'avvio di connessioni involontarie, da attribuirsi all'utente, responsabile della configurazione e dell'utilizzo del cellulare; c) attraverso il portale dedicato gli utenti possono acquisire tutte le informazioni utili alla gestione dell'utenza, come l'istante ha dimostrato di conoscere con la documentazione prodotta; d) alla richiesta di chiarimenti svolta sul portale il 19 luglio 2011, Telecom aveva dato riscontro, con conseguente infondatezza della domanda di indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 23 luglio prodotto dall'utente, privo della cartolina di ricezione e di contenuto identico a quello svolto sul portale;

11) all'udienza di discussione, Telecom formulava una ulteriore offerta transattiva di Euro 1.000,00, a saldo e stralcio di quanto richiesto, non accettata dall'istante.

2. Motivi della decisione

2.a. Sul rito

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

L'eccezione di inammissibilità dell'istanza svolta da Telecom è infondata per la seguente ragione.

Non può considerarsi domanda nuova la domanda di storno degli importi addebitati nella fattura aprile/maggio 2011, essendo conseguenza del medesimo presunto inadempimento lamentato con riferimento alla fattura del bimestre precedente.

Diversamente, non può invece essere accolta la domanda di indennizzo avanzata dall'istante con riferimento all'intervenuta disattivazione dell'utenza, trattandosi di domanda nuova, per la quale deve essere presentata la preventiva domanda di conciliazione.

Né può essere accolta la domanda di irrogazione di sanzioni ex art. 98 Codice Comunicazioni Elettroniche, non rientrando nella competenza dell'Autorità adita.

2.b. Nel merito

L'oggetto del contenzioso è la legittimità, o meno, degli addebiti per traffico dati i box, con riferimento all'utenza mobile utilizzata dall'istante.

E' stata provata l'adesione dell'utente al contratto di abbonamento telefonico multibusiness sottoscritto dal Ministero dell'Interno con Telecom, di cui non vengono prodotte le condizioni tariffarie.

L'utente contesta il traffico dati ibox addebitato in due fatture e lamenta il mancato avviso del traffico anomalo e l'inosservanza dei sistemi di allerta fissati dalla Delibera 326/10/CONS.

La domanda dell'utente è fondata, per le seguenti motivazioni.

Nella fattispecie trova applicazione la Delibera n. 326/10/CONS “Misure di tutela degli utenti dei servizi di comunicazioni mobili e personali”, che nello specifico prevede, all’art. 2:

“Articolo 2

(Sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile)

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.”*

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).

Alla luce delle predette indicazioni, come evidenziato nella Delibera n. 75/10/CIR “Atto di indirizzo ai sensi dell'articolo 18, comma 2 e dell'articolo 22, comma 4-bis, allegato A, della delibera 173/07/CONS in materia di trasparenza nella tariffazione del traffico dati” *“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”*.

Precisa ancora l'atto di indirizzo che, 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.

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 e circa gli addebiti particolarmente esorbitanti rispetto ai precedenti. Tanto più che, nel caso specifico, le verifiche dei tabulati da parte dell'istante, utilizzatore dell'utenza, possono essere effettuate solo a distanza di tempo e attraverso il portale del Ministero.

La dedotta possibilità di utilizzare il Portale Dedicato per conoscere il dettaglio con tipologia di traffico non soddisfa comunque l'obbligo informativo della normativa richiamata, anche perchè, se così fosse, si sposterebbe l'obbligo informativo dell'operatore in capo all'utente.

Peraltro, nei casi di disconoscimento di traffico, è ormai pacifico che l'operatore debba fornire la prova della debenza degli importi fatturati, altrimenti l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al loro rimborso.

Per giurisprudenza consolidata, infatti, l'emissione della bolletta non costituisce un 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: la fattura resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali .

In caso di contestazione da parte dell'utente dell'ammontare della fattura telefonica, sussiste quindi in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura contestata, ovvero di fornire la dimostrazione del corretto funzionamento del contatore centrale e della corrispondenza tra i dati forniti da esso e quelli riportati nella fattura .

