

DELIBERA N. 132/2022/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**XXX - TIM S.p.A. (Kena mobile)
(GU14/122054/2019)**

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 7 ottobre 2022;

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”* come modificato dal decreto legislativo n. 207 del 2021;

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”*, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante *“Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”*, di seguito denominato *Regolamento*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 *“Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni”*, in particolare l’art. 30, e il *“Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni”* (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTA la *“Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni”*, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 gennaio 2018”, e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTA la Delibera n. 374/21/CONS recante: *“Proroga dell’Accordo quadro tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle regioni e province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle assemblee legislative delle regioni e*

delle province autonome, concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni".

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l'incarico di responsabile del Settore "Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione", con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l'istanza della società XXX, del 13/05/2019 acquisita con protocollo n. 0205058 del 13/05/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

La parte istante, titolare di un contratto *business* n. 888011493xxx con l'operatore TIM S.p.A. (Kena mobile) (di seguito, per brevità, TIM), contesta addebiti extra-soglia per ricariche automatiche sulle linee mobili.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- “[d]alla data del 24/04/2017 al 12/10/2018 come già ampiamente comunicato all’ (agente TIM), per ogni sms si generavano ricariche con addebiti di 24€ e/o 48€ mese su ogni singolo numero di cellulare e non come sarebbe stato corretto l’addebito a consumo per ogni singolo sms”;
- inviava reclamo all’operatore via PEC in data 23 luglio 2018 nel quale “chiede(va) una verifica del traffico su tutti i numeri di cellulari intestati all’azienda: 3346265xxx, 3351828xxx, 3357402xxx, 3357426xxx, 3357584xxx, 3357584xxx, 3371606xxx e [...] di disattivare sul numero di cellulare 3371606xxx i servizi "5 EuroGiga VIP" e "Tim Euro Messaging" in quanto attivati da Tim in data 14/03/2018 e non richiesti dall’azienda”.

In data 30 aprile 2019 la parte istante esperiva nei confronti dell’operatore TIM tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il mancato accordo.

In base a tali premesse l’istante, quantificando “i rimborsi o indennizzi richiesti (in euro) in 1.297,60”, ha chiesto:

- i) “Rimborso degli addebiti comprensivo di interessi maturati e maturandi relativi al reclamo specificato nella presente [istanza]”.

2. La posizione dell’operatore.

L’operatore TIM, nell’ambito del contraddittorio, tramite deposito in data 16 luglio 2019 di memoria difensiva con documentazione allegata, ha eccepito l’inammissibilità e l’infondatezza nel merito dell’istanza per le ragioni di seguito esposte.

In via preliminare, l'operatore ha eccepito l'“inammissibilità dell'istanza di definizione per l'intervenuta violazione dell'art. 9, co. 3 delibera 203/18/CONS per non avere il Sig. XXX dimostrato la propria qualità di legale rappresentante della società istante in sede di udienza di conciliazione [...] né tramite apposita visura né, tantomeno con il deposito di procura speciale.”

Nel merito, l'operatore ha sostenuto l'“infondatezza delle pretese avanzate nei confronti di TIM” in quanto “l'istante società non fornisce prova alcuna riguardo gli estremi del contratto, della cui data di sottoscrizione nulla si dice (ed essendo il documento allegato da controparte un contratto di migrazione a nuova offerta e non il contratto di attivazione), i pretesi pagamenti rispetto ai quali viene richiesto il rimborso, né di reclami antecedenti la data del 20 luglio 2018”. A tal proposito, l'operatore ha evidenziato “la distanza temporale con cui si promuove il presente procedimento, avviato dopo ben due anni dalla pretesa errata fatturazione da parte dell'esponente società” che escluderebbe la possibilità di riconoscere l'indennizzo previsto dal Regolamento (delibera 347/18/CONS) atteso che “il combinato disposto degli artt. 13 e 14 co. 4 delibera 347/18/CONS prevede che ogni eventuale indennizzo è precluso in assenza di reclamo [...] e che quest'ultimo deve essere necessariamente caratterizzato, ai fini della liquidazione, da continenza, in termini di tempo, rispetto al disservizio lamentato.”

