

Verbale n. 22

Adunanza del 6 ottobre 2014

L'anno duemilaquattordici, il giorno 6 del mese di ottobre, alle ore 11.00, 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, Tiziana MAGLIONE, vicepresidente, Ezio ERCOLE, componente, e con l'assistenza della signora Maria Grazia Ferro nella funzione di Segretario verbalizzante.

Delibera n. 34 – 2014

Oggetto: Definizione della controversia GU14 138/2013 – XXX / TELECOM ITALIA XXX

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 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, 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 presentata in data 10/6/2013, con cui XXX chiedeva l'intervento del Comitato regionale per le comunicazioni (di seguito, per brevità, Corecom) per la definizione della controversia in essere con TELECOM ITALIA XXX (di seguito, TELECOM), ai sensi dell'art. 14 del Regolamento;

VISTA la nota del 10/6/2013 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 del 17/9/2013 con la quale le parti venivano convocate per l'udienza di discussione del 16/10/2013;

UDITE le parti a detta udienza, nella quale le medesime si riportavano alle rispettive difese;

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

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

UDITA la relazione del Vicepresidente dott. avv. Tiziana Maglione;

CONSIDERATO

quanto segue:

1. Oggetto della controversia

L'istante, nell'istanza introduttiva, rinviando anche a quanto esposto nel formulario UG, rappresenta:

- che in relazione al contratto affari n. XXX, relativo a più linee mobili, sono stati rilevati forti addebiti per traffico dati Italia e estero per il periodo 6° bimestre 2010 – 6° bimestre 2011;
- che tali addebiti erano già stati evidenziati al gestore e che parzialmente erano stati stornati, ma per importi inferiori a quanto previsto dalla delibera 326/10/CONS;
- che i maggiori addebiti sono stati riconosciuti da Telecom per il traffico dal gennaio 2011 in poi, in applicazione della delibera sopracitata, mentre per il traffico da luglio 2010 a dicembre 2010 la stessa non è stata fatta valere;

- che tale delibera è operativa dal 1/7/2010;
- che non avendo avuto la possibilità di monitorare il traffico è stato impossibile controllare le spese.

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

- 1) l'applicazione della delibera 326/10/CONS anche per il periodo luglio-dicembre 2010 e quindi il rimborso di € 4.893,00 per traffico dati Italia e € 999,00 per traffico dati estero relativamente al conto 1° bimestre 2011 e di € 17.749,00 per traffico dati Italia e € 1.402,00 per traffico dati estero relativamente al conto 6° bimestre 2010;
- 2) il rimborso dell'I.V.A. essendo sulla parte mobile recuperabile solo al 50%, e quindi ulteriori € 2.504,00.

L'operatore, nella memoria difensiva, in sintesi rappresenta che:

- non si comprende come controparte possa sostenere che gli adempimenti previsti dalla delibera 326/10/CONS siano vincolanti dal 1° luglio 2010 quando la delibera stessa prevede espressamente che gli strumenti di tutela siano operativi entro il 31 dicembre 2010, pena, in difetto le conseguenze previste dall'art. 2, punto 6;
- che la delibera è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 193 del 19 agosto 2010 e che la stessa AGCOM, nella delibera 357/12/CONS conferma che l'entrata in vigore delle implementazioni previste dalla delibera 326/10/CONS decorrono dal 31/12/2010;
- che il traffico addebitato nei conti dal 1° bimestre 2011 (*probabilmente intendendo dire 2° bimestre, visto che quello del 1° bimestre è oggetto di contestazione e Telecom sostiene nelle difese la tesi che non sia rimborsabile*) al 6° bimestre 2011 è stato integralmente stornato, come da delibera 326/10/CONS;
- che la valutazione del rimborso I.V.A. non è di competenza del Corecom e che comunque non si comprende per quale motivo debba essere restituita.

Sulla base di tale rappresentazione, l'operatore richiede di respingere ogni domanda formulata nei suoi confronti.

L'istante, nelle repliche, contesta l'interpretazione della delibera 326/10/CONS fornita da Telecom e, in particolare, rileva:

- che l'operatore allega alla sua memoria una mail dell'istante del 11/7/2011 dove si lamentavano forti addebiti e l'impossibilità di gestirne il controllo dimostrando che non ha rispettato quanto imposto dalla sopradetta delibera;
- che anche per ottenere i rimborsi per il 2011 è stato necessario ricorrere al Corecom;
- che la stessa memoria difensiva Telecom si riferisce alla delibera 357/12/CONS in cui l'operatore veniva sanzionato per la condotta omissiva relativamente alla implementazione delle misure previste dalla delibera 326/10/CONS, attuate in realtà solo dal luglio 2011;

- che la delibera 326/10/CONS è del 1° luglio 2010 e si ritiene quindi che le somme massime mensili per traffico dati siano immediatamente vincolanti per i gestori.

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.

L'eccezione di Telecom in riferimento all'incompetenza del Corecom sul richiesto rimborso dell'I.V.A. va respinta poichè la competenza è affermata nella misura in cui l'utente chiede il rimborso o lo storno di una somma dovuta o non dovuta a titolo di I.V.A. alla luce di inadempimenti, più ampi, dell'operatore in ordine al contratto stipulato tra le parti. L'art. 2, comma 3 del Regolamento prevede infatti l'incompetenza del Corecom soltanto nell'ipotesi in cui la domanda attenga esclusivamente al rimborso/storno dell'I.V.A. (o delle tasse di concessione governativa) e non alle ipotesi che contemplino questa domanda unita ad altre domande.

