

DELIBERA N. 57

**XXX/ TIM XXX (KENA MOBILE)
(GU14/453316/2021)**

Corecom Calabria

IL COMITATO nella riunione del 10/11/2022;

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*”;

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*”, e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, “*Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni - Corecom*” e successive modifiche e integrazioni;

VISTO l’Accordo quadro del 28 novembre 2017 tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblies legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall’Autorità con delibera 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Co.Re.Com Calabria, in data 19/21 dicembre 2017;

VISTA l’istanza di XXX del 02/09/2021 acquisita con protocollo n. del ;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la relazione istruttoria del Responsabile del Procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante rappresenta: *“L'oggetto del contendere, nasce dalla fatturazione di € 3.149,32 (RIF. FT.7X00755XXX DEL 14.02.2020) per traffico extra-europeo dovuto alla mancata applicazione delle condizioni economiche pattuite con l'operatore telefonico prima della partenza, dalla mancanza di riscontro a tutte le nostre PEC inoltrate successivamente per la risoluzione bonaria della controversia e per il conteggio delle somme dovute (Canoni, spese apparati e quant'altro, escluse l'importo oggetto della presente), per la "DIFFIDA AD ADEMPIERE" ricevuta mezzo PEC in data 8.giugno.2021 dall'Avv. XXXX e per il tentativo di conciliazione semplificata che non è andato a buon fine. Facciamo leva sulla nostra buona, poiché se avessimo avuto il ben che minimo dubbio di ciò che si sarebbe verificato, ci saremmo premurati di monitorare (in qualche modo) l'eventuale sconfinamento del plafond a disposizione. Oltretutto gli accordi telefonici prevedevano, la cessazione del collegamento dati o del traffico residuo, in caso di superamento delle soglie prestabilite, cosa che non si è verificata, salvo poi ritrovarci con una fattura dalle cifre esorbitanti, (senza alcun preavviso prima di questa) e con il rischio palesato dell'interruzione di servizio”.* A fronte di quanto riportato, l'istante ha domandato: *“Si richiede risarcimento danni per il mancato/ritardato riscontro dell'operatore alle nostre richieste (€ 300,00) indennizzo danno causato per passaggio a diverso gestore onde evitare disservizi a vario titolo minacciati dal recupero crediti, (€ 3.000,00) indennizzo per la mancata protezione preventiva, relativamente alla promozione pattuita con il call center, ovvero sospensione del traffico dati + voce extra soglia. (€ 2.700,00) oppure storno totale di tutta la posizione debitoria e rientro in tim dell'utenza 335/6223XXX.”.*

2. La posizione dell'operatore

La resistente argomenta che *“da verifiche effettuate negli applicativi in uso Telecom Italia, si rileva che il contratto in contestazione con in consistenza l'utenza n. 3356223XXX risulta attivato in data 26.07.2012 e cessato in data 01.07.2020. Si rileva che in data 23.12.2019 con esigenza n. 7-53841641XXX l'istante l'attivazione dell'opzione Resto del mondo. Tale offerta offre delle tariffe agevolate per il traffico voce ed sms al di fuori dell'UE, ma non per il traffico dati, il quale era soggetto a tariffazione”.*

Evidenzia che i reclami dell'istante risultano tutti evasi come non fondati, in quanto la tariffa applicata era conforme al servizio richiesto.

Precisa inoltre che l'istante presenta allo stato attuale un insoluto pari ad € 2.594,34, in quanto non ha saldato neanche la parte non oggetto di contestazione.

Richiama altresì l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui sussiste la responsabilità dell'operatore qualora questi, a fronte di un disservizio lamentato dall'utente, non provi di aver gestito il disservizio nelle tempistiche previste dal contratto (art. 1218 c.c.). Dall'altro canto, invece, incombe sull'utente l'onere probatorio che nel

caso di specie non è stato assolto, mancando, apposita documentazione a supporto di quanto affermato. *Ad abundantiam*, richiama sul punto anche la delibera n. 70/12/CIR nonché, la Delibera Corecom Calabria n. 28/2020.

Nel merito rileva che l'art. 14 della Delibera n. 347/18/Cons, esclude il riconoscimento di indennizzi se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venire a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza; evenienza che non si è verificata nel caso de quo. La resistente esclude pertanto alcun tipo di responsabilità contrattuale a suo carico, e assume che l'utente non ha diritto a nessun tipo di indennizzo.

