

DELIBERA N. 130/2021/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**xxxxx. - TIM S.p.A. (Kena mobile)
(GU14/170897/2019)**

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 13 dicembre 2021;

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*”;

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. 353/19/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);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 106 del 25 febbraio 2021 avente per oggetto “*Assetto organizzativo del Consiglio regionale XI Legislatura*” con il quale è stato

conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l'incarico di responsabile del "*Settore Cerimoniale, Eventi, Contributi. Biblioteca e documentazione. Assistenza generale al CORECOM. Tipografia*", con decorrenza 1° marzo 2021;

VISTA l'istanza della società xxxx., del 09/09/2019 acquisita con protocollo n. 0377962 del 09/09/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

La società istante, titolare di un contratto *business* sull'utenza n. 335 628xxxxx con la società Tim S.p.A (Kena mobile), di seguito per brevità Tim, lamenta l'addebito di somme a titolo di traffico roaming portate nella fattura n. 7x01948256 del 14 aprile 2017.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione acquisita al fascicolo, ha dichiarato quanto segue:

- contestava "*la fattura nr.7x01948256 del [14 aprile 2017] per addebito traffico dati ingiustificato addebito scorretto dati roaming*" ritenendo detto addebito "*ingiustificat[o] per mancanza di avviso superamento fascia non quantificata*";

- in data 15 ottobre 2017 tramite il legale di fiducia formulava reclamo all'operatore precisando, tra l'altro, che "*l'utilizzatore del telefono (...) non [era] stato avvisato di tale ulteriore addebito e di non averlo accettato né concordato, avendo [invece] fatto riferimento agli accordi presi con [l'agente di riferimento] al momento di conclusione del contratto*".

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

- i) "*storno totale della fattura e rimborso di euro 2.000,00 per aver causato disagi nel cambiare operatore*".

In data 28 agosto 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 fallimento dello stesso (in data 03/09/2019).

2. La posizione dell'operatore.

La società Tim ha fatto pervenire, in data 28 ottobre 2019, nei termini stabiliti dal vigente regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale, nel rilevare l'infondatezza di quanto *ex adverso* dedotto, in via preliminare ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza "*per avere la società xxxx formulato richieste nuove rispetto a quelle avanzate in primo grado*", relativamente "*al rimborso di euro 2.000,00 per aver causato disagi nel cambiare operatore*". A tal riguardo, l'operatore ha precisato che tale doglianza "*avrebbe ad oggetto una problematica insorta in fase di migrazione, che in applicazione dell'art. 22 delibera 359/19/CONS rientra nella*

competenza esclusiva dell'AGCOM. Pertanto il Corecom, almeno limitatamente a tale domanda, sarebbe tenuto a dichiarare la propria incompetenza – attesa la competenza funzionale dell'Agcom ai sensi dell'art. 22 delibera 359/2019/CONS – e, quindi, a richiedere il trasferimento della presente istanza all'autorità competente”.

Inoltre, l'operatore ha preliminarmente eccepito che la società istante ha “formula[to] indirettamente una domanda di risarcimento danni” rilevando che “la parte istante [ha richiesto] espressamente euro 2.000,00 precisando tra l'altro (...) che detti importi vengono richiesti “per aver causato disagi nel cambiare operatore, essendo azienda e non avere potuto o voluto sistemare la questione in tempi rapidi e onesti”.

“Ebbene tale quantificazione – diversamente da quanto assume controparte - è totalmente arbitraria perché quanto domandato a titolo di indennizzo altro non è che una richiesta di risarcimento danni atteso l'importo esorbitante e svincolato dalle ipotesi previste dal Regolamento di cui all'allegato A della Delibera Agcom n. 347/18/CONS (di seguito "Regolamento di cui alla Delibera 347/18/CONS), come, peraltro, si evince dal tenore letterale della richiesta riportata nel formulario”.

L'operatore entrando nel merito della vicenda, ha inoltre riscontrato:

- genericità ed indeterminatezza nella descrizione dei fatti e assenza di allegazioni probatorie in punto di storno della posizione debitoria.

- Infondatezza della richiesta di storno formulata *ex adverso*, in particolare, l'operatore ha rilevato che l'istante non ha depositato la fattura nel fascicolo istruttorio e che “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.”

L'operatore ha allegato inoltre *screenshot* con avviso del raggiungimento della soglia massima del servizio dati all'estero e nello specifico:

- messaggio 5 marzo 2017 (14:56:09) info vicinanza soglia;
- messaggio 5 marzo 2017 (14:56:55) “Dati estero On” (da cliente);
- messaggio 5 marzo 2017 (14:57:06) con il seguente testo: “Tim informa a seguito del suo SMS di autorizzazione potrà continuare a fare traffico dati in roaming secondo tariffe A CONSUMO previste dal suo profilo in base visitato. Info al 191”;
- messaggio 5 marzo 2017 (16:31:09) con il seguente testo: “TIM: ha raggiunto la soglia massima di spesa dati estero. Per evitare blocchi invii sms DATI ESTERO ON al 40916. La tariffa A CONSUMO x dati roaming secondo le tariffe A CONSUMO previste dal suo profilo in base al paese visitato. Info al 191”.

L'operatore, infine, ha concluso insistendo per il rigetto dell'istanza “in quanto infondata in fatto ed in diritto”.

3. 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, con riferimento all'eccezione preliminare di Tim circa l'inammissibilità delle richieste risarcitorie di cui alla domanda *sub i)* dell'istante, si osserva che, per il principio del *favor utentis*, le richieste impropriamente definite risarcitorie possono essere ricondotte, laddove sussistano i presupposti previsti dal Regolamento sugli Indennizzi, a quelle di natura indennitaria, aventi funzione compensativa del disagio subito dall'utente.

Sempre in via preliminare, in accoglimento dell'eccezione sollevata dall'operatore, deve evidenziarsi, con riferimento alla doglianza *sub i)* per la parte inerente ai “*disagi nel cambiare operatore*”, che la stessa è inammissibile, trattandosi di domanda nuova rispetto alle richieste contenute nell'istanza di conciliazione a suo tempo promossa e violando, con ciò, il principio dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

Nel merito.

Sulla richiesta di storno totale della fattura nr.7X01948256 del 14 aprile 2017

L'istante ha contestato l'addebito del traffico effettuato a titolo di roaming internazionale Extra UE pari ad euro 5.549,34, riportato nella fattura nr.7X01948256 del 14 aprile 2017, laddove l'operatore ne ha dedotto la legittimità.

La doglianza dell'istante è fondata e meritevole di accoglimento nei limiti di seguito esposti.

Sul punto giova preliminarmente richiamare 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). Le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente ed 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. Conformemente a tale orientamento giurisprudenziale, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha più volte ribadito, che “*la bolletta telefonica, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria e la società telefonica è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra i dati forniti da esso e quello trascritto nella bolletta*” (delibere Agcom n. 2/13/CIR, n. 10/05/CIR, n. 85/09/CIR, n. 86/09/CIR, n. 23/10/CIR, n. 33/10/CIR). 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 delle fatture e/o al loro rimborso.

Con riferimento alla fattispecie in esame si richiama, altresì, uno dei principi fondamentali in materia di tutela dei consumatori che prevede a carico dei gestori, l'impegno di avvertire l'utente nelle ipotesi in cui vengano superate le soglie di traffico consentite dal piano tariffario aderito. L'articolo 3, comma 6, della delibera Agcom n. 126/07/CONS, infatti, prevede che *“nel caso di promozioni o offerte, che a titolo oneroso diano luogo ad 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”*. Inoltre, gli utenti possono monitorare il livello dei propri consumi, grazie a specifiche disposizioni vigenti in materia di controllo della spesa. In particolare l'articolo 6, comma 1, Allegato A, della Delibera Agcom n.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, prevede il diritto dell'operatore di adottare *“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”* (cfr. Delibera Agcom n. 109/14/CIR).

Sul punto viene, infine, in rilievo la Delibera Agcom n. 326/10/CONS recante *“Misure di tutela degli utenti dei servizi di comunicazione mobili e personali”* che all'articolo 2 disciplina, i sistemi di allerta e i limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile, prevedendo, in particolare, che *“[g]li 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”*.

Tutte le norme sopra richiamate, attraverso la previsione di specifiche misure di garanzia (sistemi di allerta; cessazione automatica del collegamento dati al raggiungimento della soglia di traffico predeterminata; acquisizione del consenso espresso dell'utente; servizio gratuito di abilitazione/disabilitazione del traffico dati) pongono a carico del soggetto erogatore della fornitura un dovere di “protezione” nei confronti del cliente, che deve essere reso “effettivo”, al fine di evitare il rischio di consumi superiori ai volumi di traffico concordato, nonché attivazioni “casuali” di servizi/contenuti a pagamento durante la navigazione in internet, con il conseguente addebito di costi non voluti (*ex multis* delibera Agcom n. 135/16/CIR).

Nel caso di specie, a fronte della contestazione dell'istante circa il traffico addebitato a titolo di roaming internazionale Extra UE nel periodo di soggiorno all'estero, l'operatore Tim ha allegato uno *screenshot* contenente lo "Storico SMS di Servizio" con i seguenti messaggi:

- messaggio 5 marzo 2017 (14:56:09) info vicinanza soglia;
- messaggio 5 marzo 2017 (14:56:55) "*Dati estero On*" (da cliente);
- messaggio 5 marzo 2017 (14:57:06) con il seguente testo: "*Tim informa a seguito del suo SMS di autorizzazione potrà continuare a fare traffico dati in roaming secondo tariffe A CONSUMO previste dal suo profilo in base visitato. Info al 191*";
- messaggio 5 marzo 2017 (16:31:09) con il seguente testo: "*TIM: ha raggiunto la soglia massima di spesa dati estero. Per evitare blocchi invii sms DATI ESTERO ON al 40916. La tariffa A CONSUMO x dati roaming secondo le tariffe A CONSUMO previste dal suo profilo in base al paese visitato. Info al 191*".

Da parte sua l'utente ha evidenziato, nell'istanza introduttiva del presente procedimento, di non aver mai inoltrato il messaggio di sblocco e che, l'addebito del traffico dati è ingiustificato "*per mancanza di avviso superamento fascia*".

Pertanto, fermo il disconoscimento da parte dell'istante di aver ricevuto il messaggio di *alert*, nonostante il traffico addebitato nella fattura.7X01948256 del 14 aprile 2017, non risulta, all'esito delle risultanze istruttorie, che l'operatore Tim abbia conformato la propria condotta agli obblighi stabiliti dalla normativa vigente a tutela dell'utenza, limitandosi a ribadire la correttezza degli addebiti contestati.

Con riferimento al messaggio di *alert*, è da evidenziarsi, infatti, che il gestore, per adeguarsi alla normativa di settore sopra richiamata, avrebbe dovuto provare di aver inviato all'utente un messaggio contenente un'informazione completa relativa alla nuova tariffazione applicata nel Paese estero in cui si trovava (*ex multis* Delibera Agcom n. 117/15/CIR), tale da rendere effettivo il dovere di "protezione" nei confronti del cliente, al fine di evitare consumi superiori ai volumi di traffico concordato, nonché attivazioni "casuali" di servizi/contenuti a pagamento durante la navigazione in internet, con il conseguente addebito di costi non voluti (*ex multis* Delibera Agcom n. 135/16/CIR).

Ciò premesso, dall'esame della documentazione agli atti, si precisa che:

- le schermate informatiche prodotte dall'operatore nulla provano in ordine al rispetto dei sistemi di allerta, mancando gli *screenshot* dei testi dei messaggi inviati al cliente, che avrebbero dovuto soddisfare i requisiti di cui al citato articolo 2, quali il raggiungimento della soglia, il traffico residuo disponibile, il passaggio ad eventuale altra tariffa con specificazione del relativo prezzo;

- le note delle schermate informatiche sulla disattivazione delle soglie (dati estero on) che sarebbe stata effettuata dall'istante (circostanza dallo stesso contestata) non sono sufficienti elementi probatori, non potendosi verificare il testo del messaggio inviato dal cliente, e la riferibilità all'intestatario dell'utenza telefonica o, comunque a un soggetto titolato, in quanto da esso autorizzato;

- lo *screenshot* allegato mostra un'incongruenza nella sequenza di invio degli SMS: il supposto messaggio informativo del 5 marzo 2017 (16:31:09) relativo all'informativa sul raggiungimento della soglia è posteriore al supposto messaggio del 5 marzo 2017 (14:56:09) di sblocco della soglia ("*Dati estero On*").

Per tutto quanto sopra esposto, considerato che la condotta di Tim non è stata conforme alle disposizioni previste dalla citata Delibera Agcom n. 326/10/CONS in tema di sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile, in accoglimento parziale della richiesta *sub i*), si dispone lo storno o il rimborso in caso di avvenuto pagamento di quanto addebitato nella fattura contestata a titolo di traffico telefonico in *roaming* internazionale Extra UE pari ad euro 5.549,34 (IVA esclusa), riportato nella fattura nr.7X01948256 del 14 aprile 2017.

L'operatore dovrà, inoltre, provvedere al ritiro, a propria cura e spese, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta relativa a tale somma.

Viceversa, non può essere accolta la domanda d'indennizzo *sub i*) in quanto, con riferimento al caso di specie, il disservizio lamentato è assimilabile all'indebita fatturazione che, secondo il costante orientamento dell'Autorità, esclude il riconoscimento dell'indennizzo in quanto non riconducibile, neanche in via analogica, ad alcuna delle fattispecie di cui al Regolamento sugli indennizzi (*ex multis* Delibera Agcom n. 93/18/CIR).

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

DELIBERA

Articolo 1

1. Il CoReCom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata xxxx. nei confronti Tim S.p.A. (Kena mobile) per le motivazioni di cui in premessa.

2. La società Tim S.p.A. (Kena mobile) è tenuta alla regolarizzazione della posizione amministrativa - contabile mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento, secondo le modalità indicate in istanza, oltre agli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia) di quanto addebitato nella fattura contestata a titolo di traffico telefonico in *roaming* internazionale Extra UE pari ad euro 5.549,34 (IVA esclusa), riportato nella fattura nr.7X01948256 del 14 aprile 2017. Dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta relativa a tale importo.

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 provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

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, 13 dicembre 2021

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.)