

DELIBERA n°_32_

**XXXXXXXXX / TIM SPA (KENA MOBILE)
(GU14/358545/2020)**

IL CORECOM SICILIA

NELLA seduta del 24/03/2021;

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”*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTA la Legge Regionale 26 Marzo 2002 n. 2, successivamente modificata ed integrata, ed in particolare l'art. 101 che ha istituito il " Comitato Regionale per le Comunicazioni della Regione Siciliana" (CORECOM);

VISTO il decreto del Presidente della Regione Siciliana n. 315 del 28 giugno 2017, istitutivo del Corecom attualmente in carica, integrato con successivi decreti del Presidente della Regione Siciliana n. 437 del 31 agosto 2017 e n. 457 del 11 luglio 2019;

VISTO l'Accordo Quadro del 28 Novembre 2017, tra l'Autorità per le Garanzie nella Comunicazione, la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee Legislative delle Regioni e delle Province Autonome, prorogato fino al 31 dicembre 2021;

VISTO l'art. 5 lettera e) della Convenzione tra l'AGCOM e il CORECOM. SICILIA, per l'esercizio delle Funzioni Delegate in tema di comunicazioni, in vigore dal 1° Gennaio 2018, prorogata fino al 31 dicembre 2021, con la quale l'Autorità ha delegato il CORECOM SICILIA alla definizione delle Controversie;

VISTA l'istanza di XXXXXXXX del 25/11/2020 acquisita con protocollo n. 0498207 del 25/11/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

La società XXXXXXXX, rappresentata dall'utente XXXXXXXX di seguito istante, con la presente procedura ha lamentato nei confronti della TIM S.p.a per l'utenza XXXXXXXX di tipo business, l'addebito in fattura di traffico non riconosciuto. In particolare nell'istanza introduttiva del presente procedimento l'istante ha dichiarato di aver ricevuto la fattura del 2° bimestre 2020, la n.7B00020525 del 13/03/2020 di un importo complessivo pari ad euro 1.484,18, di cui euro 1.151,78 riferite a solo traffico dati, che ha contestato all'operatore dapprima con missiva e poi con nota fax del 20/05/2020. In base a tali premesse, l'istante ha richiesto: il rimborso parziale della fattura n.7B00020525 del 13/03/2020 per traffico anomalo fatturato per l'utenza XXXXXXXX.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore non ha prodotto memorie o altra documentazione a suo favore.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente si osserva come nel caso di specie, in assenza di qualsivoglia allegazione da parte dell'operatore, trovi applicazione il principio di non contestazione di cui all'art. 115 del c.p.c. in virtù del quale "il giudice deve porre a fondamento della decisione (...) i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita". Attraverso la costante applicazione di tale principio sia l'Autorità che i Corecom (ex multis, dell'Agcom ed dei Corecom come in ultimo le recenti delibere n. 163/2019 e n. 115/2000 del Corecom Emilia Romagna) hanno più volte chiarito che, qualora l'operatore ometta di svolgere attività deduttiva e difensiva, con conseguente implicita acquiescenza e accettazione rispetto alle deduzioni, alle produzioni ed alle contestazioni formulate dal ricorrente in ordine alla fattispecie controversa, deve affermarsi la responsabilità

contrattuale dell'operatore secondo le regole ordinarie di cui all'art. 1218 c.c.. Tanto premesso, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, e dell'integrazione istruttoria eseguita d'ufficio in data 02/02/2020, la richiesta formulata da parte dell'istante può essere accolta come di seguito meglio argomentato. La presente controversia ha per oggetto l'addebito in fattura di traffico dati per un'utenza mobile di tipo business, e la stessa è fondata e merita accoglimento atteso che la domanda proposta dall'utente, si fonda sul fenomeno del cosiddetto "Bill shock". Su tale fenomeno, nel tempo, si è sviluppata un'ampia regolamentazione attesa a difendere il consumatore da addebiti particolarmente elevati a causa di consumi inconsapevoli. Al fine di arginare detto fenomeno, si sono susseguiti rilevanti interventi normativi, sia in ambito comunitario (cfr. 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. 126/07/CONS e la delibera n. 326/10/CONS). Per il punto principale che qui ci occupa, è giusto rilevare quanto riportato nell'art.2 e nei rispettivi commi, della delibera n.326/10/CONS (Sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile), che di seguito si riportano. Il comma 1 prevede che : Gli 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. Il comma 2 prevede che: 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. La connessione dati è riattivata nel più breve tempo possibile dopo che l'utente ha fornito, mediante una modalità semplice, il proprio consenso espresso, che non può, quindi, essere tacito o presunto. Il comma 3 prevede che: Gli operatori mobili pongono in essere modalità facilmente comprensibili e riscontrabili per la notifica del messaggio di allerta di cui al comma 1 al terminale di telefonia mobile o altra apparecchiatura indicata a scelta dal cliente, tra le quali almeno un SMS o un messaggio di posta elettronica nonché una finestra di "pop-up" sul computer. Il comma 4 prevede che: Gli operatori mobili rendono disponibili gratuitamente a tutti gli utenti sistemi di immediata comprensione e facilità di utilizzo per il controllo in tempo reale della spesa utili a fornire informazioni sul consumo accumulato espresso in volume di traffico, tempo trascorso o importo speso per i servizi di traffico dati, nonché un servizio supplementare gratuito per abilitare o disabilitare la propria utenza al traffico dati. Il comma 5 riporta che : I sistemi di cui al comma 4 si attivano automaticamente sui terminali venduti con marchio dell'operatore. Infine il comma 6 riporta che: Gli operatori mobili offrono gratuitamente anche agli utenti con piani tariffari a consumo, diversi da quelli di cui al comma 1, 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 a 150 Euro 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. Per la cessazione del collegamento e le relative notifiche e consensi si applicano le medesime disposizioni di cui ai commi 2 e 3. Le sopra riportate 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 però di specifici obblighi di trasparenza in capo agli operatori, ed integrano quanto previsto in via generale dal codice civile vigente in materia di contratti. Pertanto, restano nel qual caso, fermi i principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali e, in particolare, quanto prescritto dagli articoli 1175 e 1375 del codice civile, rispettivamente in materia di correttezza e di buona fede nella esecuzione del contratto; principi che, vista la natura professionale (business) del soggetto coinvolto, devono essere interpretati con particolare rigore. L'articolo 1176, comma 2, del codice civile, difatti, graduando la violazione della diligenza sulla natura dell'attività esercitata, esige dall'operatore professionale un grado di perizia qualificata nell'adempimento delle obbligazioni. Secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto "si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico" (Cass., n. 5240/2004; ex plurimis, Cass., n. 14605/2004). Il principio sopra riportato mette capo, quindi, ad un criterio di reciprocità e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (sul punto cfr. Cass. n. 18947/2005). 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 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. Nel caso di specie, l'operatore, che aveva rilevato la difformità del traffico dati rispetto al traffico medio prodotto dall'utenza, avrebbe dovuto avvisare

