

DELIBERA N. 1

**COMUNE DI XXX / TIM XXX (KENA MOBILE)
(GU14/73063/2019)**

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 e successive modifiche ed integrazioni, 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 Assemblee 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 COMUNE DI XXX del 24/01/2019 acquisita con protocollo n. 0031570 del 25/01/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la relazione istruttoria del Responsabile del Procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante rappresenta di aver sottoscritto il contratto Multibusiness "M2M per applicazioni" al costo di Euro 10,00 al mese per contributo di attivazione, esente da tassa di concessione governativa. Diversamente da quanto concordato sono state emesse dalla società resistente fatture di importi diversi e maggiori di quelli pattuiti, con applicazione di costi per servizi aggiuntivi a sovrapprezzo (MMS, dati wap etc) mai richiesti, né mai effettuati. In particolare nella fattura n. 7X05456XXX viene addebitato l'importo di Euro 1.291,50 a titolo di costi per il servizio MMS ed Euro 4,86 per il servizio dati wap, la fattura n. 7X00691XXX riporta la somma di Euro 3.639,50 di costi per il servizio MMS e la fattura successiva n. 7X01697XXX contabilizza MMS per Euro 2.314,50 e Euro 0,20 di dati wap, somme tutte addebitate oltre IVA.

Sulla base di tale ricostruzione dei fatti, l'istante ha presentato le seguenti richieste: 1) storno delle fatture n. 7X05456XXX, 7X00691XXX e 7X01697XXX e di tutte quelle insolute; 2) rimborso di tutte le somme pagate per i servizi a sovrapprezzo contestati con eventuale ritiro della pratica dal recupero crediti a spese e cura dell'operatore; 3) indennizzi per attivazione di servizi non richiesti e per ritardo della risposta ai reclami; 4) invio della documentazione attestante il traffico addebitato per i servizi a sovrapprezzo in contestazione in maniera dettagliata.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore evidenzia che gli addebiti disconosciuti dall'utente sono stati generati da traffico MMS. Tale traffico risulta essere corretto in quanto generato dalla Sim assegnata all'utente. A tale proposito la società resistente precisa che a partire dal momento dell'attivazione del servizio, tutte le comunicazioni (Traffico Fonia, WAP, GPRS, SMS, MMS) effettuate tramite le utenze assegnate al cliente si presumono effettuate dallo stesso o con il suo consenso, e questo anche in virtù del fatto che alla carta Sim è associato un codice di accesso personale (PIN) che tutela il titolare della SIM da utilizzatori abusivi.

L'operatore pertanto respinge ogni responsabilità, in quanto non emergerebbero da parte sua inadempimenti, mentre appare censurabile la condotta dell'istante che ha omesso il pagamento di numerosi conti telefonici accumulando una elevata morosità, venendo meno ai propri obblighi contrattuali, in quanto il rapporto di utenza telefonica si

fonda sullo scambio di due ordini di prestazioni: da una parte vi è la prestazione del gestore del servizio, diretta alla somministrazione continuativa di quanto richiesto, dall'altra l'obbligazione dell'utente al pagamento delle utilità godute.

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

Successivamente, l'istante 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 ed integrazioni, una memoria con cui, oltre ad insistere nelle richieste già formulate, ha contestato le deduzioni avversarie, rappresentando di non aver mai richiesto l'attivazione del servizio MMS e comunque questo non era incluso nel profilo tariffario cui l'istante ha aderito, né l'operatore ha fornito prova della richiesta di attivazione. L'istante evidenzia inoltre che la società convenuta avrebbe dovuto comunque avvisare l'utente dei costi extra soglia eccessivi maturati per il servizio MMS e che la risposta al reclamo dell'istante è stata evasiva, non avendo fornito alcuna spiegazione in merito alle modalità di attivazione del servizio, né in ordine al traffico sconosciuto.

3. Motivazione della decisione

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

In relazione alla richiesta di storno delle fatture insolute e di rimborso delle somme pagate a titolo di servizi a sovrapprezzo mai attivati dall'utente, dalla verifica delle fatture depositate dall'istante emerge che in esse vengono addebitati costi per il servizio MMS ovvero di un servizio c.d. "Premium". Si tratta di servizi che possono essere forniti dall'operatore via Sms/Mms o attraverso connessione dati da rete fissa (WEB) o in mobilità (WAP) che si possono attivare, ricevere e/o fornire sul telefono cellulare. Tali servizi, sebbene risultino associati alla propria Sim, abilitata all'attivazione degli stessi, non sono compresi nell'addebito mensile richiesto per l'utilizzo dell'offerta di telefonia mobile attiva sul cellulare fornita dall'operatore stesso. L'attivazione dei suddetti servizi a sovrapprezzo avviene da parte dell'utente seguendo una procedura che presuppone il suo consenso. La compagnia telefonica preventivamente deve richiedere all'utente di voler aderire all'offerta in modo esplicito e non può attivare alcun servizio senza che lo stesso sia reso edotto di aver attivato servizi a pagamento.

