

CO.RE.COM. CAL/RIP

DELIBERAZIONE N. 02 del 22-01-2019

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Consorzio di Bonifica xxxxxxx c/ Tim – Telecom Italia xxxx – n. utenza xxxxxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 22 gennaio 2018, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Rotta Dott. Giuseppe	Presidente
Cileone Avv. Massimiliano	Vicepresidente
Santacroce Avv. Frank Mario	Segretario

e l'Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com; Visti:

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";

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, lett. a), n. 14;

il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Corecom" e succ. modif. ed int.;

l'Accordo quadro del 28 novembre 2017 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, conforme al testo approvato dall'Autorità con delibera 395/17/CONS;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Co.Re.Com Calabria in data 19/21 dicembre 2017;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons. del 19 aprile 2007, "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti", di seguito "Regolamento";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011,

"Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori", di seguito "Regolamento indennizzi";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

VISTA l'istanza, acquisita al prot. n. 8127 del 20 febbraio 2017, con cui il ricorrente in oggetto ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società in epigrafe, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, di seguito "Regolamento";

VISTA la nota del 28 febbraio 2017, prot.n. 9287, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di ciascun procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

Visti gli atti del procedimento, il verbale di udienza e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato quanto segue:

1. La posizione del ricorrente

L'istante si è rivolto al Co.Re.Com. e, dopo aver esperito il tentativo di conciliazione con esito negativo, ha depositato un'istanza di definizione della controversia, riferita a un rapporto contrattuale di somministrazione di servizi di telefonia mobile, tipologia business, con cui ha affermato quanto segue:

"L'Ente consortile sottoscriveva con la società Telecom Italia Spa apposita proposta di abbonamento Multibusines in virtù della quale tale società avrebbe dovuto erogare il servizio di telefonia mobile. Preventivamente, il Consorzio richiedeva a Telecom Italia xxxx, per tutte le schede telefoniche in dotazione, la disabilitazione del servizio Internet (GPRS) contestualmente a quello degli sms, delle chiamate verso i numeri 899 finanche la limitazione delle chiamate in uscita solo verso numeri ben prestabiliti. Tale richiesta rimase inascoltata difatti, inspiegabilmente, le fatture n. 7X05628453 (1° bimestre 2011 - All. 20) e n. 7X02316113 (3° bimestre 2011- All. 21 e 22) contenevano un ingiustificato e anomalo traffico dati che il Consorzio ha provveduto a contestare immediatamente. Telecom nel pretendere il pagamento delle fatture procedeva alla sospensione del servizio di telefonia mobile si da determinare notevoli disagi nell'espletamento dei compiti istituzionali e delle attività organizzative e gestionali dell'Ente".

Per quanto appena esposto, l'istante ha così esplicitato le proprie richieste:

- 1) *"che la Telecom Italia Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore voglia innanzitutto correggere le fatture n. 7X056xxxxx e n. 7X02xxxxx depurandole dagli importi illegittimamente richiesti al fine di consentire al Consorzio di Bonifica xxxxxxx l'esclusivo pagamento di quanto e effettivamente dovuto";*
- 2) *"che Telecom Spa voglia risarcire l'Ente di tutti i danni subiti e subendi derivanti dall'illegittima sospensione/cessazione del servizio, nonché indennizzarlo sulla base di quanto previsto e riconosciuto dalla Carta Servizi dalle condizioni generali di contratto, disposizioni normative o delibere dell'Autorità, per un importo complessivo da quantificarsi presumibilmente in €50.000,00".*

Con memoria integrativa, l'utente ha ulteriormente precisato i fatti e, tra l'altro, ha precisato che *"Telecom Italia era obbligata ad inviare al Cliente un rendiconto riepilogativo sui consumi effettuati con congruo anticipo rispetto alla data di scadenza dei pagamenti; che ciò non è avvenuto tanto che i rendiconti telefonici con le rispettive fatture relative al 3° -5° bimestre 2009, al 1° bimestre 2010, al 1° -2° - 3° bimestre 2011 non sono mai state portate a conoscenza del Consorzio di Bonifica; che tale documentazione - solo a seguito dei diversi solleciti telefonici compiuti dai responsabili dell'Ufficio è stata inviata tramite e-mail in data 22.06.2011; che solo in tale momento l'istante ha potuto prendere visione degli effettivi consumi realizzati da ogni singola scheda sim riscontrando - con estrema meraviglia - l'eccessivo oltre the non autorizzato traffico dati internet compiuto dalla sim n° 334.6290646; che tale tipo di connessione non poteva essere effettuata da nessuna delle sim date in dotazione al Consorzio poiché per come già evidenziato e dimostrato con nota del 13 marzo 2007, il Consorzio aveva richiesto espressamente la disabilitazione di tale servizio".*