Per tali motivi ha chiesto il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, perché infondate sia in fatto sia in diritto.

Successivamente, il ricorrente ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2, del nuovo Regolamento di procedura, Delibera n. 203/18/CONS e successive modifiche e integrazioni, una nota con cui, oltre a insistere nelle richieste già formulate, ha contestato -ex adverso- le argomentazioni della resistente, affermando di aver presentato reclamo il 3 marzo 2020, dopo aver ricevuto la fattura del 14 febbraio, e non il 6 marzo come sostenuto dalla controparte, e di non aver mai ricevuto il riscontro del 16 marzo da parte di quest'ultima. Ha evidenziato inoltre di aver chiesto, a mezzo PEC del 9 aprile 2020, il recesso dal contratto per la mancanza di riscontro ai reclami inoltrati. A tale proposito ha sottolineato di non aver mai ricevuto le missive di risposta allegate dall'operatore, atteso che queste risultano inviate ad un indirizzo errato. Ha inoltre prodotto i numerosi reclami effettuati a mezzo PEC (del 21 gennaio 2020, del 3 e dell'11 marzo 2020, del 9 e del 29 aprile 2020, del 27 luglio 2020, del 26 agosto 2020 e dell'11 dicembre 2020), con cui oltre a lamentare gli addebiti illegittimi, ha manifestato in più occasioni la volontà di raggiungere una soluzione bonaria della vertenza.

3. Motivazione della decisione

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le domande della parte istante possono essere accolte parzialmente.

In via preliminare deve dichiararsi l'inammissibilità della richiesta di "*indennizzo per danno causato per passaggio a diverso gestore*" formulata dal ricorrente trattandosi di pretesa risarcitoria che esula dalla competenza dell'Organo adito, ai sensi dell'articolo 20 del Regolamento, poiché è di competenza esclusiva dell'Autorità giudiziaria ordinaria. Le richieste di risarcimento dei danni, tuttavia, possono essere interpretate come richieste di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, qualora se ne ravvisino i presupposti, come statuito "dal paragrafo III.1.3 delle - Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", di cui alla delibera n. 276/13/CONS.

Nel merito l'istante lamenta l'addebito di costi per il traffico extra europeo, sostenendo di aver concordato con l'operatore condizioni economiche differenti da quelle applicate. La presente controversia è ascrivibile al fenomeno del cd. bill shock, ossia di addebiti particolarmente elevati a causa di consumi inconsapevoli da parte dell'utente, in particolare in relazione a traffico generato in roaming internazionale. A tale proposito uno

dei principi fondamentali in materia di tutela dei consumatori 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 in essere. 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”*. La norma appena richiamata pone a carico del soggetto erogatore della fornitura un dovere di “protezione” nei confronti del cliente, che si sostanzia nell'obbligo di preventiva informazione dell'esaurirsi della promozione/opzione pattuita, ovvero dell'imminente superamento del limite di spesa, con conseguente addebito di costi aggiuntivi. Del resto, in generale, l'obbligo di informazione chiara, corretta e tempestiva nei riguardi degli utenti è posto a carico dei gestori di servizi di comunicazione elettronica dall'art. 5 della delibera 179/03/Cons, in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, e costituisce diretta estrinsecazione dei fondamentali principi civilistici di buona fede, lealtà e trasparenza contrattuale. 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 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”* (Cfr. Delibera Agcom 109/14/CIR).

In particolare sulla tematica della fatturazione business per traffico dati roaming internazionale, si è in più occasioni pronunciata l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sono intervenute numerose pronunce da parte dei Corecom delegati e numerosi, altresì, sono stati gli interventi normativi, sia in ambito comunitario (cfr. 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. delibera n. 126/2007/CONS e delibera n. 326/10/CONS). In particolare, l'Agcom, con la delibera n. 326/10/CONS, ha inteso offrire massima tutela agli utenti rispetto al fenomeno del c.d. bill-shock, dettando disposizioni che impongono mezzi più efficaci per il controllo della relativa spesa, prevedendo sistemi di allerta che informino l'utente del raggiungimento di una determinata soglia di consumo, di tetti mensili di spesa e dell'obbligo di blocco della connessione non appena esaurito il traffico disponibile. L'art. 2 della citata delibera n. 326/10/CONS, stabilisce che gli operatori mobili sono tenuti, con riferimento ai piani tariffari che prevedono un plafond di traffico a forfait (di tempo o di volume), a rendere disponibili gratuitamente sistemi di allerta efficaci che, al raggiungimento di una determinata soglia di consumo informino l'utente su: a) raggiungimento della soglia; b) traffico residuo disponibile; c) prossimo passaggio ad eventuale altra tariffa e del relativo prezzo al superamento del plafond. Devono poi considerarsi 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 buona fede nella esecuzione del contratto, principi che, vista la natura professionale del soggetto coinvolto, devono essere interpretati, in conformità a quanto previsto dall'articolo 1176

del codice civile, con particolare rigore. L'art. 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. Con riferimento a queste ultime disposizioni, il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, *“si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto dall'art. 2 cost.) 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; Cass. Civ. 18947/2005). Il principio sottintende, 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.

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, essendo 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 (Cfr. Co.re.com. Lazio Delibere n. 1 e 5/2021).

Nel caso in esame, la compagnia telefonica non ha provato di aver messo l'utente in condizione di comprendere i volumi di traffico voce e dati prodotti, nonché i costi che avrebbero caratterizzato le connessioni con tariffa a consumo. L'operatore, inoltre, avrebbe dovuto precisare alla società utente il raggiungimento e/o l'esaurirsi del limite di spesa, mediante appositi “allert” e se quest'ultimo riguardasse il limite previsto dall'opzione tariffaria attivata, o il limite di spesa determinato dalla delibera n. 326/10/CONS, mettendo in condizione l'utente di comprendere la diversa portata delle due soglie e le conseguenze economiche derivanti dal superamento dei limiti previsti dall'una e dall'altra. Il gestore, inoltre, essendo il piano tariffario in questione di tipo business ai sensi dell'art. 2, comma 6, della Delibera 326/10/CONS avrebbe dovuto applicare automaticamente il limite di 200 euro previsto per il traffico dati effettuato fuori dei Paesi UE, ugualmente mantenendo esso i medesimi doveri di trasparenza, allerta, notifica e consenso al superamento delle soglie, previsti per gli utenti con piano “a forfait” (cfr. allegate delibere Co.Re.Com. Abruzzo n. 24/15 e Co.Re.Com. Lombardia n. 38/2019).

Pertanto, la società resistente, sulla quale incombe l'onere della prova secondo i principi stabiliti dall'art. 1218 c.c., non ha fornito prove volte a dimostrare che l'utente fosse stato preavvisato tempestivamente circa l'esaurimento del plafond previsto per il traffico dati e voce. A ciò si aggiunga che in base al consolidato principio giurisprudenziale delle Corti, nonché dell'Autorità e dei Corecom delegati in caso di contestazione, nelle forme previste dal contratto, di traffico anomalo, l'operatore deve fornire la prova della debenza delle somme fatturate per tale traffico, pena il diritto per l'utente allo storno delle fatture e/o al rimborso degli importi eventualmente versati. Secondo altro orientamento consolidato, infatti, la fattura è soltanto 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 dati reali. Compete 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., n. 10313/2004), altrimenti l'utente ha il diritto allo storno della fattura stessa e/o al rimborso degli importi eventualmente versati (cfr. Agcom delibera 14/10/CIR).

Nel caso in esame, a fronte dell'asserita correttezza degli importi fatturati per traffico roaming extra UE, non risulta depositato agli atti alcuna allegazione da parte di Tim, sebbene a ciò onerata, idonea a dimostrare la correttezza della fatturazione, né alcuna prova circa l'informativa del raggiungimento della soglia, del traffico residuo disponibile e del passaggio ad eventuale altra tariffa ed al relativo prezzo al superamento del plafond, né alcuna comunicazione circa l'adozione di tutte le misure idonee alla protezione della rete volte a scongiurare frodi e a evitare furti di traffico per il che dovrà restituire ovvero stornare le somme illegittimamente detratte (cfr. Co.re.com. Marche Delibera n. 6/2021).

