

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Delibera n. 12 /2018

Estratto del processo verbale della seduta n. 4 del 16 luglio 2018

Oggetto: Definizione della controversia L... S.r.l./Telecom Italia S.p.A..

Presiede il Presidente	Giovanni Marzini
Sono presenti:	
il Vice Presidente	Alessandro Tesini
il componente	Paolo Santin
Verbalizza	Alessandra Cammaroto

In ordine all'oggetto, il Comitato ha discusso e deliberato quanto segue:

IL COMITATO

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"* (di seguito per brevità denominata "Autorità") e, in particolare, l'articolo 1, comma 13, della medesima legge, che prevede la possibilità di istituire con legge regionale i Comitati regionali per le comunicazioni (di seguito per brevità denominati "Co.Re.Com"), funzionalmente organi dell'Autorità per le esigenze di decentramento sul territorio;

VISTO l'art. 117, terzo comma, della Costituzione, che individua *"l'ordinamento delle comunicazioni"* tra le materie di legislazione concorrente tra Stato e Regione;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante *"Codice delle comunicazioni elettroniche"* (di seguito denominato "Codice");

VISTO il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il *"Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229"*;

VISTA la legge regionale del Friuli Venezia Giulia del 10 aprile 2001, n. 11, *"Norme in materia di comunicazione, di emittenza radiotelevisiva locale ed istituzione del Comitato Regionale per le Comunicazioni (Co.Re.Com.)"*;

VISTO l'Accordo Quadro 2018 tra l'Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome del 28 novembre 2017, conforme al testo approvato dall'Autorità con delibera n.395/17/CONS del 19 ottobre 2017;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, tra l'Autorità e il Co.Re.Com del Friuli Venezia Giulia sottoscritta nel dicembre 2017 e, in particolare, l'art. 5, c. 1, lett. e), sulla *"definizione delle controversie"*;

VISTA la delibera Agcom n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, All. A) recante *"Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti"*, (di seguito per brevità "Regolamento");

VISTA la Delibera dell'Agcom n. 276/13/CONS *"Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Co.Re.Com. in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche"* (di seguito per brevità "Linee guida");

VISTA la delibera Agcom n. 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"* (di seguito per brevità "Delibera indennizzi");

VISTA l'istanza GU14, acquisita al protocollo generale al n.5712/A dd.10 maggio 2017, presentata dalla società " " (di seguito per brevità "Istante"), con la quale si

chiede l'intervento del Co.Re.Com per la definizione della controversia in essere con la società Telecom Italia S.p.a. (di seguito per brevità "Telecom" od "Operatore") per l'utenza telefonica mobile n. _____ ai sensi dell'art. 14 del Regolamento;

VISTI i documenti allegati alla succitata istanza di definizione tra cui, in particolare:

- copia del verbale di mancata conciliazione del 22/03/2017,
- copia del contratto n. _____ relativo all'utenza telefonica in discussione (*doc.n.1*),
- n.ro.5 fatture, di cui quattro oggetto di contestazione nella procedura *de qua*, relative al periodo giugno/settembre 2016 (*doc. nn. 2,3,4,7 e 8*),
- due note di credito, rispettivamente dd. 16/12/2016 _____ del valore di euro 962,40 (960, 40+IVA) e dd. 29/12/2016 _____ 7) del valore di euro 3.011,48 (3.009,48 +IVA), (*doc. nn. 5 e 6*),
- richiesta di recupero crediti dd. 22 febbraio 2017, per l'importo di euro 326, 50, documenti ai cui contenuti è fatto rinvio per relazione;

VISTA la nota prot. n.6086/P d.d.17 maggio 2017, con la quale è stato comunicato alle parti l'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, dopo aver verificato che la succitata istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del medesimo Regolamento;

