

DELIBERA N. 52/2020 XXX / TIM X (KENA MOBILE) (GU14/114684/2019)

Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del Corecom Emilia-Romagna del 08/04/2020;

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, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”

VISTA la delibera n. 296/18/CONS, recante “*Modifiche alla delibera n. 203/18/CONS con riferimento all’entrata in funzione della piattaforma ConciliaWeb*”;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma ConciliaWeb, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”;

VISTA la delibera n. 347/18/CONS, recante “*Modifica del Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all’Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS*”;

VISTA la delibera 353/19/CONS, recante “*Modifica del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re. Com.)*”;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l'Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l'istanza di XXX del 24/04/2019 acquisita con protocollo n. 0179462 del 24/04/2019;

VISTA la relazione istruttoria della Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 08/04/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

A seguito dell'udienza di conciliazione del 05/02/2019, l'utente ha presentato istanza di definizione, come indicato in premessa, lamentando nei confronti di Tim X (Kena mobile) (di seguito Tim) quanto segue:

- di aver ricevuto, per l'utenza 335xxx340, pur avendo optato per una tariffa prepagata, fatture con costi esorbitanti – in particolare n. 7X01047872 del 14/08/2017 di € 2.384,26, n. 7X02598999 del 14/06/2018 di € 3.862,37, n. 7X03568904 del 14/08/2018 di € 1.545,40, n. 7X04438353 del 12/10/18 di € 3.294,72

– che ha provveduto a contestare all'operatore - rispettivamente con le raccomandate del 28/09/2017, del 12/07/2018, del 21/09/2018 e del 20/11/18 - lamentando i relativi errati addebiti di traffico senza l'adozione di alcuna misura di controllo o precauzionale in caso di traffico non rispondente a quello usualmente consumato;

- che, anche a seguito dell'istanza di conciliazione del 21.11.2018, Tim persisteva nell'invio di fatture dagli importi esorbitanti, facendo pervenire la fattura n. 7X05385973 del 14.12.2018 di euro 2.727,56;

- che Tim non ha fornito prova di aver ricevuto l'asserito fax di richiesta di passaggio in abbonamento dell'utenza in questione.

In base a tali premesse, ha richiesto l'annullamento delle fatture nn. 7X02598999 del 14/06/18 di € 3.862,37; 7X03568904 del 14/08/18 di € 1.545,40; n. 7X04438353 del 12/10/18 di € 3.294,72, n. 7X05385973 del 14/12/18 di euro € 2.727,56 nonché il rimborso della fattura n. 7X01047872 del 14/08/17 di € 2.384,26.

2. La posizione dell'operatore

Tim, con propria memoria difensiva, ritiene infondate in fatto e in diritto le doglianze di parte istante, dichiarando quanto segue.

Precisa, anzitutto, che gli addebiti oggetto della contestazione non afferiscano a traffico dati in roaming extra-soglia – come tale regolato dalla Delibera 326/10/CONS – bensì a traffico voce/fonia internazionale, ovvero a chiamate originate da una linea di rete mobile TIM che si trova in Italia e dirette verso un numero estero (fisso e mobile), per cui non sono previste né soglie “di sbarramento” né oneri informativi in capo al gestore in caso di superamento di limiti di spesa.

In merito all'asserzione circa la natura “prepagata” della linea de quo, l'operatore evidenzia che l'istante, con fax del 1.12.2017, ha richiesto la variazione del profilo tariffario e il passaggio ad utenza in abbonamento, accettando le Condizioni generali di contratto Multibusiness, che all'art. 3 specificano che: “il Cliente, mediante l'utenza fornita ...è abilitato ad effettuare video-chiamate sia nazionali che internazionali” nonché “traffico fonia, sms e dati in Roaming Internazionale” alle condizioni di cui all'Allegato 1 e/o 1 bis ...”, ove sono specificati tutti i costi previsti, tra cui, il traffico fonia internazionale.

Tim sostiene, pertanto, di aver fornito all'utente tutte le informazioni circa i costi previsti per tale tipologia di traffico, dovendosi, dunque, ritenere priva di fondamento la doglianza dell'istante relativa alla violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Tim aggiunge che il traffico è stato maturato nella piena consapevolezza dell'istante dei costi conseguenti al traffico fonia -e dati- internazionale, dato che, con la presente, è la terza istanza presentata per le medesime fattispecie reiterate nel tempo, e che tutti i costi addebitati rispecchiano la quantità di traffico cui l'utente ha usufruito, come si evince chiaramente dal dettaglio del traffico presente sulle fatture ad oggi insolute.