A tale proposito occorre evidenziare che il Codice del Consumo, così come da ultimo riformato in attuazione della Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, in particolare stabilisce che prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista deve chiedere il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha dedotto utilizzando opzioni prestabilite, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento. Ancora, l'art. 7, comma 5, della Direttiva di cui alla Delibera Agcom 179/03/CSP stabilisce che: " *gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalla conseguenze economiche e pregiudizievoli delle attivazioni di servizi non richiesti e che in caso di contestazione, ove l'operatore non sia in grado di dimostrare,*

nelle forme dovute, la ricezione di una richiesta dell'utente ovvero le eventuali problematiche tecniche – non imputabili all'operatore stesso – che hanno determinato l'attivazione contestata, l'utente ha diritto allo storno dei corrispettivi addebitati per il traffico generato con l'operatore responsabile, nonché ad un indennizzo proporzionato al disservizio causato, per ogni giorno di attivazione del servizio non richiesto". Inoltre in base alla Delibera n. 47/13/CIR, di recente modificata dalla Delibera n. 108/19/CONS, con cui l'Autorità ha adottato un codice di condotta per l'offerta dei Servizi Premium SMS/MMS, il cliente, dopo aver espresso la volontà di attivare il servizio mediante il click esplicito sul tasto di attivazione, riceve sempre a conferma dell'avvenuta attivazione un sms gratuito informativo in ordine alle caratteristiche del servizio con indicati i costi e le modalità di disattivazione, il c.d. Welcome Sms. Ma nel caso di specie l'operatore non ha prodotto il suddetto messaggio o altra documentazione da cui emergerebbe l'espressa ed inequivocabile volontà dell'istante di attivare il servizio a sovrapprezzo de qua e di accettarne i costi e le condizioni contrattuali. Quindi, in difetto di prova contraria, deve affermarsi l'esclusiva responsabilità della resistente ex art. 1218 del codice civile per l'indebita attivazione di servizi a pagamento non richiesti con il conseguente diritto per l'utente ad un indennizzo proporzionato al disagio causato ed allo storno (o al rimborso, qualora il relativo pagamento risulti essere già stato effettuato) di quanto addebitatogli a tale titolo. Nessun fondamento può essere attribuito all'eccezione sollevata dall'operatore in base alla quale a partire dal momento dell'attivazione del servizio, tutte le comunicazioni effettuate tramite le utenze assegnate al cliente si presumono effettuate dallo stesso o con il suo consenso, in quanto le condizioni contrattuali dell'offerta sottoscritta dall'istante, da cui trae origine la suddetta eccezione si riferiscono alle comunicazioni in generale.

Tanto precisato, attesa la condotta inadempiente da parte dell'operatore alla luce della normativa sopra citata, è ragionevole accogliere la domanda dell'utente e quindi riconoscere che egli ha diritto al rimborso (ovvero, ove non fossero state saldate, allo storno) delle somme addebitate per servizi a sovrapprezzo. Per cui, relativamente alle fatture n. 7X05456XXX, 7X00691XXX e 7X01697XXX, allegata dall'istante, la società resistente dovrà restituire o/stornare gli importi addebitati a titolo di MMS e dati Wap per un importo complessivo di € 7.255,56 (settemiladuecentocinquantacinque/56) oltre IVA.

L'utente, nonostante la responsabilità dell'operatore, non ha però diritto ad alcun indennizzo per l'attivazione dei servizi non richiesti, in quanto si tratta di servizi digitali che, secondo quanto evidenziato di recente dall'Autorità nella Delibera 29/17/CIR, devono ritenersi diversi dai servizi di comunicazione elettronica cui si riferiscono gli indennizzi di cui all'All. A alla delibera n. 73/11/CONS e successive modifiche ed integrazioni. Per indirizzo AGCOM (si veda in proposito il parere Prot. 19566 del 12 aprile 2016) i c.d. "servizi Premium" non solo non coincidono con la definizione di "servizi di comunicazione elettronica", di cui all'art. 1 sia del Regolamento di procedura e sia del Regolamento in materia di indennizzi, ma anzi da detta definizione sono espressamente esclusi, giacché trattasi di servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazioni elettroniche. Ne discende, dunque, che la fornitura di contenuti digitali Premium non può essere ricompresa tra le fattispecie per le

quali è applicabile l'apparato indennitario predisposto nell'ambito della definizione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, attesa l'impossibilità tecnico-giuridica di qualificare tali contenuti quali servizi di comunicazione elettronica, sebbene accessori.

Si rigetta infine la richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo, atteso che l'operatore ha riscontrato il reclamo del 14 febbraio 2018 nei termini previsti dalla normativa di settore con la missiva del 14 marzo 2018, allegata dall'istante il quale non ne ha contestato il ricevimento.

Da ultimo, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 20, comma 6, del Regolamento, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) considerato che tutta la procedura si è svolta tramite la piattaforma del "Concilia Web", e che l'istante ha presenziato all'udienza di discussione tramite collegamento in audioconferenza.

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 XXX (Kena Mobile) è tenuta a stornare e/o rimborsare all'utente le somme addebitate a titolo di MMS e dati WAP nelle fatture n. 7X05456XXX, 7X00691XXX e 7X01697XXX per un totale pari ad € 7.255,56 (settemiladuecentocinquantacinque/56) oltre IVA, con eventuale ritiro della pratica di recupero credito. La società resistente è tenuta inoltre a liquidare, tramite assegno o bonifico a favore dell'istante, la somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura.

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