VISTA la memoria di costituzione e difesa, prot.n.7429/A dd.16/06/2017, presentata nell'interesse di Telecom, con allegati: una copia di due riscontri a reclamo (datati, rispettivamente, 28/09/2016 e 13/01/2017) con cui è sostanzialmente confermata la regolarità delle imputazioni di costo per il traffico roaming extra soglia generato nei mesi da giugno a settembre 2016 dall'utenza di cui in discussione, nonché copia delle medesime due note di credito allegate anche dall'istante e più sopra richiamate, documenti ai cui contenuti è fatto rinvio per relazione;

VISTE le repliche alle difese dell'operatore, prot. n.7824-A dd. 26/06/2017, con cui l'istante nega la ricezione delle due note dd. 28/09/2016 e dd. 13/01/2017 richiamate nella succitata memoria difensiva (eccependo che "la seconda risulta addirittura inviata a _____"), ribadendo altresì la mancata ricezione di alcun sms di avviso del raggiungimento della soglia di consumo per traffico dati in roaming e del relativo costo;

VISTI i verbali delle udienze di audizione del 15 maggio 2018 e del 25 maggio 2018, in cui entrambe le parti hanno manifestato una disponibilità a conciliare, senza peraltro addivenire ad una soluzione bonaria della controversia per discordanza sul "*quantum debeatur*", confermando da ultimo quanto rispettivamente indicato negli atti depositati, istanza e successivo atto di replica per la parte istante, memoria difensiva per la parte convenuta (giusti verbali allegati a e-mail di trasmissione prot. n.6446/P del 18/05/2018 e prot. n.6904/P del 25/05/2018);

DATO ATTO della sostanziale identità dei fatti contestati in definizione e in conciliazione (cfr. UG 148/17);

DATO ATTO che in sede conciliativa non è stata fatta alcuna proposta da parte dell'operatore per tentare una soluzione bonaria della controversia;

VISTI tutti gli atti del procedimento ai cui contenuti è fatto rinvio per relazione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione di Parte Istante

L'istante, titolare dell'utenza telefonica mobile n. _____ del tipo "affari" con contratto di fornitura del servizio n. _____ (fatti ammessi e riconosciuti da entrambe le parti), **contesta** a Telecom i costi per traffico roaming su rete estera extra soglia di euro 960,40 (novecento sessanta, quaranta) e di euro 3.009,48 (tremila nove, quarantotto), rispettivamente addebitati nella fattura bimestrale n. 7X02760993 del 12/08/2016 (relativa ai mesi di giugno e luglio 2016) e nella fattura bimestrale n.7X04283703 del 14/10/2016 (relativa ai mesi di agosto e settembre 2016), per mancanza di adeguata informativa in ordine ai relativi costi, oltretché per mancato avviso di allerta del superamento delle soglie di consumo per traffico dati.

L'istante sostiene di aver preso contatti con il proprio gestore (dopo aver ricevuto l'ultima fattura sopra indicata) per avere informazioni in ordine agli importi addebitati per il traffico roaming su rete estera extra soglia indicati in tali fatture, non avendo mai saputo quali fossero i costi per tale tipo di traffico *"tenuto conto che non era mai stato consegnato (né ad oggi risulta consegnato) il contratto contenente i costi del relativo servizio"*, e di aver presentato anche un reclamo scritto tramite fax in data 29 novembre 2016, al fine di contestare gli addebiti in questione, senza ricevere alcun riscontro al riguardo (vedasi in proposito quanto rilevato nel relativo atto di replica già richiamato in premessa).

A seguito di tale richiesta, ammette di aver ricevuto due note di credito relative al traffico roaming generato nel periodo di riferimento di euro 962,40 (960,40 + 2 euro di IVA) e di euro 3.011,48 (3.009,48 + 2 euro di IVA), (giusti doc. nn. 5 e 6 allegati e già richiamati in premessa alla presente), afferma peraltro di aver ricevuto, contestualmente, anche due nuove fatture, riferite al medesimo periodo e traffico di cui in discussione, rispettivamente di euro 1.171,69 e di euro 3.671,57 (giusti doc. nn. 7 e 8 allegati e già richiamati in premessa alla presente), che altresì contesta;