l'utente con un sms di allerta e non invece far generare oltre misura il traffico dati oggi contestato. L'operatore, come già ribadito nelle premesse, non ha prodotto memoria né atti, e quindi di conseguenza non ha prodotto nemmeno alcuna copia delle schermate estratte dai propri sistemi dell'invio di un messaggio informativo relativo al raggiungimento della soglia del limite di spesa del traffico dati per l'utenza mobile in contestazione. Sulla base della documentazione prodotta dall'utente invece è risultato evidente che per l'utenza mobile di tipo business XXXXXXXXX è attiva da tempo tra l'altro, la soglia traffico dati, come da prospetto informativo in uno alla fattura n. 7B00020525 del 13/03/2020, in atti depositata. Inoltre, per come esplicitamente dichiarato dall'istante nei propri scritti, tale soglia è attiva nella misura di euro 150,00, anche riconfermata dal medesimo in sede di richiesta istruttoria. Pertanto ed in ragione di quanto sopra la richiesta dell'utente merita di essere accolta e per un duplice motivo che di seguito si evidenzia. In primis, poiché l'operatore non si è costituito e quindi nulla ha provato 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 all'articolo 2 della delibera n. 326/10/CONS sopra citata, quali il raggiungimento della soglia, il traffico residuo disponibile, il passaggio ad eventuale altra tariffa, ed il relativo prezzo, così da mettere in condizione l'istante di comprendere la diversa portata delle due soglie e le conseguenze economiche derivanti dal superamento dei limiti previsti dall'una e dall'altra. In secundus, poiché è risultato evidente dagli atti al fascicolo che l'utente una qualvolta ricevuta la fattura l'ha subito contestata, ed anche più volte. Infatti, risulta dagli atti al fascicolo che la stessa è stata contestata dapprima in data 21/04/2020 con missiva trasmessa a mezzo pec e poi nella successiva data del 20/05/202 con lettera inviata a mezzo fax. Per tutto quanto sopra esposto ed in considerazione della condotta posta in essere dalla società, che non è risultata conforme né alle disposizioni previste dalla delibera n. 326/10/CONS in tema di sistemi di allerta e limiti di spesa per il traffico dati sulle reti di telefonia mobile, né alle citate disposizioni del codice civile, considerato che l'utente, in mancanza di qualsivoglia allert, sia stato in buona fede convinto che il traffico dati generato fosse ricompreso nell'opzione tariffaria, si ritiene di accogliere la richiesta di cui al punto 1). Pertanto la TIM è tenuta allo storno ed al rimborso all'istante, dell'importo di euro 1.001,78 + IVA, addebitato extra soglia, nella fattura n. 7B00020525 del 13/03/2020, con carico di emissione della rispettiva nota di credito. Tale importo è stato determinato sottraendo, dall'importo iniziale fatturato pari ad euro 1.151,78 +IVA, l'importo di euro 150,00 quale limite di soglia di traffico dati, dichiarata dallo stesso istante. La società in virtù dell'operazione di cui sopra è tenuta altresì alla ricostruzione della posizione contabile/amministrativa riferita all'istante. Infine, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'art. 20 comma 6 del Regolamento, l'importo di euro 50,00 (cento/00), considerato che l'operatore non si è costituito nei vari gradi del presente procedimento.

DELIBERA

1. Di accogliere l'istanza della società XXXXXXXXX, rappresentata dall'utente XXXXXXXXX, nei confronti della società TIM S.p.A., in relazione all'utenza mobile business XXXXXXXXX, per le motivazioni di cui in premessa.

2. La società TIM S.p.A. è tenuta, a stornare dalla fattura n. 7B00020525 del 13/03/2020 l'importo di euro 1.001,78 (milleuno/78) + IVA, con carico di emissione della rispettiva nota di credito e della ricostruzione contabile/amministrativa riferita all'istante.

3. La società TIM S.p.A. è tenuta a corrispondere all'istante, nel termine di 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento, con bonifico e/o assegno bancario, la somma di euro 1.001,78 (milleuno/78) + IVA per le motivazioni di cui in premessa.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

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.

Palermo 24/03/2021

IL PRESIDENTE