Con memoria di replica l'istante ha diffusamente controbattuto alle difese di controparte ed ha così precisato:

"omissis....è stato dimostrato che l'attivazione del servizio GPRS, necessario per il traffico dati wap-intenet, sull'utenza intestata al Consorzio di Bonifica xxxxxxx identificata con il n° 334.62xxxxx e la relativa fatturazione sono avvenute in assenza della volontà comprovata dell'utente di volerne usufruire anzi al contrario.

Il Consorzio di Bonifica, preliminarmente all'attivazione delle schede telefoniche date in dotazione da Telecom Italia, ha indicato dettagliatamente quali fossero le limitazioni da applicare, difatti, da come si evince dall'allegato n° 3, l'Ente consortile ha richiesto formalmente, per tutte le schede in dotazione, la disattivazione del servizio SMS, di connessione dati internet (GPRS) e le chiamate verso i numeri 899. ...omissis..... Per quel che attiene alla materia di controllo della spesa, in aggiunta a quanto già evidenziato nell'atto introduttivo del presente procedimento, si evidenzia che vigono specifiche disposizioni in proposito, proprio 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 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....omissis..... 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 (peraltro mai richiesta anzi espressamente rifiutata dal Consorzio di Bonifica), ogni qualvolta si trovi a rilevare un addebito di somme al cliente particolarmente esorbitante, tale, cioè, da risultare incompatibile con ogni canone di tipicità causale, è chiamato a tenere un comportamento leale e, quindi, 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. Nel caso di specie, tuttavia, Telecom non ha attivato alcuna delle misure volte a tutelare l'utente da una fatturazione eccessiva ma si è semplicemente limitata a fatturare i relativi consumi, senza peraltro verificare l'anomalo traffico dati; solo un tempestivo avviso all'utente delle anomalie di traffico avrebbe permesso al Consorzio di Bonifica di rendersi conto del traffico extra soglia e di evitare una spesa esorbitante. Cosa che peraltro, non era assolutamente prevedibile da parte del Consorzio visto che il traffico Internet non poteva avvenire sulle schede in dotazione, attese le espresse comunicazioni inviate in tal senso. Da ultimo, ma non per importanza, occorre aggiungere che anche dopo i vari reclami presentati dall'istante, Telecom non si è adoperata in alcun modo por porre rimedio a quanto verificatosi e di conseguenza stralciare gli addebiti legati ad un servizio non richiesto e, peraltro, extra soglia. In realtà, prepotentemente, ha proceduto nel bloccare l'utilizzo di tutte le Sim in dotazione al Consorzio di Bonifica, risolvendo unilateralmente il contratto, con ogni ovvia sfavorevole conseguenza a carico dell'Ente consortile".

2. La posizione dell'operatore

La società resistente, tempestivamente costituita, ha respinto ogni addebito, specificando quanto segue:

"In riferimento alla presente istanza di definizione si rileva preliminarmente l'infondatezza delle pretese di parte istante in quanto i conti oggetto di contestazione risultano essere corretti. Dalle verifiche svolte non si riscontrano irregolarità dei costi addebitati i quali risultano derivanti da un elevato traffico dati. In materia regolamentare, vigono specifiche disposizioni 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. Si fa riferimento in particolare all'articolo 6, comma 1, allegato A, della delibera Agcom n. 179/03/CSP. Tali disposizioni sono 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. Alla luce delle predette indicazioni di fondo, e delle norme relative ai doveri di lealtà e correttezza che regolano i rapporti contrattuali, si deve osservare che l'operatore ha tenuto un comportamento coerente alla normativa in vigore.

Piuttosto, si pone a carico dell'utente il dovere di controllare il proprio traffico dati.

Si specifica, inoltre, che laddove l'istante avesse individuato un'anomalia nel traffico utilizzato avrebbe potuto far

richiesta della documentazione circa il traffico pregresso cosicché la società convenuta, uniformandosi alla normativa vigente in materia di privacy e fornitura dei dati di traffico, avrebbe predisposto l'invio dei tabulati telefonici.