Per tutto quanto sopra esposto ed in considerazione della condotta posta in essere dalla società, che non è risultata conforme alla normativa di settore che disciplina la fattispecie oggetto della presente controversia, né alle citate disposizioni del codice civile, considerato che l'utente, in mancanza di qualsivoglia alert, sia stato in buona fede convinto che il traffico generato fosse ricompreso nell'opzione tariffaria, si ritiene di accogliere la richiesta dell'istante di storno della posizione debitoria in relazione alla fattura n. 7X00755XXX del 14 febbraio 2020. Pertanto la TIM è tenuta allo storno all'istante, dell'importo di euro 1.893,00+ IVA, addebitato per traffico dati extra UE al netto di euro 200,00 quale limite di soglia di traffico dati ex art. 2, comma 6, della Delibera 326/10/CONS e di € 254,00 + IVA addebitato per traffico voce extra UE, per un importo complessivo pari ad € 2.147,00.

Le altre fatture prodotte dall'istante sono dovute in quanto la fattura n. 7X01509XXX del 15 aprile 2020 presenta voci relative ad abbonamenti fruiti sulle linee mobili intestate all'istante, mentre la fattura n. 7X02946XXX del 14 agosto 2020 addebita una somma a titolo di indennità di mora per il ritardato pagamento dei conti 2 e 3/2020, che è dovuta in quanto l'istante non ha saldato neanche le somme non oggetto di contestazione.

Non può però essergli riconosciuto alcun indennizzo in relazione all'addebito di importi a titolo di traffico extrasoglia, in quanto si ritiene che ogni questione e

contestazione relativa alla fatturazione sia risolta mediante il riconoscimento del diritto allo storno/rimborso, che è di per sé sufficiente a compensare il disagio subito dall'utente.

In merito alla richiesta di indennizzo per mancata risposta ai reclami, dalla documentazione esaminata emerge un primo reclamo del 3 marzo 2020, a mezzo PEC, riscontrato dall'operatore con missiva del 16 marzo 2020 che l'istante contesta di aver ricevuto e di cui la resistente non ha fornito prova dell'avvenuta ricezione. Cosicché, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, della Delibera Agcom n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2), secondo cui l'operatore deve fornire l'esito del reclamo entro il termine indicato nel contratto, e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto con motivazione adeguata, l'istante ha diritto al riconoscimento di un indennizzo per mancata risposta al reclamo, in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2. Per la determinazione dell'indennizzo, si applica l'art. 12, comma 1 e 2, dell'Allegato A della Delibera Agcom n. 347/18/CONS che ha modificato il Regolamento Indennizzi di cui all'All. A) della Delibera 73/11/CONS. Nel caso di specie, il ritardo accumulato dall'operatore va rapportato al periodo compreso tra il 29 aprile 2019 (data del primo reclamo) e il 15 ottobre 2020 (data del tentativo di conciliazione), corrispondente a oltre un anno di ritardo. Perciò si riconosce all'utente un indennizzo di € 300,00 (trecento /00) tetto massimo previsto dal Regolamento. L'istante successivamente ha reiterato le proprie doglianze presentando ulteriori reclami, alcuni non riscontrati e altri riscontrati con missive mai ricevute in quanto inviate ad un indirizzo errato, ma poiché hanno ad oggetto il medesimo disservizio l'indennizzo è computato in maniera unitaria, secondo quanto previsto dall'art. 12, comma 2, dell'Allegato A della Delibera Agcom n. 347/18/CONS.

Per tutto quanto sopra:

PRESO ATTO della proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Dott. Maurizio Priolo, resa ai sensi dell'art. 20 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, di cui alla Delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018 e succ. modifiche e integrazioni;

UDITO il Presidente, nell'odierna seduta, il Comitato all'unanimità

DELIBERA

Articolo 1

1. la società Tim (Kena mobile)XXX è tenuta a provvedere alla regolarizzazione della posizione amministrativa-contabile della società istante XXX, mediante lo storno degli importi addebitati a titolo di traffico extra-soglia nella fattura n. 7X00755XXX del 14 febbraio 2020, così come indicati nel corso della trattazione. La società Tim (Kena mobile) XXX è tenuta altresì a liquidare alla società istante, mediante assegno o bonifico bancario, la somma di € 300,00 (trecento/00), a titolo di indennizzo per mancata risposta

ai reclami, oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presenta presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

2. La società Tim XXX (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.

3. Ai sensi dell'art. 20, comma 3, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti 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.

4. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, ai sensi dell'art. 20, comma 5, del citato Regolamento.

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 e del Co.re.com.

Reggio Calabria, 10 Novembre 2022

IL PRESIDENTE

Avv. Fulvio Scarpino

Firmato
digitalmente da

Fulvio Scarpino

CN = Fulvio
Scarpino
C = IT