pertanto, **chiede:**

- la restituzione dell'importo di euro 960, relativo al roaming addebitato nella succitata fattura n. 7X02760993 emessa il 12/08/2016 per complessivi euro 1.120,40 (già pagata);
- il ricalcolo senza costi per il traffico roaming extra soglia (pari a euro 3.009,48) di cui alla succitata fattura n.7X04283703 emessa per complessivi euro 3.337,98 (non pagata), fermo l'obbligo di corrispondere il solo valore residuo di euro 326,50 (quale altresì indicato anche nella richiesta di recupero crediti dalla società "Fire" per conto di Telecom, allegata dall'istante e che il medesimo riconosce essere dovute);
- lo storno della fattura n. 000301680098849 dd. 16/12/16, di euro 1.171,69, relativa al medesimo periodo e traffico di cui si discute;
- lo storno della fattura n. 000301680106228 dd. 29/12/16, di euro 3.671,57, relativa al medesimo periodo e traffico di cui si discute;
- Il risarcimento di tutti i danni subiti, che quantifica in euro 1.000,00.

2. La posizione dell'Operatore

L'operatore, costituitosi con rispettivo atto di memoria di difesa (già richiamata in premessa), eccepisce:

- la correttezza dei volumi di traffico che rileva essere stati generati autonomamente in modalità roaming dall'istante "senza necessità di ulteriori interventi da parte del gestore telefonico prescelto" e di tutti gli importi rispettivamente addebitati per il periodo di riferimento, sull'asserito presupposto (non documentato) che gli stessi "corrispondono in maniera inequivoca a connessioni regolarmente registrate dall'organo centrale di conteggio e sul quale", sostiene, "vige la presunzione di conformità di buon funzionamento";

- l'adozione di un sistema di allerta efficace per il traffico dati su rete mobile in ottemperanza agli obblighi informativi imposti con delibera dell'Autorità n. 326/2010, consistente nella notifica "di un primo SMS al 60% e uno successivo al 100% della soglia prevista, con possibilità da parte del Cliente di continuare la navigazione nel mese in corso inviando un SMS di sblocco alla numerazione di riferimento 40915 con testo "Dati estero on".

Il convenuto sostiene che nel caso di specie (rispettivamente in data 28/06/16 e in data 24/08/16) il fruitore dell'utenza telefonica di interesse, nonostante il raggiungimento della soglia prestabilita, avrebbe inviato 2 SMS di autorizzazione a continuare lo sviluppo di traffico dati in ambito roaming nonostante il raggiungimento della soglia stabilita (per converso l'istante nega di aver ricevuto alcun avviso di allerta).

Ciò posto, sostiene che dalla Società istante siano ancora dovuti a Telecom euro 4.207,36, al netto delle note di credito emesse per errata fatturazione, come risulterebbe da prospetto di calcolo che allega e ai cui contenuti è fatto rinvio per relazione.

3. Premesse giuridiche

Prima di entrare nel merito della *res controversa*, va chiarito che la liquidazione del risarcimento dei danni esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie di cui al Regolamento, è chiamata a verificare solo la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento (limiti di competenza dell'Autorità).

L'oggetto del provvedimento dell'Autorità che definisce la controversia, infatti, non può non tener conto della delimitazione operata dal comma 4 dell'articolo 19 del citato Regolamento alla sola possibilità, ove sia riscontrata la fondatezza dell'istanza, di condannare l'operatore ad effettuare rimborsi (o storni) di somme risultate non dovute, ovvero, alla liquidazione di indennizzi chiesti e accertati nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o dalle delibere dell'Autorità (pronunce a contenuto vincolato).