Lo stesso, invece, non ha mai provveduto a far richiesta dei tabulati ma si è limitato a non pagare i conti in contestazione nonostante le missive di risposta della società convenuta che confermavano la regolarità dei costi addebitati.

A fronte del mancato pagamento dei conti telefonici la società convenuta ha inviato regolare sollecito di pagamento, per poi procedere alla cessazione del contratto.omissis..... Dalla documentazione visionata si evince con chiarezza che la società convenuta ha informato il ricorrente dell'eventuale sospensione e della successiva risoluzione contrattuale nel caso in cui la morosità fosse persistita, così come disposto dall'art. 5 della delibera 173/07/CONS.

Il gestore, pertanto, ha concluso per l'integrale reiezione delle avverse domande.

3. Motivazione della decisione

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

La decisione è frutto di un'adeguata comparazione dei documenti prodotti e delle correlative allegazioni con i rispettivi oneri probatori.

In punto di fatto, il ricorrente, dopo aver aderito alla proposta contrattuale, ha chiesto in più occasioni a Tim, senza ricevere riscontro, la disabilitazione delle proprie utenze - tra cui quella per cui è stato generato un consumo inusuale - al traffico dati. A distanza di circa tre o quattro anni dalla prima richiesta, l'utente ha ricevuto due fatture contenenti importi anomali rispetto a quelli ordinari, riferiti al traffico dati sull'utenza 3346290XXX. Il Consorzio, quindi, è insorto chiedendo all'operatore l'invio del tabulato e lo storno del traffico dati. Tim ha riscontrato tardivamente la richiesta, nonostante fosse pervenuta su carta intestata, debitamente sottoscritta dal presidente e munita di bollo del Consorzio, chiedendone l'integrazione (documento d'identità del legale rappresentante e copia dell'atto da cui risultano i poteri dello stesso), avendo cura di precisare come sarebbe stato possibile ricevere solamente il traffico degli ultimi sei mesi, periodo in cui non era più ricompreso quello interessato dalla contestazione. Tra l'altro, la copia di contratto esibita dal ricorrente, comprova come lo stesso avesse chiesto la fornitura di un report mensile analitico del traffico su supporto magnetico. Quest'ultima circostanza è stata tempestivamente contestata dal ricorrente e non confutata da Tim.

Ricostruiti così succintamente i fatti, nel merito e con riguardo alla domanda *sub* 1), va preliminarmente precisato come Tim si sia astenuta dal documentare in modo compiuto l'attività gestionale del cliente in ordine alla regolarità del traffico dati e alla correttezza della fatturazione. A tale proposito, si rammenta che, in via generale, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato (*ex pluribus, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006*) 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; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali. 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.

La Società telefonica, poi, non ha dato evidenza probatoria di aver fornito il dettaglio del traffico con le modalità contrattualizzate, circostanza che prevale sull'eccezione dell'operatore in ordine alla impossibilità (peraltro eventualmente riferibile solo alla prima fattura) di recuperare i tabulati al fine di provare la debenza degli importi addebitati.

Il ricorrente, in effetti, non ha avuto la possibilità di monitorare in tempo reale il consumo inerente il traffico dati, del cui importo ha avuto contezza solo al ricevimento delle fatture, rilevando addebiti molto elevati. Al riguardo, si ritiene che sarebbe stato necessario porre in essere adeguati sistemi di monitoraggio, maggiormente doverosi in quanto richiesti esplicitamente in sede di adesione, per consentire all'utente di controllare in tempo reale il traffico generato e la spesa originata, avendo quest'ultima assunto una dimensione anomala.