Come stabilito da numerose pronunce dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni "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" (delibera n. 10/03/CIR). E, ancora, l'operatore deve assicurare adeguati strumenti per il controllo del traffico da parte dell'utente. In caso contrario, il rischio di traffico anomalo e di furto di traffico rimangono a carico dell'operatore.

Nella fattispecie, l'operatore avrebbe dunque dovuto fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme fatturate nonché documentare le proprie affermazioni.

Invece, non ha fornito alcun utile elemento probatorio a sostegno della pretesa legittimità dell'addebito effettuato, limitandosi a dichiarare di aver provveduto ad effettuare verifiche nei sistemi che "non hanno evidenziato alcuna anomalia nel traffico prodotto sulla quale è attiva l'abilitazione al traffico dati i box dal 26/12/2007".

Non ha infatti documentato in alcun modo le verifiche asseritamente effettuate, nè gli esiti di tali verifiche o il traffico sviluppato dalle utenze, nè ha prodotto, seppure espressamente richiesto con la lettera di avvio del procedimento, alcuna documentazione probatoria in ordine alle misure adottate per la prevenzione ed il controllo del traffico, sia sotto il profilo della protezione della rete, che sotto il diverso profilo di avviso all'utente di traffico anomalo o di attivazione dei servizi di blocco. Peraltro, essendo l'abilitazione al traffico dati i box sull'utenza attiva dal 26 dicembre 2007, come dichiarato dall'operatore, a maggior ragione nel 2011, riscontrato un traffico dati di gran lunga eccedente il traffico medio generato negli anni precedenti dall'utenza, Telecom avrebbe dovuto provvedere a darne tempestiva comunicazione all'istante.

Sulla base di quanto sin qui esposto, deve pertanto concludersi che Telecom non ha improntato la propria condotta al rispetto dei principi normativi sopra menzionati e del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, nè ha fornito qualsivoglia riscontro probatorio in ordine alla fondatezza della sua pretesa creditoria, con conseguente diritto dell'utente allo storno degli importi addebitati per traffico dati non provato e non riconosciuto sulle fatture del bimestre febbraio/marzo 2011 e aprile/maggio 2011.

2.b.2. Sulla mancata risposta al reclamo

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami svolti tramite call center, via web e per iscritto, chiedendo il relativo indennizzo.

L'operatore produce la lettera di risposta al reclamo svolto dall'utente il 19 luglio 2011 tramite il Portale Dedicato ed esclude la propria responsabilità per la mancata risposta al reclamo del successivo 23 luglio, simile a quello inserito sul Portale.

Premesso che alcun indennizzo può essere riconosciuto per la mancata risposta a reclami telefonici generici, non circostanziati e privi di qualsivoglia riferimento temporale, anche la domanda svolta con preciso riguardo al reclamo del 23 luglio 2011 non può essere accolta, risultando in atti che la risposta dell'operatore, sia pure di rigetto, era attinente sia al reclamo effettuato sul Portale Dedicato il 19 luglio 2011, sia al successivo reclamo del 28 luglio.

2.c. Sulle spese del procedimento

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 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, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, si ritiene congruo liquidare l'importo di 100,00 (cento) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO che per quanto precede la domanda del sig. ■■■ Piersanti sia parzialmente da accogliere;

RITENUTO inoltre che, quanto alle spese di procedura, alla luce dei criteri generalmente seguiti da questa Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 100,00 (cento), quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura.

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento nei termini esposti in motivazione dell'istanza presentata dal sig. ■■■ Piersanti in data 3 gennaio 2012.

La società Telecom Italia ■■■ è tenuta a stornare gli importi per traffico dati addebitati all'utente sulle fatture del bimestre febbraio/marzo 2011 e aprile/maggio 2011, nonchè a corrispondere,

mediante assegno o bonifico bancario, l'importo di Euro 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

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

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

La società è tenuta altresì a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

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

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito web del Corecom.

Roma, 20 maggio 2013

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente Responsabile del Procedimento

Livio Sviben

Fto