

DELIBERA DL/073/18/CRL/UD del 31 luglio 2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Biesse Medica XXX/ Telecom XXX

(LAZIO/D/999/2017)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 31 luglio 2018;

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 Biesse Medica XXX presentata in data 21/11/2017;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

Con l’istanza di definizione del 21.11.2017, la Biesse Medica XXX ha lamentato l’addebito di importi per traffico dati roaming estero extrasoglia relativamente all’utenza 328xxxx7540 e, contestualmente, ha richiesto l’ annullamento della fattura 7X02908810 del 15.7.2017 nella parte relativa agli addebiti contestati e pari ad € 31675,08 più iva.

Ha assunto che alcuna richiesta di abilitazione all’utilizzo del traffico dati extrasoglia sarebbe stato fornito e, pertanto, gli addebiti sarebbero stati effettuati in assenza del consenso scritto.

A supporto della proprie pretese ha prodotto schermata del telefono attestante un primo sms inviato in data 20.4.2017 dal 40910, con cui il gestore allertava l’avvicinarsi alla soglia massima dati estero, al quale seguiva sms di sblocco alle ore 22:10. Seguiva, poi, alle 22:48 altro sms di alert di raggiungimento della soglia massima di spese dati estero al quale non seguiva da parte dell’utente alcun sms di autorizzazione allo sblocco dei dati.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto lo storno dell'addebito di € 31675,08 per traffico dati roaming sull'utenza n. 328xxxx7540.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore, con la memoria depositata, ha eccepito, preliminarmente, l'inammissibilità delle domande nuove rispetto a quelle formulate in sede di istanza di conciliazione.

Quanto allo storno della fattura 7X02908810 del 15.7.2017 ha assunto di avere correttamente fatturato il traffico dati estero roaming perché autorizzato dall'utente. Più in particolare ha assunto di avere inviato sms cd di pre-alert in data 20 aprile 2017 alle ore 22:10 a cui faceva seguito una conferma di sblocco del traffico dati sempre alle ore 22:10.

Produceva schermata relativa agli sms intercorsi con l'utenza 328XXX7540 il 20.4.2017.

3. 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

3.1. Sulla richiesta di inammissibilità delle domande nuove

La richiesta è infondata e non merita di trovare accoglimento.

Non si rinvencono, infatti, domande nuove tra l'istanza UG del 24 luglio 2017 e l'istanza GU14 del 21.11.2017.

E così.

Con la prima l'istante chiede " *Storno integrale di tutti gli importi fatturati per traffico dati roaming estero*".

Con l'istanza di definizione chiede " *Lo storno integrale di tutti gli importi fatturati per traffico extra soglia dati roaming estero e contestuale annullamento della fattura 7X02908810 del 15.7.2017 in parte qua con conseguente emissione di nuova fattura corretta negli importi*"

È evidente che non si tratti di domande nuove ma di diversa formulazione della medesima domanda, mentre la richiesta di ricostruzione della posizione contabile è conseguenza logica di un eventuale annullamento e sarebbe disposta anche in assenza di specifica richiesta di parte.

3.2. Sul traffico contestato

Quanto al merito, 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 (200,00 per le utenze business) 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.

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

Il prospetto depositato da entrambi, difatti, attesta un primo sblocco a seguito dell'invio del primo sms di alert delle 22:10 in prossimità del raggiungimento della soglia massima di traffico dati, tuttavia non vi è alcuna prova di uno sblocco successivo all'sms delle 22:48 con cui il gestore ha comunicato il raggiungimento della soglia massima di traffico dati roaming e richiedeva un sms di sblocco per continuare a navigare.

Gli addebiti, pertanto, sono stati effettuati in assenza del consenso scritto di cui all'art. 2, comma 2, della Delibera AGCOM n. 326/10/Cons e, pertanto, in violazione della citata normativa.

L'accertata illegittimità della contabilizzazione del traffico dati roaming, in assenza di consenso espresso dell'utente, impone lo storno, dalla fattura n. 7X02908810 del 15.7.2017, dell'importo di 31675,08 + iva.

4. 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 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 dell'istanza presentata dall'utente Biesse Medica XXX, nei confronti di Telecom XXX
2. La società Telecom XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, la somma di Euro 100,00 a titolo di spese di procedura, nonché a stornare, la fattura7X02908810 del 15.7.2017, dell'importo di 31675,08 + iva, 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, 31/07/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto