

DELIBERA DL/119/17/CRL/UD del 23 ottobre 2017
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Samovar XXX/ Telecom XXX

(LAZIO/D/590/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 23 ottobre 2017;

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”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

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 del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente Samovar XXX presentata in data 26/7/2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

Con l’istanza di definizione la Samovar XXX ha lamentato l’addebito di importi eccedenti il forfait previsto da contratto relativamente alle utenze n. xxxx0662 e n. xxxx8190.

Nello specifico:

- Per l’utenza n. xxxx0662, ha contestato la fattura 7X02957165 del 5 bimestre 2015, per un’ eccedenza pari ad € 6000,55 oltre iva;
- Per l’utenza n. xxxx8190, ha contestato la fattura 7X04846904 del 1 bimestre 2015 per un’eccedenza pari ad € 2135,49 oltre iva;
- Con riferimento alla fattura 7X04846904 ha contestato anche l’addebito di € 108,09 ed € 3,40 a titolo di interessi ex D.lgs 231/02 per mancato pagamento importi contestati.

Ha assunto che alcuna richiesta di abilitazione all’utilizzo del traffico dati extrasoglia la Samovar ha fornito e, pertanto, gli addebiti sarebbero stati effettuati in assenza del consenso scritto di cui all’art. 2, comma2, Delibera AGCOM n. 326/10/Cons.

A supporto della proprie pretese ha prodotto, tra l’altro, svariate mail di *allerta* inviate dal gestore, in costanza di contratto, alla Samovar per *segnalazione alto traffico*.

Evidenziava che analoga segnalazione non era stata inviata con riferimento al traffico nel periodo contestato.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- 1) Lo storno dell'addebito di € 6000,55 per traffico dati in roaming sull'utenza n. xxxx0662 eccedente il forfait previsto da contratto;
- 2) Lo storno dell'addebito di € 2135,49 per traffico dati in roaming sull'utenza n. xxxx8190 eccedente il forfait previsto da contratto;
- 3) Lo storno dell'addebito di € 108,09 ed € 3,40 a titolo di interessi ex D.lgs 231/02 per mancato pagamento importi contestati sull'utenza n. xxxx8190.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore, con memoria depositata in data 23/9/2016, ha eccepito, preliminarmente, l'inammissibilità delle domande relative alla fattura 7X04846904, di cui all'utenza xxxx 8190, in quanto domande nuove rispetto a quelle formulate in sede di istanza di conciliazione.

Sulla domande ha, pertanto, espressamente rifiutato il contraddittorio.

Quanto alla domanda relativa all'utenza n. xxxx0662, di storno della fattura 7X02957165 del 5 bimestre 2015, per un' eccedenza pari ad € 6000,55 oltre iva, ha assunto quanto segue:

- Di avere inviato sms cd di pre-alert in data 22 giugno 2015 a cui faceva seguito una conferma di sblocco del traffico dati alle ore 14:59 del giorno successivo ed un blocco del 25 giugno
- La stessa circostanza si ripeteva in data 5 luglio ed il titolare del terminale autorizzava lo sblocco dei dati all'estero con sintassi "dati estero on".
- Per ottenere una ulteriore conferma dell'autorizzazione veniva sollecitata una escalation al fine di ottenere risposta dal sistema, che confermava la corretta ricezione degli sms di sblocco

3. La replica dell'utente

L'utente, in data 3.10.2016 replicava alla memoria Telecom XXX assumendo:

Sulla richiesta di inammissibilità

La Samovar XXX ha assunto che la richiesta di storno dell'addebito di € 2135,49 per traffico sull'utenza n. xxxx8190 non possa essere considerato come mutamento del diritto azionato dal momento che l'utenza farebbe capo al medesimo contratto (n. 888010791184) dell'utenza xxxx0662 e che la relativa fattura discenderebbe dall' inadempimento del medesimo contratto.

Sulla infondatezza della richiesta originaria

Sulla asserita infondatezza della richiesta di storno relativa alla fattura 7X02957165 del 5 bimestre 2015 di cui al numero xxxx0662, ha controdedotto un travisamento, ad opera del gestore, della Deliberazione 326/10/CONS dal momento che, in assenza di indicazioni diverse in forma scritta da parte del Cliente, il gestore avrebbe dovuto interrompere il collegamento dati e avvisare il cliente dell'interruzione del collegamento.

Ha insistito, pertanto, per l'accoglimento delle domande formulate con l'istanza del 26.7.2016.

