

DETERMINA DIRETTORIALE N. 6

Fascicolo n. GU14/134349/2019

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - xxxx vs TIM S.p.A. (Kena mobile)

IL DIRETTORE

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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito Regolamento;

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 Regolamento Indennizzi;

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 dell’utente xxx, del 10/06/2019 acquisita con protocollo n. 0252202 del 10/06/2019;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

1. La posizione dell’istante.

Parte istante, titolare di un contratto residenziale sull’utenza n. 347 628xxxx, contesta all’operatore Tim S.p.A. (di seguito, per brevità, Tim) la fatturazione di importi a titolo di traffico non riconosciuto con conseguente erosione del credito ricaricabile, nonché la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l’istante ha dichiarato che:

- “*in generale, ogni volta che (...) andava all’estero gli veniva detratto in modo ingiustificato – cioè senza che egli ne [avesse] fatto un effettivo uso – un importo variabile imputato alla sezione Consumi con la voce “Navigazione Internet”. Per quanto sopra, [provvedeva]*

- numerose volte a contattare il relativo call-center al fine di avere gli opportuni chiarimenti, una pronta risoluzione del disservizio, quindi il relativo rimborso degli importi detratti”;*
- *a seguito del contatto avuto con gli operatori del call center veniva a conoscenza che il “giorno 27/02/2019 [era] stato detratto dalla linea telefonica sopra riportata un importo pari a € 5,00 (allegato 1)”;* *“il giorno 25/03/2019 [era] stato detratto dalla linea telefonica sopra riportata un importo pari a € 70,00 (allegato 2)”;* *“il giorno 09/04/2019 [era] stato detratto dalla linea telefonica sopra riportata un importo pari a € 3,00 (allegato 2)”;* i predetti addebiti, comportando *“l’azzeramento del credito”,* gli impedivano *“di usufruire dell’offerta attiva, il che vuol dire in termini pratici non poter chiamare né poter usare Internet, cioè il non funzionamento della SIM”;*
 - *in data 9 aprile 2019 effettuava reclamo presso l’operatore;*
 - *“a fronte di un importo totale addebitato di € 78,00, [gli veniva] rimborsato il giorno 21/03/2019 solo un importo di € 5,00”;*
 - *“per avere un telefono funzionante [si vedeva] costretto a dover cambiare operatore telefonico”.*

In base a tali premesse l’istante ha chiesto:

- i) *“il rimborso del credito residuo (...) detratto pari a € 73,00”;*
- ii) *“l’indennizzo di tutti i disservizi (...) per un importo di € 2.000”.*

2. La posizione dell’operatore.

L’operatore TIM, nell’ambito del contraddittorio, con deposito della memoria difensiva del 1° agosto 2019, ha preliminarmente evidenziato che la *“controversia verte, nella ricostruzione fornita dall’istante, sul preteso addebito di costi asseritamente non dovuti, in quanto riconducibili a traffico non riconosciuto e sulla pretesa sospensione amministrativa del servizio relativamente alla linea n. 347.6289xxxx a sé intestata, nonché sull’asserita mancata risposta a reclami”.*

L’operatore ha sollevato *“l’eccezione di inammissibilità della (...) domanda di risarcimento danni. Infatti, la parte istante, nello spiegare le proprie istanze, chiede espressamente, fra le altre cose, un “indennizzo di tutti i disservizi (...) per un importo di € 2.000” (...). Ebbene tale quantificazione – diversamente da quanto assume controparte – è totalmente arbitraria. Quanto domandato a titolo di indennizzo altro non è che una richiesta di risarcimento danni atteso l’importo esorbitante e totalmente svincolato dalle ipotesi normativamente previste ex delibera 347/18/CONS”.*

L’operatore ha *“rilevato preliminarmente che tutto quanto non già espressamente dedotto e contestato all’interno dell’istanza di conciliazione è da intendersi inammissibile in questa sede, perché non sottoposto al previo contraddittorio del tentativo obbligatorio di conciliazione, intende osservare nel merito della vicenda quanto segue”.*

L’operatore ha inoltre evidenziato, *“nel merito, che le avverse deduzioni e richieste sono infondate. Nulla di quanto dichiarato dall’istante è supportato da una documentazione idonea a riscontrare quanto assunto e pertanto ogni tipo di richiesta risulta formulata in modo apodittico, non avendo questi neppure prodotto copia del contratto stipulato con TIM”.*

Al riguardo ha osservato che *“a seguito di verifiche effettuate nei sistemi informatici di TIM, [è emerso che [l’istante]non aveva attiva sulla propria linea telefonica mobile ricaricabile alcuna offerta per la navigazione Internet in roaming, con la conseguenza che qualsiasi connessione, anche brevissima, avrebbe prodotto una connessione alla rete tariffata secondo i costi previsti dal pricing “Roaming Daily Basic Europa” (€ 5 da Europa zona 3 , € 3 da Zona Euroclub e consistenti in 100 minuti di chiamate da Zona 1 Europa verso Zona 1 Europa e Italia; 100 minuti di chiamate ricevute e 100 SMS fruibili sempre entro le ore 23:59 del giorno in cui è stato effettuato l’addebito). In data 27 febbraio 2019 è stato rilevato sul tabulato del traffico (...) un gettone di € 5.00 per navigazione Internet all’estero, sicché il credito dell’istante è passato da € 2,22 ad € -2,78. In data 25 marzo 2018 veniva rilevato un ulteriore gettone da € 5.00 e, in data 9 aprile 2019, uno ulteriore da € 3,00”.*

Inoltre l'operatore ha allegato lo *screenshot* estratto dai propri sistemi da cui emerge una ricarica pari a 10,00 nei giorni 26/02/2019, 11/03/2019 e 26/03/2019 con credito residuo prima della ricarica rispettivamente pari a -8,59, -2,78, -8,34.

L'operatore ha, altresì, dedotto che *“nessun pregio può neppure essere riconosciuto alla contestazione relativa alla pretesa sospensione amministrativa della linea, atteso che la linea è sempre stata attiva e funzionante e che al Cliente, nonostante la generazione di traffico in roaming, era data la possibilità di effettuare ricariche, al fine di usufruire del servizio, in ogni momento attraverso i molteplici canali commerciali riconducibili all'esponente società (internet, homebanking, circuiti delle carte di credito e canali di vendita tradizionale)”*.

L'operatore, infine, *“in merito alla contestazione relativa ai presunti reclami trasmessi [ha ritenuto opportuno] ricordare che, per costante giurisprudenza del Corecom, ai fini della corresponsione dell'indennizzo, è necessario che l'istante dimostri di aver effettivamente e validamente trasmesso il reclamo all'operatore, allegando copia (se scritto) ovvero indicando la data e il numero identificativo dello stesso (se orale), non essendo all'uopo sufficiente un'indicazione generica priva di "oggettivi elementi anche temporali, in ordine alle effettive segnalazioni del problema" (cfr. Delibera DL/209/15/CRL/UD; si vedano inoltre Delibera DL/208/15/CRL)”*.

L'operatore ha concluso ribadendo *“come la condotta di TIM sia stata diligente e rispettosa di tutti gli obblighi contrattualmente previsti”*.

3. Motivazione della decisione.

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

In primis, si osserva che i fatti oggetto dell'istanza di definizione risultano coincidenti con quelli oggetto del tentativo di conciliazione, pertanto il rilievo mosso da TIM, nella memoria difensiva, non risulta fondato.

Sempre in via preliminare si rileva, con riferimento all'eccezione preliminare di TIM circa l'inammissibilità delle richieste risarcitorie di cui alla domanda *sub ii)* dell'istante, 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.

Pertanto, la presente disamina si incentra sull'erosione del credito sulla SIM e i disservizi lamentati dall'utente nell'istanza.

Nel merito.

L'istante ha contestato l'erosione del credito presente sulla SIM *“imputato alla sezione Consumi con la voce Navigazione Internet”*, laddove l'operatore ha dedotto la correttezza della fatturazione emessa.

La doglianza di cui al punto *sub i)* è fondata e meritevole di accoglimento nei limiti di seguito esposti.

Con riferimento alla fattispecie in esame si richiama 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 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, l'utente ha evidenziato, nell'istanza introduttiva del presente procedimento, di aver subito arbitrariamente "*l'azzeramento del credito*", con conseguente impossibilità "*di usufruire dell'offerta attiva, il che vuol dire in termini pratici non poter chiamare né poter usare Internet, cioè il non funzionamento della SIM*".

Di contro la società Telecom Italia ha dedotto "*a seguito di verifiche effettuate nei sistemi informatici di TIM, [è emerso che [l'istante]non aveva attiva sulla propria linea telefonica mobile ricaricabile alcuna offerta per la navigazione Internet in roaming, con la conseguenza che qualsiasi connessione, anche brevissima, avrebbe prodotto una connessione alla rete tariffata secondo i costi previsti dal pricing Roaming Daily Basic Europa*".

Alla luce di quanto sopra esposto, atteso il fermo disconoscimento dell'istante circa gli addebiti "*imputat[i] alla sezione Consumi con la voce Navigazione Internet*", dall'esame della documentazione, non risulta che l'operatore TIM abbia conformato la propria condotta agli obblighi stabiliti dalla normativa vigente a tutela dell'utenza, limitandosi a ribadire la correttezza della fatturazione sulla base del piano tariffario. Al riguardo, infatti, occorre rilevare che la predetta società non ha fornito la documentazione di dettaglio del traffico dati oggetto di contestazione, tale da consentire il tracciamento della riferibilità temporale, della durata, nonché del costo delle singole connessioni.

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). 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, 10/05/CIR, n. 85/09/CIR, n. 86/09/CIR, n. 23/10/CIR, n. 33/10/CIR). E', dunque, 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.

Ciò premesso, in assenza della prova della debenza degli importi contestati dall'utente e constatata la mancata conformità alle disposizioni previste dalla citata delibera 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 della richiesta *sub i)* l'utente ha diritto al rimborso di euro 73,00 prelevato a titolo di *roaming* internazionale.

Viceversa la domanda *sub ii)* collegata al disservizio lamentato all'istante circa l'impossibilità di utilizzo della SIM non può essere accolta.

Sul punto si osserva che risulta pacifico fra le parti che l'operatore non abbia emesso alcun blocco alla fruizione del traffico dati sull'utenza *de qua*. Ne discende che, contrariamente a quanto richiesto dall'utente, non può trovare applicazione l'indennizzo previsto dall'articolo 5, comma 1, del Regolamento degli Indennizzi per l'indebita sospensione del servizio.

Anche volendo intepretare la richiesta d'indennizzo in associazione alla lamentata indebita erosione del credito, si osserva che il disservizio 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).

Parimenti, la domanda *sub ii)* volta ad ottenere l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami non è meritevole di accoglimento, atteso che non risultano depositati agli atti i reclami asseritamente ritenuti inevasi. Inoltre, a nulla vale la dichiarazione dell'utente di aver effettuato la segnalazione all'operatore in data 9 aprile 2019, se non viene indicato la modalità del reclamo e il codice identificativo al fine del tracciamento dello stesso.

DETERMINA

La società TIM S.p.A. è tenuta a regolarizzare la posizione amministrativa – contabile dell'istante mediante il rimborso di euro 73,00 prelevato a titolo di *roaming* internazionale.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento 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.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore

Cinzia Guerrini