Ciò premesso, dal punto di vista più strettamente contrattuale, l'operatore ha precisato che “tutti gli importi fatturati relativamente al contratto guscio n. 888011493xxx risultano corretti e integralmente dovuti ai sensi dell'art. 5 delle Condizioni Generali del Contratto MultiBusiness (“Il Cliente manterrà Telecom Italia indenne da ogni richiesta, pretesa e/o contestazione relativamente agli importi delle suddette Ricariche e/o Ricariche Automatiche da parte sua, degli Utilizzatori Finali e/o di terzi”). In primo luogo, per ciò che riguarda l'addebito delle ricariche automatiche, si evidenzia come l'offerta sottoscritta dall'istante preveda in automatico l'attivazione del servizio di Ricarica Automatica per ciascuna linea con un importo pari a Euro 12 (IVA inclusa). In particolare, il servizio prevede che, qualora il credito residuo della linea scenda sotto la soglia di Euro 5 (IVA inclusa), la linea sia automaticamente ricaricata per il taglio di importo scelto e che tale importo sarà addebitato direttamente nel conto telefonico.” Inoltre, l'operatore ha sottolineato che “l'istante è in ogni caso tenuto a contestare formalmente i conti telefonici di volta in volta emessi dall'operatore, prima della scadenza degli stessi, indicando precisamente gli importi che si pretendono non dovuti o inesatti [...] invece, la società istante non ha mai formalmente contestato prima del 20 luglio 2018 [...] i conti telefonici ricevuti secondo le modalità previste dall'art. 5.5 delle Condizioni generali del Contratto Multibusiness (“I Conti telefonici dovranno essere pagati per intero, altrimenti saranno considerati insoluti a tutti gli effetti, fatto salvo il caso di eventuali contestazioni relative o comunque connesse agli importi oggetto del Conto, che dovranno essere inoltrate entro i termini di scadenza del Conto in contestazione. Saranno salvi i casi di ritardo nel recapito del Conto opponibili validamente dal Cliente. In caso di contestazione il Cliente sarà comunque tenuto al pagamento, entro la data di scadenza del Conto, di tutti gli importi non oggetto della contestazione sul Conto stesso), con la conseguenza che, gli importi ivi contenuti sono a tutti gli effetti scaduti e da ritenersi certi, liquidi e immediatamente esigibili da parte dell'esponente società.”

Infine, l'operatore ha concluso con la richiesta di rigettare l'istanza in quanto inammissibile e infondata per le ragioni sopra esposte.

3. La replica dell'istante.

La parte istante, in data 17 luglio 2019, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria di replica, nella quale ha evidenziato che *“in relazione alla comunicazione di avvio del procedimento (...) datata 17/05/2019 e con riferimento alla memoria difensiva e documentazione allegata prodotta (...) per conto di Tim presentata in data 16/07/2019, la stessa deve considerarsi irricevibile perché prodotta dopo il termine di 45 giorni dalla comunicazione di avvio del procedimento e quindi in contrasto con il Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche Capo I art. 16 comma 2”*.

4. Motivazione della decisione.

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

In primis, si rileva la fondatezza dell'eccezione dell'istante inerente l'irricevibilità della memoria difensiva e della documentazione allegata, risultando presentata dall'operatore in data 16 luglio 2019 ovvero, dopo la scadenza del termine assegnato nella comunicazione di avvio del procedimento del 17 maggio 2019 nella quale si disponeva che *“la parte convenuta può presentare memorie entro il termine di giorni 45 dal ricevimento della presente comunicazione e, entro i successivi 10 giorni, tutte le parti possono presentare eventuali controdeduzioni.”* Nel caso di specie, infatti, il termine entro il quale l'operatore poteva presentare le proprie memorie scadeva il 1 luglio 2019, pertanto la memoria in questione risulta presentata oltre il termine concesso.

Tuttavia, si ritiene che la memoria dell'operatore e la relativa documentazione allegata meritino una valutazione ai fini di una ricostruzione cognitiva e del completamento istruttorio (Cfr. Delibere Agcom n. 157/11/CIR e n. 45/12/CIR).

Sempre in via preliminare, si rileva l'infondatezza dell'eccezione dell'operatore inerente l'inammissibilità dell'istanza per carenza di legittimazione attiva, atteso che risulta incontestato che l'istante sia il rappresentante legale della società ricorrente in forza della dichiarazione del medesimo contenuta nel reclamo in atti allegato sia al procedimento di conciliazione che di definizione, la cui sottoscrizione determina l'assunzione di responsabilità dell'istante in ordine alla veridicità di quanto dichiarato, ai sensi degli articoli 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000. Inoltre si rileva che il formulario e il modulo UG, allegati agli atti, costituiscono un'autocertificazione con la cui sottoscrizione l'istante attesta la veridicità di quanto dichiarato, senza bisogno di ulteriori prove, assumendosi la responsabilità di eventuali dichiarazioni mendaci punite ai sensi degli articoli 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000 (cfr. delibera n. 176/16/CIR e 4/20/CIR).

Nel merito giova premettere una sintesi delle doglianze oggetto dell'odierna disamina, che si incentra sull'addebito non riconosciuto di traffico extra-soglia

generante “ricariche con addebiti di 24€ e/o 48€ mese su ogni singolo numero di cellulare” nel periodo intercorrente dal “24/04/2017 al 12/10/2018”.