4. Motivi della decisione

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

4.1.Sulla richiesta di inammissibilità delle domande nuove

La richiesta è fondata e merita di trovare accoglimento.

È pacifico che l'**oggetto della richiesta** di definizione debba essere lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione.

Diversamente si consentirebbe, in pratica, di aggirare il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per le nuove questioni.

L'art. 14, comma 1, della Deliberazione 173/07/CONS, infatti, limita la *definizione* della controversia al contenuto dell'*istanza di conciliazione*.

4.2. Sul traffico contestato

Dalla fattura 7X02957165 del 5 bimestre 2015, con riferimento al numero xxxx0662, risulta attivata in data 15.6.2015, e fino al 15.7.2015, l'opzione *roaming tutto incluso* e, in data 11.6.2015, l'opzione *20 giga*.

Sulla problematica del fenomeno cosiddetto di "Bill shock" si è sviluppata un'ampia regolamentazione per difendere il consumatore da addebiti particolarmente elevati a causa di consumi inconsapevoli. Sul tema, al fine di arginare detto fenomeno, si sono susseguiti rilevanti interventi normativi, sia in ambito comunitario (cfr. il regolamento Ce n. 717/2007 del 27 giugno 2007 e il regolamento Ce n. 544/2009, del 18 giugno 2009), sia in ambito nazionale (cfr. la delibera n. 126/07/CONS e la delibera n. 326/10/CONS).

Sul punto principale che qui ci occupa, rileva l'art. 2 Delibera della 326/10/CONS (Sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile), secondo il quale: 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. (omissis)....* Tali disposizioni, 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 previsto in via generale dal Codice civile vigente 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 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). Il principio mette capo, quindi, ad un criterio di reciprocità 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).

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 non ha fornito piena prova delle misure adottate.

Inoltre, ai fini dell'odierna pretesa, in caso di contestazione da parte dell'utente dell'ammontare della fattura telefonica, sussiste in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura contestata.

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 .

A mente dell'art.2 comma 6 della su citata delibera inoltre, il limite di 50 euro per il roaming nei paesi europei ed extra europei si applica ai piani tariffari a consumo, il che vale generalmente pressochè per tutti gli utilizzi all'estero delle utenze, non essendo validi oltreconfine, i vigenti piani a plafond nazionali, a meno che l'utente non compia una scelta differente; l'eccezione dunque occorre, come in questo caso, quando l'utente contrae un'opzione tariffaria (a tempo determinato) per il traffico all'estero (*Roaming tutto incluso*) nella ragionevole aspettativa di godere di una soglia utilizzabile all'estero ad un prezzo – forfetario- più conveniente delle tariffe roaming; l'operatore invece, in memoria difensiva, tace totalmente sulla circostanza.

Dalla fattura contestata e dai tabulati di traffico emerge invece l'applicazione dell'opzione *Roaming tutto incluso* sull'utenza xxxx0662.

Dalla fattura emerge, altresì, che l'utenza xxxx0662 abbia raggiunto la soglia opzionata per il traffico dati ma dai documenti prodotti dal gestore Telecom non può desumersi l'effettivo sblocco del traffico da parte dell'utente.

Il prospetto depositato, difatti, quanto al periodo 22-23/6 si limita a certificare l'avvenuta consegna, con relativi orari, di sms inviati e consegnati dal gestore all'utente ma non riporta, invece, data ed ora del presunto sms di conferma allo sblocco da parte dell'utente.

Quanto al traffico relativo al 5/7, invece, risulta consegnato solo l'sms di allerta mentre nulla viene prodotto a supporto di un sms di conferma allo sblocco dati.

Pertanto, la somma spesa per il traffico dati non incluso, e di cui non vi è prova scritta dell'autorizzazione dell'utente, è stato illegittimamente fatturato.

Va dunque stornato dalla fattura n. 7X02957165 del 5 bimestre 2015, l'importo di 6550,00(iva esclusa)

4.3 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 50,00 Euro a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile;

DELIBERA

1. L'accoglimento parziale dell'istanza presentata dall'utente SAMOVAR XXX, nei confronti di Telecom XXX
2. La società Telecom XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, la somma di Euro 50,00 a titolo di spese di procedura, nonché a stornare, la fattura n. 7X02957165, del 5 bimestre 2015, dell'importo di Euro 6550,00 (seimilacinquecentocinquanta/00 iva esclusa), nonché alla ricostruzione della posizione contabile dell'utente che ne consegue.
3. La società Telecom XXX è tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 23/10/2017

Il Presidente
Michele Petrucci
Fto

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto