

Verbale n. 11

Adunanza del 3 luglio 2017

L'anno duemiladiciassette, il giorno tre del mese di luglio, alle ore 9.30 in Torino presso la sede del Corecom, piazza Solferino n. 22, nell'apposita sala delle adunanze, si è riunito il Comitato con l'intervento di Alessandro DE CILLIS, Presidente, Gianluca Martino NARGISO, Vicepresidente, Vittorio DEL MONTE, Commissario e con l'assistenza della Signora Pina Rosa Serrenti nella funzione di Segretario verbalizzante.

Delibera n. 54 – 2017

Oggetto: Controversia GU14 255/2015 – XXX SRL /TELECOM ITALIA SPA

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 Assemblies 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. 179/03/CSP, all. A, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni;*

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 la deliberazione 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'art. 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995, n. 481;*

VISTA l'istanza GU14 n. 1.11.12.5/255/2015 del 16.7.2015 la XXX S.r.l., in persona del suo legale rappresentante, ha chiesto l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con le società TELECOM ITALIA SPA ai sensi dell'art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/CONS. Allegato A;

VISTA la nota del 28.7.2015 con cui il Corecom, ha comunicato 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;

VISTA la nota 5.11.2015 con la quale le parti sono state convocate per l'udienza di discussione del 26.11.2015;

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

UDITE le parti nella predetta udienza;

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

UDITA la relazione dell' avv. Vittorio Del Monte;

CONSIDERATO

quanto segue:

1. Oggetto della controversia

L'istante, nell'atto introduttivo, rappresenta:

- che da un controllo tecnico rilevava come su alcune fatture Tim venissero addebitati elevati importi per traffico dati all'estero in violazione della normativa di cui alla delibera 326/10/CONS che prevede l'applicazione della somma mensile massima di € 50,00 per traffico dati estero.

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

- 1) l'applicazione della delibera succitata e quindi il rimborso del maggior costo subito pari a € 18.199,55 oltre IVA.

L'operatore, nella memoria difensiva in sintesi rappresenta:

- che la ricorrente non contesta la correttezza degli importi addebitati da Telecom né l'inoltro degli avvisi previsti dalla delibera 326/10/CONS, limitandosi a sostenere che l'addebito massimo mensile per traffico dati ammonterebbe a € 50,00;
- che, prima dell'introduzione della fase conciliativa del contenzioso, Telecom non aveva mai ricevuto alcun reclamo;
- che, per tale ragione, anche in forza di quanto previsto dall'art. 123, comma 1, del d.lgs. 196/2003, il gestore non ha salvato il traffico telefonico da cui è possibile verificare se l'utente ha richiesto lo sblocco delle utenze una volta raggiunta la soglia massima;
- che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con determina 49/15/DIT, ha stabilito che, per consentire ai gestori l'esercizio pieno del diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato il reclamo, in quanto gli operatori telefonici possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre in presenza di una contestazione scritta;

- che, per quanto concerne le fatture tempestivamente contestate, è stato accertato:

novembre 2014: XXX per € 2.633,517 ma in data 17.11.2014 ore 15.52 il cliente ha inviato messaggio di sblocco al 40915 per riabilitarsi al traffico dati al raggiungimento della soglia di € 200,00;

dicembre 2014: XXX per € 4.754,191 ma in data 2.12.2014 cliente ha inviato dalla Spagna messaggio di sblocco al 40915 e il 3.12.2014 ore 13.23 ha inviato messaggio di sblocco dagli USA ancora al 40915 per riabilitarsi al traffico dati al raggiungimento della soglia di € 200,00;

per il 2/15: sul XXX il cliente ha ricevuto sms in marzo e si è sbloccato, sul XXX ha ricevuto sms in febbraio e si è sbloccato per un totale pari a € 716,08;

sulla fattura del 2/15 insiste un nuovo contratto 888011144714 relativamente al quale non vi sono addebiti di traffico dati roaming in quanto attivi profili sts dati roaming.

Chiede pertanto che venga respinta l'istanza.