Agli atti del procedimento risulta un reclamo inviato dall'istante all'operatore il 23 luglio 2018, con il quale “chiede(va) una verifica del traffico su tutti i numeri di cellulari intestati all'azienda”. Tali addebiti, secondo la ricostruzione dell'istante, erano stati precedentemente contestati presso l'agente TIM di riferimento, trattandosi di doglianze successive ad una variazione del contratto del 24 aprile 2017. Dall'agenzia riceveva la risposta che tali ricariche erano riconducibili a spese non ricomprese nel piano e che “per ogni sms si generavano ricariche con addebiti di 24€ e/o 48€ mese”.

L'istante lamenta, quindi, un'applicazione difforme da quanto concordato, con particolare riferimento all'addebito non riconosciuto delle ricariche oggetto di contestazione.

La domanda *sub i)* di rimborso del traffico non riconosciuto eroso sulle numerazioni mobili *de quibus* generante ricariche del taglio pari ad euro 24 e 48 (“Ricarica credito, 24” e “Ricarica credito, 48”), presenti nelle fatture emesse nel periodo dal 24 aprile 2017 al 12 ottobre 2018 è accoglibile nei termini di seguito esposti.

In via generale, con riferimento alla contestazione dell'istante, giova richiamare l'orientamento consolidato secondo cui, in base ai principi sull'onere della prova in materia di adempimento delle obbligazioni di cui alla consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387; 26 gennaio 2007 n. 1743; 19 aprile 2007 n. 9351; 11 novembre 2008 n. 26953, 3 luglio 2009, n.15677 e da ultimo Cass., sez. II, 20 gennaio 2010 n. 936), “il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi”.

Sempre in via generale, si richiama ancora l'articolo 2, comma 2, lettera c) del decreto legislativo n. 206/2005, c.d. Codice del Consumo e successive modificazioni, il quale annovera tra i diritti fondamentali del consumatore quello “ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità” nei rapporti di consumo.

Ancora, con riferimento all'ambito delle telecomunicazioni, la Delibera Agcom n. 417/01/CONS, allegato A), detta le linee guida relative alle comunicazioni al pubblico delle condizioni di offerta dei servizi di telecomunicazioni che gli operatori devono rispettare. In particolare, dalla citata delibera si evince che le informazioni rivolte al pubblico devono essere ispirate al necessario principio di trasparenza e garantire la comprensibilità dell'informazione, della comunicazione pubblicitaria e facilitare i

processi di comparabilità dei prezzi. Inoltre, la Delibera Agcom n.179/03/CSP, Allegato A), all'articolo 4 evidenzia che: *“gli utenti hanno diritto ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi (...) la diffusione di qualsiasi informazione, in particolare di quelle relative alle condizioni tecniche ed economiche dei servizi (...) avviene secondo criteri uniformi di trasparenza, chiarezza e tempestività, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà, valutati alla stregua delle esigenze delle categorie di consumatori più deboli”*. Ne consegue, che gli utenti hanno diritto ad essere informati in modo chiaro, esatto e completo, perché solo in questo modo viene realmente tutelato il diritto di scelta dell'utente finale e la conseguente possibilità di orientamento consapevole verso una diversa offerta commerciale.

Inoltre, occorre richiamare che è ormai pacifico che, nel caso di contestazione delle fatture, l'operatore debba fornire la prova della debenza degli importi fatturati, altrimenti l'utente ha diritto allo storno o al rimborso degli stessi, tenuto conto che la fattura non costituisce negozio di accertamento.

Nel caso di specie, la parte istante ha contestato la fatturazione di cui al codice contratto n. 888011493xxx di ricariche automatiche con addebiti di euro 24,00 e/o 48,00, allegando le relative fatture dal “4° 2017: Aprile-Maggio” (emessa 15 giugno 2017) fino alla fattura “6° 2018: Agosto-Settembre” (emessa il 12 ottobre 2018). Nella sopracitata fattura del 15 giugno 2017 trova conferma quanto dedotto dall'utente in istanza in merito alla circostanza che, in data 24 aprile 2017, risulta una “Variazione Contratto” del (“Contratto d'origine n. 99000409xxx”) rispetto alla quale lamenta gli addebiti a consumo sopracitati.

Al riguardo l'operatore ha lasciato incontestate le affermazioni dell'utente, attesa la tardività della memoria in atti.

Ad ogni buon conto, a chiarimento della *res controversa*, vale la pena richiamare che la società TIM ha evidenziato quanto segue: *“per ciò che riguarda l'addebito delle ricariche automatiche, (...) l'offerta sottoscritta dall'istante preved[e] in automatico l'attivazione del servizio di Ricarica Automatica per ciascuna linea con un importo pari a Euro 12 (IVA inclusa). In particolare, il servizio prevede che, qualora il credito residuo della linea scenda sotto la soglia di Euro 5 (IVA inclusa), la linea sia automaticamente ricaricata per il taglio di importo scelto e che tale importo sarà addebitato direttamente nel conto telefonico.”*

All'esito delle risultanze istruttorie, si deve rilevare che la società TIM né ha provato che l'utente abbia accettato le condizioni contrattuali derivanti dalla variazione contrattuale del 24 aprile 2017, né ha provato la congruità della fatturazione rispetto al profilo “Tim Tutto Business 2.0” che compare in fattura, non fornendo prova della volontà dell'utente di attivare tale profilo tariffario generante le autoricariche contestate.