D'altro canto, Tim si è limitata *sic et simpliciter*, a confermare la correttezza degli addebiti contestati, ma non ha

prodotto elementi probatori attestanti la regolare e corretta gestione del cliente, né ha dimostrato di aver effettuato i controlli e gli accertamenti tecnici del caso. Né il rispetto delle regole in tema di tutela della riservatezza può esimere da responsabilità il gestore, in quanto l'art. 123, comma 2, del d.lgs 196/03, nel circoscrivere a sei mesi il tempo massimo di conservazione dei dati "a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento", fa espressamente "salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale". Nel caso di specie, risulta documentalmente provata – con fax del 24 giugno 2011 – la tempestiva contestazione del traffico della fattura n. 7X02316XXX di € 10.371,73 (scadenza 25 maggio 2011), mentre quella precedente, n. 7X05628XXX di € 9.154,70 è stata contestata a distanza di 5 mesi dalla data di scadenza (25 gennaio 2011). A tale ultimo proposito, l'istante ha dedotto di non aver ricevuto copia delle due fatture e di averle ricevute solo tardivamente a mezzo e-mail, in seguito a propria precisa richiesta. Anche a voler ritenere provato il regolare invio delle bollette da parte del gestore, rilevano ulteriori specifiche circostanze. Tim, infatti, non ha documentato di aver informato l'utente dell'anomalia di fatturazione, né ha reso disponibile uno strumento atto a disabilitare il traffico dati, nonostante le ricorrenti richieste dell'utente, né infine ha reso disponibili gli strumenti di controllo del traffico, richiesti in sede contrattuale.

Pertanto, l'operatore dovrà regolarizzare la posizione amministrativo-contabile del cliente, mediante storno degli importi per traffico dati generati sulle fatture n. 7X05628XXX, 7X02316XXX e riferiti all'utenza 3346290XXX. La domanda *sub 2)*, invece, non è accoglibile.

Innanzitutto, essa risulta generica, in quanto gli istanti contestano la sospensione senza indicare e quantificare le utenze interessate, né l'intervallo temporale di riferimento. In ogni caso, poi, l'Ente non si è curato di pagare, seppur parzialmente le fatture contestate, avendo peraltro maturato ulteriori scoperture. Non sussiste alcuna responsabilità in capo alla società Tim in ordine a tali doglianze, in quanto, dalla documentazione acquisita agli atti, risulta che la sospensione del servizio telefonico, disposta dalla società Tim è legittima in considerazione del mancato pagamento di diverse ulteriori fatture.

Con l'avvio della presente procedura, invero, l'istante ha inteso sollevare una sorta di eccezione di inadempimento, ai sensi dell'articolo 1460 del codice civile, avvalendosi dell'inversione dell'onere della prova alla luce dell'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione, secondo il quale "il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento ovvero la non intervenuta scadenza dell'obbligazione" (Cass. civ., sentenza n. 3373/2010). Orbene, mentre l'operatore ha dimostrato di aver provveduto alla fornitura dei servizi e di aver risolto di diritto il contratto, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1456 del codice civile, a seguito della persistente morosità dell'utente, l'istante non ha provato di aver provveduto al parziale pagamento delle fatture non contestate. Pertanto, sul punto, ci si conforma all'orientamento espresso dalla Suprema Corte, secondo il quale "l'applicazione del principio dell'onere della prova determina la soccombenza della parte onerata della dimostrazione dei relativi fatti costitutivi della propria pretesa" (Cass. civ., sentenza n. 5735/2011). Al fine di evitare la sospensione dei servizi, infatti, l'Ente consortile avrebbe dovuto provvedere a un pagamento parziale delle somme fatturate, debitamente epurate dal *quantum* oggetto di contestazione.

Da ultimo, considerate le rispettive posizioni, l'accoglimento parziale della domanda, la partecipazione del ricorrente all'udienza di conciliazione e a quella di discussione, ricorrono le condizioni per riconoscere al ricorrente la somma di € 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udito il Presidente, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge,

DELIBERA

1) In accoglimento parziale dell'istanza di definizione promossa dal Consorzio di Bonifica xxxxxxx, con rigetto delle ulteriori domande, e per le motivazioni di cui in premessa, Tim Telecom Italia è tenuta a:

- a) stornare dalle fatture n. 7X05628XXX, 7X02316XXX, l'importo per traffico dati riferito all'utenza 3346290XXX;
- b) corrispondere la somma di € 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso delle spese per l'espletamento della presente procedura.

Con la precisazione, che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, sino al soddisfo e che le somme riconosciute a titolo di rimborso/indennizzo, dovranno essere versate a mezzo bonifico bancario o assegno;

2) la società è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notifica della medesima;

3) il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

4) è fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito;

5) il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Il Presidente
F.to Dott. Giuseppe Rotta

Il Segretario
F.to Aw. Frank Mario Santacroce

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

Il Direttore
F.to Aw. Rosario Carnevale