B) Nel merito

Nel merito la domanda dell'istante di cui al punto 1) risulta accoglibile per i motivi che seguono.

La controversia in esame ha ad oggetto la contestazione di traffico dati nazionale e in *roaming* internazionale relativo alle sim facenti parte di un contratto *Top Clients*, con la conseguente richiesta di rimborso delle somme già versate a pagamento del medesimo. Si tratta, quindi, del fenomeno conosciuto come *bill shock*, ossia di addebiti particolarmente elevati a causa di consumi inconsapevoli da parte dell'utente.

Le fatture oggetto di contestazione sono due: la n. 7X05620039, conto 6°/2010, emessa il 14/10/2010 con riferimento al periodo agosto-settembre 2010 e la n. 7X05742628, conto 1°/2011, emessa il 15/12/2010 con riferimento al periodo ottobre-novembre 2010. Se ne ritiene pacifico il pagamento, non avendolo l'operatore contestato.

Innanzitutto, occorre chiarire che al caso di specie non è possibile applicare *ratione temporis* la delibera 326/10/CONS del 1° luglio 2010 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 trasmissione dati al raggiungimento di un determinato importo". Infatti, la medesima, entrata in vigore il 20 agosto 2010, ossia il giorno successivo alla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, prescrive che l'adeguamento delle prescrizioni in essa stabilite è imposto agli operatori entro e non oltre il 31 dicembre 2010.

Tuttavia, il quadro normativo e regolamentare vigente al momento dell'accadimento dei fatti che hanno dato luogo alla controversia già contemplava delle regole di base a tutela dell'utenza in materia di trasparenza tariffaria e imponeva degli obblighi informativi in capo agli operatori di comunicazioni elettronica nella diffusione delle condizioni economiche offerte. In via generale, sul piano normativo, l'articolo 2, comma 2, lettera c) del decreto legislativo n. 206/2005, recante il "Codice del consumo", annovera espressamente tra i diritti fondamentali del consumatore quello "ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità" nei rapporti di consumo. Successivamente, la legge 2 aprile 2007 n. 40 (c.d. "legge Bersani"), ha introdotto misure urgenti a tutela del consumatore. Con particolare

riguardo alla posizione degli utenti dei servizi “telefonici, televisivi e di servizi internet”, l’articolo 1, nel tentativo di “favorire la concorrenza e la trasparenza della tariffe, di garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio”, al comma 2 ha stabilito che la proposta commerciale del fornitore di servizi di comunicazione elettronica “deve evidenziare tutte le voci che compongono l’offerta”. In ambito regolamentare la delibera n. 179/03/CSP, in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ha prescritto, tra l’altro, il contenuto minimo delle informazioni che gli operatori devono fornire nella prestazione di servizi di telecomunicazione. Tali indicazioni devono essere rese disponibili dall’operatore attraverso i normali strumenti a disposizione per la pubblicazione delle condizioni di accesso ed uso dei propri servizi (pubblicazione delle carte di servizio presso punti vendita, siti web, etc.), e devono essere fornite prima della sottoscrizione del contratto.

Le citate prescrizioni trovano fondamento, oltre che nell’articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, nella necessità di garantire all’utente la confrontabilità delle offerte sul mercato per orientare le proprie scelte in maniera consapevole.

Con la delibera n. 96/07/CONS, l’Autorità ha poi attuato le disposizioni della cd. “legge Bersani” sulla trasparenza delle condizioni economiche relative alle offerte tariffarie degli operatori di telefonia, rafforzando ulteriormente le misure preventive a tutela degli utenti con l’introduzione di una serie di obblighi idonei a garantire una maggiore trasparenza tariffaria. Ad esempio, l’articolo 4, lett. b) della predetta delibera 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”. Ed ancora, la delibera n. 126/07/CONS ha introdotto misure a tutela dell’utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi di comunicazione elettronica sia su rete fissa che su rete mobile ed agevolare la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato. La predetta delibera, all’articolo 3, comma 6, prevede, nel caso di opzioni o promozioni offerte 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”.

Specifiche disposizioni vigono da tempo anche in materia di controllo della spesa, al fine di consentire agli utenti di verificare il livello dei consumi derivanti dall’uso del servizio oggetto del contratto. In particolare l’articolo 6, comma 1, allegato A, della sopracitata 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”. Il medesimo articolo, al comma 2, lascia impregiudicato il diritto dell’operatore di adottare rimedi contrattuali in autotutela in caso di traffico anomalo prevedendo che “è fatta salva la facoltà dell’organismo di telecomunicazioni di prevedere strumenti di autotutela in caso di traffico anomalo, in particolare per i casi di possibile uso fraudolento del servizio, quali l’avviso dell’abbonato o l’invio di fatture anticipate rispetto all’ordinaria cadenza di fatturazione”.

Tutte le disposizioni esposte volte, da un canto, a garantire il corretto funzionamento del mercato nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche e dall’altro a tutelare gli utenti dal compimento di scelte inconsapevoli con la previsione di specifici obblighi di trasparenza in capo agli operatori, integrano quanto già previsto in via generale dal codice civile in materia di contratti.

Restano, pertanto, 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, in conformità a quanto previsto dall'art. 1176, 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). Questo criterio di reciprocità che, nel quadro dei principi sanciti dalla Costituzione costituisce specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall'art. 2, 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 (cfr. Cass. n. 18947/2005).

Anche alla luce delle predette indicazioni di fondo, ed in particolare, di quelle relative ai doveri di lealtà e correttezza nei rapporti contrattuali, si deve osservare che l'operatore nella 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 (quale quella