Dal punto di vista procedurale e in tema di responsabilità nell'adempimento delle obbligazioni nei rapporti contrattuali, si richiama l'orientamento dell'AGCOM di cui alle "Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", approvate con la Delibera n. 276/13/CONS dd. 11/04/2013, che all'art. III. 4.2 chiarisce quanto segue: "A prescindere dai poteri d'ufficio riconosciuti al responsabile del procedimento, nella procedura di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere della prova fra le parti previste dal Codice Civile ed applicabili al rito ordinario e, in particolare:

- in tema di onere della prova, l'articolo 2697 c.c. statuisce che chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, mentre, chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti, deve a sua volta provare i fatti su cui l'eccezione si fonda;

- inoltre, l'art. 1218 c.c. prevede la responsabilità del debitore che non esegua esattamente la prestazione dovuta e non provi che l'inadempimento o il ritardo sia stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, con ciò statuendo, in tema di adempimenti contrattuali, una presunzione di responsabilità in capo al debitore con inversione dell'onere della prova (cfr. Cass. S.U. n. 13533/2001 e delibera AGCOM n. 1/11/CIR);

- l'art 1175 c.c. quale espressione generale, nel campo delle obbligazioni, del più generale principio etico giuridico di correttezza (o buona fede in senso oggettivo) nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, nonché l'art 1176 c.c. in ordine alla diligenza necessaria nell'adempimento dell'obbligazione (c.d. "diligenza del buon padre di famiglia"), paradigma di riferimento in connessione alla responsabilità del debitore prevista dal già citato art.1218 c.c., oltretché misura dei mezzi, degli accorgimenti e delle attività necessarie che il debitore deve porre in essere per conseguire il risultato utile a soddisfare parte creditrice;

4. Nel merito

A) Addebiti di traffico dati roaming su rete estera

Riconoscimento di debito e onere probatorio sull'entità della prestazione e dei relativi addebiti in fattura.

Le due note di credito richiamate in premessa (a ripetizione e storno delle somme già addebitate nelle succitate fatture bimestrali n. 7x02760993 e n.7x04283703), allegata da ciascuna Parte della procedura *de qua*, rivelano che la pretesa di restituzione delle somme in contestazione è fondata e riconosciuta (riconoscimento di debito) dal medesimo gestore.

In particolare, la NC NR 0000301680106227 (di euro3.011,48) a scomputo dei costi di traffico roaming extrasoglia già imputati nella fattura n. 7x04283703 (con successiva intimazione di pagamento per la sola somma residuale di euro 326, 50) rivela, di fatto, un errore nella fatturazione e l'intenzione di restituire gli importi contestati e disconosciuti dall'istante.

La correttezza degli addebiti imputati nella fattura in riferimento e la rispettiva corrispondenza ai volumi di traffico dati estero extra soglia che sarebbero stati generati nel periodo in riferimento (fatto sostenuto dal gestore ma non provato) è palesemente contraddetto dalla emissione di detta nota di credito.

A tal proposito vale rammentare che secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (ex pluribus, Cass, sez. III civile, n.10313/04), 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.

Tanto premesso, sussiste in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass. Civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313). Le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente e il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi.

Oneri informativi e sistema di allerta efficace

La delibera dell'Autorità n. 326/2010 "Misure di tutela degli utenti dei servizi di comunicazione mobili e personali" (come rilevato dallo stesso gestore nella propria memoria difensiva) impone agli operatori mobili di rendere disponibile un sistema di allerta efficace per il traffico dati che informi 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.

In assenza di prova contraria, il doppio SMS di avviso del raggiungimento della soglia di traffico (rispettivamente al 60% e al 100%), che l'operatore sostiene di aver inviato alla utenza mobile dell'istante, non si è rivelato metodo efficace agli effetti della normativa citata, posto che l'istante nega di aver mai ricevuto alcun avviso, così come altresì nega di aver avuto ricevuto alcun riscontro ai rispettivi reclami (rilevando in proposito il fatto per cui, delle due note di risposta richiamate ed allegate dal gestore, "la seconda risulta addirittura inviata a [redacted] S.r.l. in Udine, [redacted] anziché presso la sede di F...").