Nella memoria di replica la ricorrente precisa:

- che viene contestata la ricostruzione dei fatti laddove Telecom afferma di non possedere più traccia del traffico superiore agli ultimi sei mesi;
- che Telecom, nella delibera 357/12/CONS viene sanzionata per aver disatteso l'applicazione della delibera 326/10/CONS;
- che effettivamente gli sms di blocco di cui alla memoria dell'operatore relativi alle fatture del 1° e 2° bimestre 2015 sono stati ricevuti;
- che sulla fattura del 3° bimestre 2015, per la sim XXX, sono stati fatturati € 3.124,70 per traffico dati estero non fatturato in precedenza;

- che a ottobre 2014 la ricorrente aveva sottoscritto, per il tramite di un agente, un nuovo contratto con Telecom volto anche ad attivare “pacchetti estero” e pertanto la stessa era nella convinzione che le varie sim fossero protette dal consumo di traffico dati all'estero, motivo per cui si era dato il consenso allo sblocco;
- che, al ricevimento della fattura relativa al 1° bimestre 2015 e a seguito di un contatto con un diverso agente Telecom, si apprendeva che il contratto dell'ottobre 2014 non era mai stato caricato e quindi le sim non erano protette dal traffico dati all'estero;
- che quindi veniva sottoscritto un nuovo contratto che andava a buon fine ma appunto sulle fatture relative al 2° e 3° bimestre 2015 venivano ancora addebitati importi riconducibili al traffico dati effettuato fra gennaio e febbraio 2015;
- che, relativamente a tale ultimo periodo, anche a voler riconoscere di non possedere un contratto che prevedeva un pacchetto dati estero deve essere applicata la normativa di cui alla delibera 326/10/CONS.

Nella memoria di replica del 22.09.2015 l'operatore sottolinea:

- che il richiamo alla delibera 357/12/CONS è inconferente per i motivi di cui alla memoria difensiva e in quanto avente per oggetto un periodo temporale non oggetto del presente contenzioso;
- che la sottoscrizione del nuovo contratto nell'ottobre 2014 è circostanza nuova e inammissibile su cui Telecom non accetta il contraddittorio;
- che anche la fattura allegata esula dal presente giudizio e la sua produzione è tardiva in quanto effettuata con la memoria di replica.

Nell'ulteriore memoria di replica la ricorrente contesta:

- che il riferimento alla delibera 357/12/CONS è coerente in quanto stabilisce che il gestore fino a luglio 2011 non aveva provveduto ad attivare la procedura di *alert*;
- che con riferimento agli addebiti di cui alle fatture del 2014 il gestore non ha dimostrato di aver inviato gli *alert*, mentre parte ricorrente conferma di averli ricevuti a partire da novembre 2014;
- che la produzione della fattura allegata alla memoria di replica non è tardiva in quanto già citata nell'allegato al GU14.

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.

Si precisa tuttavia che l'eccezione di inammissibilità avanzata da Telecom secondo cui la sottoscrizione di un nuovo contratto nell'ottobre 2014 è circostanza nuova in quanto sollevata dalla ricorrente solo nella memoria di replica è accoglibile in quanto con le memorie di replica le parti possono solo replicare alle deduzioni avversarie e illustrare

ulteriormente le tesi difensive già enunciate nell'atto introduttivo, sicché, se è prospettata per la prima volta una questione nuova con tale atto, il giudicante non può e non deve pronunciarsi al riguardo (Cass. sez. I, n. 22970/2004).

B) Nel merito.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

Dall'esame dell'istanza presentata dall'esponente e dall'istruttoria condotta emerge che la controversia attiene alla contestazione traffico dati in *roaming* internazionale sulle SIM XXX, XXX e XXX dal 2013 al 2015.

L'operatore, nella memoria difensiva, eccepisce preliminarmente la mancanza di reclami prima dell'introduzione della fase conciliativa del contenzioso e, per tale ragione, anche in forza di quanto previsto dall'art. 123, comma 1, del d.lgs. 196/2003, il gestore non ha salvato il traffico telefonico.

Invero, nel caso di specie, l'istante chiede il rimborso di fatture ormai saldate dopo anni dalla loro emissione non consentendo all'operatore l'esercizio del diritto di difesa in quanto, in conformità alla regolamentazione vigente in materia di tutela della privacy e precisamente secondo l'art. 123, comma 2, del d.lgs. 196/2003, Telecom non ha la possibilità di accedere al traffico effettuato, oltre i sei mesi dalla data della contestazione (cfr. delibera 89/15/CIR).

Dalla documentazione acquisita agli atti non risulta alcun tracciamento di segnalazione o reclamo prima dell'avvio della presente procedura avvenuta in data 5.3.2015 e pertanto non può essere accolta la richiesta di rimborso di fatture emesse prima del semestre precedente e quindi fino al 5.9.2014, mai contestate dalla ricorrente su cui incombe l'onere della segnalazione tempestiva della problematica (*ex multis* delibera 38/12/CIR).

Altre argomentazioni occorre muovere con riferimento invece alle fatture emesse da Telecom a partire dal 5.9.2014.

In particolare, avendo a mente l'arco temporale successivo al 5.9.2014, la ricorrente contesta i seguenti addebiti riferiti a traffico dati in *roaming* internazionale:

- sim XXX: € 1.561,96 sul 5° bimestre 2014, € 1.597,89 sul 6° bimestre 2014, € 7.387,70 sul 1° bimestre 2015
- sim XXX: € 716,08 sul 2° bimestre 2015, € 3.124,70 sul 3° bimestre 2015 con riferimento a traffico dati prodotto in un periodo precedente e precisamente dal 14.2.2015 al 28.2.2015.

La questione oggetto di disamina rientra nel noto fenomeno del cosiddetto "bill shock", ossia di addebiti particolarmente elevati a causa di consumi inconsapevoli da parte dell'utente.

In tale ambito, anche alla luce delle indicazioni relative ai doveri di lealtà e correttezza nei rapporti contrattuali di cui all'articolo 1176, comma 2 del codice civile, 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 business), è chiamato a tenere un comportamento leale; quindi, deve considerarsi 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.

Sul tema, al fine di arginare detto fenomeno, si sono susseguiti rilevanti interventi normativi, sia in ambito comunitario (cf. 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. 326/10/CONS). Quest'ultima è entrata in vigore il 20 agosto 2010, giorno successivo alla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, con operatività di alcune prescrizioni a far data dal 1 gennaio 2011, ed è pertanto interamente applicabile, *ratione temporis*, agli importi controversi.

In particolare, in forza dell'art. 2 di detta delibera, gli operatori mobili sono tenuti, con riferimento a piani tariffari che prevedono un plafond di traffico dati tariffario a forfait (di tempo o di volume), a rendere disponibili gratuitamente sistemi di allerta efficaci che, al raggiungimento di una determinata soglia di consumo informino l'utente su: a) raggiungimento della soglia; b) traffico residuo disponibile; c) prossimo passaggio ad eventuale altra tariffa e del relativo prezzo al superamento del plafond.

Inoltre, 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.

Secondo il comma 4 del medesimo articolo, gli operatori mobili offrono gratuitamente anche agli utenti con piani tariffari a consumo 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 ad euro 150 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.

Ebbene, tornando ad esaminare il caso di specie, occorre verificare se la condotta tenuta da Telecom possa definirsi rispettosa di tutto quanto sopra enunciato.

L'operatore ha depositato agli atti un *alert* trasmesso sulla numerazione XXX in data 24.2.2015 e uno trasmesso sulla numerazione XXX in data 1.3.2015, null'altro.

Telecom ha poi depositato il dettaglio del traffico generato dall'istante solo con la memoria difensiva, tuttavia tale documentazione non ha soddisfatto i requisiti della chiarezza e della trasparenza e soprattutto, nel corso della presente procedura, la società Telecom avrebbe dovuto provare in concreto la riferibilità temporale del traffico dati oltre soglia con riferimento al periodo successivo ai messaggi di *alert* e la riferibilità alle numerazioni oggetto del contenzioso (cfr. *ex multis* delibere 31/17/CIR, 117/15/CIR).

Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa e 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 e il convincimento dell'operatore telefonico, restando dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali. Sussiste dunque 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, n.10313/2004).

Inoltre preme rilevare che i messaggi di allerta prodotti sono stati trasmessi rispettivamente a febbraio e marzo 2015, mentre gli importi contestati dalla ricorrente sono riferibili a traffico dati generato a partire dal mese di settembre 2014 (gli importi contestati e riferiti a fatture precedenti non possono essere presi in considerazione come detto precedentemente).

Ne discende che la ricorrente non è tenuta a pagare gli importi addebitati quando il gestore telefonico non sia in grado di vincere le contestazioni dell'utente relativamente ai dati esposti in fattura o nei tabulati telefonici. Questi avrebbe dovuto, per escludere la propria responsabilità, dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie al controllo del traffico, sia sotto il profilo della protezione della rete sia sotto quello, contrattuale e normativo, di avviso all'utente per traffico anomalo e/o extra soglia.

Pertanto, in assenza di prova contraria, a prescindere dalla conformità della condotta assunta dal gestore nel caso in esame alle disposizioni previste dalla delibera 326/10/CONS in tema di sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile, la richiesta di rimborso degli importi contestati deve essere parzialmente accolta e precisamente deve essere accolta prendendo in esame le fatture emesse a partire dal 5.9.2014.

Non essendo stato prodotto il contratto, al fine di stabilire quale sia l'importo mensile dovuto dalla ricorrente ai sensi della delibera 326/10/CONS con riferimento al traffico prodotto durante le connessioni, non è possibile verificare se si tratti di un piano tariffario che preveda un plafond di traffico dati a forfait di tempo o di volume ovvero di un piano tariffario a consumo. Si ritiene dunque, secondo quanto previsto dal comma 6 dell'art. 2 della delibera 326/10/CONS, di applicare la somma di € 50/mese quale limite per il traffico dati nei Paesi esteri diversi da quelli dell'unione europea e così per un totale di € 400,00 considerando quattro fatture bimestrali (dal 5° bimestre 2014 al 2° bimestre 2015).

All'esito delle risultanze istruttorie, da un'analisi sulle singole fatture, risulta che gli importi contestati in quanto riferiti a traffico dati extra soglia sono i seguenti:

sim XXX € 1.145,08 sul 5° bimestre 2014 (non € 1.561,96 come erroneamente indicato dalla ricorrente), € 1.597,89 sul 6° bimestre 2014 e € 7.387,70 sul 1° bimestre 2015

sim XXX € 716,08 sul 2° bimestre 2015, € 3.124,70 sul 3° bimestre 2015 riferito a traffico dati prodotto in un periodo precedente e precisamente dal 14.2.2015 al 28.2.2015

e così per complessivi € 13.971,45.

La somma da rimborsare, deducendo quella di € 400,00 dovuta, sarà pertanto di € 13.571,45. Detto importo è calcolato I.V.A. esclusa perché parte istante non ha dato prova della mancata (totale o parziale) detrazione della stessa.

C) Sulle spese del procedimento.

Premesso, infine che 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, si ritiene equo liquidare in favore dell'istante, a titolo di rimborso per le spese di procedura, l'importo complessivo di € 150,00, in considerazione del comportamento complessivo tenuto dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione e nella fase di definizione della controversia.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

DELIBERA

per i motivi sopra indicati:

in accoglimento parziale dell'istanza presentata in data 16.7.2015 dalla XXX s.r.l., come rappresentata, con sede in XXX, per i motivi sopra indicati, l'operatore TELECOM in persona del legale rappresentante pro-tempore, è tenuto a:

Rimborsare la somma di €. 13.571,45 in quanto addebiti fatturati a titolo di traffico dati extra soglia in paese extra-europeo;

Corrispondere all'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, a titolo di spese di procedura, la somma di € 150,00.

E' fatta salva la facoltà per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5 del Regolamento.

L'operatore è tenuto a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento della presente deliberazione entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

In forza dell'art. 19, comma 3 del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. B), del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

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

A cura dell'Ufficio la comunicazione alle parti e la pubblicazione del presente atto.



Il Commissario relatore
Vittorio Del Monte

Il Presidente
Alessandro De Cillis