

DELIBERA N. 136/2022/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**XXX - TIM S.p.A. (Kena mobile)
(GU14/264355/2020)**

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 06/04/2020 acquisita con protocollo n. 0151135 del 06/04/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

Parte istante, titolare di un contratto *business* n. 88801149xxxx 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:

- inviava reclamo all'operatore via PEC, in data 30 ottobre 2018, nel quale comunicava che nonostante il blocco dei servizi interattivi continuavano le ricariche sui numeri di cellulare intestati all'azienda e che l'agente TIM aveva comunicato che gli addebiti derivavano dal traffico non incluso nel piano tariffario, come gli sms nazionali, e che anche se un singolo cellulare effettuava un sms al mese la ricarica veniva addebitata automaticamente per euro 24,00 e/o 48,00;
- inviava un ulteriore reclamo all'operatore via PEC in data 7 febbraio 2020 nel quale chiedeva "il rimborso delle ricariche dei numeri di cellulari intestati all'azienda 337160xxxx, 335182xxxx, 335740xxxx, 335742xxxx, 335758xxxx, 335758xxxx, 337160xxxx [...] addebitate sulle fatture dal 14/12/2018 al 13/12/2019 relative al contratto n. 88801149xxxx pari a € 349,01".
- "[d]alla data del 01.10.2018 al 20.01.2020 [...] per ogni sms si generano 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".

In data 3 aprile 2020 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 349,01", ha chiesto:

- i) "Rimborso degli addebiti relativi al reclamo specificato nella presente [istanza]".

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore TIM, nell'ambito del contraddittorio, tramite deposito in data 28 maggio 2020 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 delle domande avanzate dall'utente in quanto l'istanza così come formulata risulta del tutto generica”* e ha richiamato in proposito *“le generali regole in materia di onere probatorio circa l'adempimento di obbligazioni, richiamate anche dalla delibera Agcom n. 276/13/CONS, secondo cui l'utente deve fornire la prova della fonte del diritto vantato.”*

Nel merito, l'operatore ha rilevato che *“le contestate ricariche automatiche fanno parte del profilo tariffario prescelto dal Signor XXX e sono previste dal contratto e dalle condizioni generali di abbonamento sottoscritte da quest'ultimo. Tali ricariche possono essere cessate in qualsiasi momento senza nessun costo ma non possono essere rimborsate. Tuttavia, non risulta che l'Istante ne abbia mai richiesto la cessazione.”*

L'operatore ha provveduto a inserire vari allegati, fra i quali il contratto, un'esemplificazione di ricarica con taglio da euro 24,00 *“impostato su richiesta dell'istante o utilizzatore della linea in quanto l'importo di default è di euro 12,00”* e il riscontro fornito al reclamo del 7 febbraio 2020 nel quale l'operatore ha comunicato che *“non è dovuto alcun rimborso poiché le ricariche [...] risultano essere state generate da erosione del credito residuo causato da Traffico Voce non coperto dal Suo profilo tariffario”*.

Infine, l'operatore ha concluso con la richiesta di rigettare *“in toto”* l'istanza in oggetto.

3. La replica dell'istante.

La parte istante, in data 1 giugno 2020, 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 08/04/2020 e con riferimento alla memoria difensiva e documentazione allegata prodotta dalla Tim presentata in data 28/05/2020, 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. La contro replica dell'operatore.

L'operatore, in data 22 ottobre 2020, ha fatto pervenire una memoria, con documentazione allegata, per replicare all'eccezione di irricevibilità della memoria difensiva del 28 maggio 2020 ricordando che *“ai sensi dell'art. 103 comma 1 del decreto legge n. 18/2020 [...] ‘ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020’. Pertanto le memorie sono state prodotte in Conciliaweb nei termini decorrendo questi ultimi dal 15 aprile 2020.”*

5. 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 l'infondatezza dell'eccezione dell'istante inerente l'irricevibilità della memoria difensiva e della documentazione allegata presentate dall'operatore dopo la scadenza del termine assegnato nella comunicazione di avvio del procedimento, atteso che l'Autorità, in linea con la previsione di cui all'art. 103, comma 1, del Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 (cd.