E', pertanto, riscontrabile in specie una violazione degli oneri informativi imposti dalla succitata delibera 326/10/CONS, invocata dal medesimo gestore.

A carico del gestore è rilevabile altresì la mancata osservanza degli obblighi di cui la delibera n. 179/03/CSP, "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249", con particolare riferimento all'art. 4 (commi 1 e 3, dell'allegato A alla medesima delibera), in ordine al diritto degli utenti ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi.

L'istante invero attesta di ignorare, fin *ab initio* del rapporto contrattuale di cui si discute, i costi relativi al roaming internazionale.

Per tutto quanto premesso e considerato, si ritiene di accogliere le richieste di parte attrice nei termini che seguono:

- **rimborso della somma di euro 960,40, relativa al roaming addebitato nella fattura n. 7x02760993**, emessa il 12/08/2016 per complessivi euro 1.120,40 (già pagata);
- **versamento a Telecom del solo valore residuo, pari ad euro 326,50, a titolo di saldo e stralcio della fattura n.7x04283703**, emessa per complessivi euro 3.337,98 (non pagata), già ricalcolata in diminuzione (con esclusione dei costi per il traffico roaming extra soglia per un valore di euro 3.011,48, giusta nota di credito N.R 000301680106227);
- **annullamento della fattura n.000301680098849**, emessa il 16/12/16, con rispettivo storno contabile di euro 1.171,69, relativamente al medesimo periodo e traffico di cui in discussione;
- **annullamento della fattura n.000301680106228**, dd. 29/12/16, con rispettivo storno contabile di euro 3.671,57, emessa relativamente al medesimo periodo e traffico di cui in discussione.

B) Risarcimento dei danni

In ordine alla richiesta risarcitoria, che l'istante quantifica forfettariamente in euro 1.000,00, si rimanda a quanto esplicitato in premessa in ordine ai limiti accertativi e di competenza dei Co.Re.Com. **La richiesta in questione, pertanto, non può essere accolta.**

C) Spese di procedura

Si ha riguardo alla disposizione di cui all'art. 19, comma 6, del "Regolamento" che, come parametro di riferimento per la valutazione di eventuali rimborsi delle spese di procedura, secondo equità e proporzionalità, richiama anche il "grado di partecipazione" e il "comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Entrambe le parti nella procedura all'esame sono state presenti e hanno partecipato attivamente in sede di tentativo di conciliazione. **Si ritiene, pertanto, equo che le spese di lite vadano compensate.**

Il CO.RE.COM, per le ragioni di cui sopra

DELIBERA

In accoglimento parziale dell'istanza presentata da Telecom Italia S.p.A. e Telecom Italia S.r.l.

Telecom Italia S.p.A. è tenuta a:

1. corrispondere all'istante la somma di euro 960,40 (novecentosessanta, quaranta) a titolo di rimborso delle somme corrisposte per il roaming addebitato nella succitata fattura n. 7x02760993, con maggiorazione degli interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza fino al saldo effettivo;
2. accettare il pagamento della minor somma di euro 326,50 (trecentoventisei, cinquanta), a saldo e stralcio della fattura n. 7x04283703, emessa il 14/10/2016 (già ricalcolata in diminuzione con emissione di nota di credito N.R. 000301680106227);
3. annullare la fattura n. 000301680098849, emessa il 16/12/16, di euro 1.171,69 (mille centosettantuno, sessantanove);
4. annullare la fattura n. 000301680106228, emessa il 29/12/16, di euro 3.671,57 (tremila seicentosettantuno, cinquantasette);
5. le spese di lite si intendono compensate, ai sensi di quanto disposto dal Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007.

E fatta salva la possibilità per l'Utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11 del d.lgs. 1 agosto 2013, 259.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Co.Re.Com. FVG e dell'Autorità (www.agcom.it).

Per il Direttore del Servizio Organi di Garanzia
Il Vice Segretario Generale del Consiglio regionale
Alessandra Cammaroto



Il Presidente
Giovanni Marzini