Inoltre, l'operatore non ha fornito la documentazione di dettaglio del traffico voce, oggetto di contestazione, tale da consentire il tracciamento della riferibilità temporale, della durata, nonché del costo delle singole chiamate tariffate a consumo.

Con riguardo alla tipologia di profilo tariffario accennata dall'operatore, deve precisarsi, anche, che per tali piani tariffari c.d. “a soglie”, ovvero costituiti da un

plafond di traffico per chiamate, messaggistica, navigazione internet, all'esaurirsi delle soglie prestabilite, il traffico eccedente viene tariffato a consumo. Orbene, nel caso in oggetto, non è dato sapere se, nel corso del rapporto contrattuale, l'utente sia stato preavvisato dall'operatore dell'imminente esaurirsi delle soglie di spesa prestabilite e se sia stato, pertanto, reso consapevole che il traffico generato successivamente dalle utenze interessate, sarebbe stato tariffato a consumo, con conseguente addebito di costi aggiuntivi. La materia risulta disciplinata dalla delibera Agcom n. 126/07/CONS, che, all'art. 3, comma 6, dispone: *"nel caso di opzioni o promozioni che a titolo oneroso diano luogo al diritto di usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, l'operatore di telefonia informa il consumatore, in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità, dell'imminente ripristino delle condizioni economiche previste dall'offerta precedentemente sottoscritta"*.

L'obbligo di informazione chiara, corretta e tempestiva nei riguardi degli utenti è posto a carico dei gestori di servizi di comunicazione elettronica, altresì, dall'art. 5 della Delibera Agcom 179/03/CONS e costituisce diretta estrinsecazione dei principi civilistici di buona fede, lealtà e trasparenza contrattuale. Al contrario, la società TIM né in sede di contestazione, né nel corso della presente procedura, ha provato in concreto la debenza del traffico voce maturato oltre le soglie prestabilite.

Pertanto, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, in accoglimento della richiesta sub *i*), si dispone, quanto alle utenze mobili afferenti al contratto n. 888011493xxx che TIM provveda al ricalcolo della fatturazione emessa mediante lo storno o rimborso (in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato in ricariche automatiche con addebiti di euro 24,00 e/o 48,00 (*"Ricarica credito, 24"* e *"Ricarica credito, 48"*), a partire dalla fattura *"4° 2017: Aprile-Maggio"* (emessa 15 giugno 2017) fino alla fattura *"6° 2018: Agosto-Settembre"* (emessa il 12 ottobre 2018). La società istante ha, altresì, diritto al ritiro a cura e spese del gestore della pratica di recupero del credito inerente l'eventuale insoluto relativo a tali somme.

TUTTO ciò premesso;

UDITA la relazione del Dirigente, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata dalla società XXX in data 13/05/2019, nei confronti TIM S.p.A. (Kena mobile), acquisita con protocollo n. 0205058 del 13/05/2019, per le motivazioni di cui in premessa.
2. La società TIM S.p.A. (Kena mobile) è tenuta, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, in relazione alle utenze mobili afferenti al contratto n. 888011493xxx, alla regolarizzazione della posizione amministrativa-contabile mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento, con le modalità indicate in istanza, oltre agli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza) di quanto fatturato in

ricariche automatiche con addebiti di euro 24,00 e/o 48,00 (“*Ricarica credito, 24*” e “*Ricarica credito, 48*”), a partire dalla fattura “4° 2017: Aprile-Maggio” (emessa 15 giugno 2017) fino alla fattura “6° 2018: Agosto-Settembre” (emessa il 12 ottobre 2018). L’operatore è tenuto altresì al ritiro, a propria cura e spese, della pratica di recupero del credito inerente l’eventuale insoluto relativo a tali somme.

3. La predetta Società TIM S.p.A. (Kena mobile) è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l’avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Il presente provvedimento costituisce un ordine dell’Autorità ai sensi dell’art 30, comma 12, del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259 Codice delle comunicazioni elettroniche, come modificato dal decreto legislativo n. 207 del 2021.

È fatta salva la possibilità per l’utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell’eventuale ulteriore danno subito.

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 sul sito *web* dell’Autorità.

Firenze, 7 ottobre 2022

Il Segretario
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del “Codice dell’Amministrazione Digitale” (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)