“Cura Italia”) la quale imponeva alle pubbliche amministrazioni di adottare “ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti”, non ha individuato nell’ambito della delibera n. 130/20/CONS del 18 marzo 2020 il procedimento di definizione fra i procedimenti sottratti, per loro stessa natura e finalità, alla sospensione dei termini.

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 dalla “data del 01.10.2018 al 20.01.2020”.

Agli atti del procedimento risulta un reclamo inviato dall’istante all’operatore il 30 ottobre 2018, ed un successivo del 7 febbraio 2020, dove riferiva di aver più volte contattato l’agente Tim di riferimento senza ottenere risposta e di aver richiesto i tabulati del traffico all’operatore, con precedente reclamo, mai pervenuti. 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”.

Al riguardo si osserva che la presente disamina sarà limitata alle fatture in atti, dettagliatamente contestate nel reclamo inviato all’operatore via PEC in data 7 febbraio 2020 nel quale chiedeva “il rimborso delle ricariche dei numeri di cellulari intestati all’azienda 337160xxxx, 335182xxxx, 335740xxxx, 335742xxxx, 335758xxxx, 335758xxxx, 337160xxxx [...] addebitate sulle fatture dal 14/12/2018 al 13/12/2019 relative al contratto n. 88801149xxxx pari a € 349,01”. Verranno, quindi, prese in esame le fatture dal conto n. “1° 2019: Ottobre – Novembre” del 14 dicembre 2018 al conto n. “1° 2020: Ottobre – Novembre” del 13 dicembre 2019.

Ciò premesso, con riferimento al periodo sopra indicato, è meritevole di accoglimento 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”) per le ragioni di seguito esposte.

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”.

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.

Sul punto viene in rilievo l'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, (*ex multis*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947) in virtù del quale 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), altrimenti l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al loro rimborso (*ex multis*, Delibera Agcom n. 82/17/CIR).

Nel caso di specie, la parte istante ha contestato la fatturazione di ricariche automatiche con addebiti di euro 24,00 e/o 48,00 *“per ogni sms [...] e non come sarebbe stato corretto l'addebito a consumo per ogni singolo sms”*. Di contro, l'operatore ha sostenuto che *“le contestate ricariche automatiche fanno parte del profilo tariffario prescelto dal Signor XXX e sono previste dal contratto e dalle condizioni generali di abbonamento sottoscritte da quest'ultimo”* e ha riportato il riscontro fornito al reclamo del 7 febbraio 2020 nel quale l'operatore ha comunicato che *“non è dovuto alcun rimborso poiché le ricariche [...] risultano essere state generate da erosione del credito residuo causato da Traffico Voce non coperto dal Suo profilo tariffario”*.

All'esito delle risultanze istruttorie, si deve rilevare che la società TIM non 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, si deve evidenziare, che la società TIM 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. L'operatore, sul punto, si è limitato a dedurre che *“non è dovuto alcun rimborso poiché le ricariche [...] risultano essere state generate da erosione del credito residuo causato da Traffico Voce non coperto dal (...) profilo tariffario”*.

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. Nella risposta al reclamo richiamata dalla società convenuta ci si limita, infatti, a menzionare la correttezza rispetto alle condizioni contrattuali, senza fornire all'utente indicazioni puntuali a seguito di una verifica contabile dei costi. Inoltre non risulta in alcun modo contraddetta la dichiarazione dell'utente circa il mancato ricevimento dei tabulati del traffico.

Pertanto alla luce delle considerazioni sin qui svolte, in accoglimento della richiesta sub *i*), si dispone, quanto alle utenze mobili afferenti al contratto n. 88801149xxxx, 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 dal conto n. *"1° 2019: Ottobre – Novembre"* (emesso il 14 dicembre 2018) fino al conto n. *"1° 2020: Ottobre – Novembre"* (emesso il 13 dicembre 2019). 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 06/04/2020, nei confronti TIM S.p.A. (Kena mobile), acquisita con protocollo n. 0151135 del 06/04/2020, 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. 88801149xxxx, 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 dal conto n. *"1° 2019: Ottobre – Novembre"* (emesso il 14 dicembre 2018) fino al conto n. *"1° 2020: Ottobre – Novembre"* (emesso il 13 dicembre 2019). 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.)