Evidenzia di aver dato riscontro, con le mail del 4.09.2018 e del 23.10.2018, ai reclami avanzati dall'istante, comunicandogli che l'utenza de quo era di tipo “abbonamento” e che gli addebiti erano corretti e riferibili a traffico fonia internazionale.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono trovare parziale accoglimento come di seguito precisato.

Non è, anzitutto, accoglibile la richiesta di rimborso della fattura n. 7X01047872 del 14/08/2017 di euro 2.384,26, che l'istante ha contestato all'operatore, con raccomandata a.r. del 18.09.2017, per l'errato addebito di traffico roaming dati oltre soglia e non autorizzato, dichiarando che, nel periodo compreso dal servizio fatturato, il cellulare con l'utenza de quo non era attivo. Si richiama in merito quanto stabilito, in linea con l'orientamento costante dell'Autorità Garante, dalla delibera n. 70/12/CIR: “La domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente: ... per ottenere il rimborso di spese asseritamente versate occorre fornire prova chiara dei pagamenti effettuati ...”. Considerato che, nel caso di specie, l'istante non ha fornito alcuna prova in merito all'avvenuto pagamento della

fattura de quo, si ritiene di non poter accogliere la relativa richiesta di rimborso (si veda questo Corecom, ex multis, determina n. 2/2017).

Si accoglie parzialmente, come di seguito esposto, la richiesta di storno delle seguenti fatture: n. 7X02598999 del 14/06/2018 di € 3.862,37, n. 7X03568904 del 14/08/2018 di € 1.545,40, n. 7X04438353 del 12/10/18 di € 3.294,72 – che l'istante risulta aver contestato rispettivamente con le raccomandate del 12/07/2018, del 21/09/2018 e del 20/11/18 - nonché n. 7X05385973 del 14.12.2018 di euro 2.727,56 pervenuta successivamente all'istanza di conciliazione del 21.11.2018.

Nelle citate raccomandate di reclamo, così come in istanza, l'utente contesta di essersi visto addebitare i sopra riportati importi pur avendo optato per un piano tariffario prepagato e lamenta la violazione di disposizioni normative e del precetto di buona fede nell'esecuzione del contratto da parte dell'operatore, che in presenza di traffico anomalo avrebbe dovuto adottare le misure necessarie al controllo del traffico e che, comunque, in presenza di addebiti esorbitanti o rilevando un traffico non rispondente a quello usualmente consumato, avrebbe dovuto adottare le precauzioni per la tutela dell'utente (come inviare anticipatamente la bolletta telefonica con gli effettivi consumi o in alternativa sospendere precauzionalmente il servizio).

I suddetti reclami risultano riscontrati da Tim che, nelle mail del 4.09.2018 e del 23.10.2018. Si premette un sintetico quadro delle principali disposizioni normative che disciplinano la materia relativa a trasparenza tariffaria e controllo della spesa.

I principi cardine in materia di trasparenza tariffaria si rinvencono nell'art. 2, comma 2 lettera c) del D.Lgs n. 206/2005 (Codice del Consumo) – che annovera tra i diritti fondamentali del consumatore quello “ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità” – e nell'art. 1, comma 2, della legge n. 40/2007 (“legge Bersani”), che prevede che la proposta dell'operatore “deve evidenziare tutte le voci che compongono l'offerta”. Tali disposizioni sono state attuate da Agcom a partire dalle delibere n. 179/03/CSP – che prescrive il contenuto minimo e le modalità delle informazioni da fornirsi agli utenti prima della sottoscrizione del contratto - e n. 96/07/CONS che impone agli operatori di formulare condizioni economiche trasparenti idonee ad evidenziare tutte le voci che compongono l'effettivo costo del traffico telefonico.

In materia di controllo della spesa, si rimanda all'art. 6, comma 1, allegato A, della citata delibera 179/03/CSP che prevede: “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”, lasciando, al successivo comma 2, impregiudicato il diritto dell'operatore di adottare rimedi contrattuali in autotutela in caso di traffico anomalo . Più in particolare, relativamente alle offerte ad usufruire a titolo oneroso di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempi e di volume (cd. traffico prepagato), la delibera Agcom n. 126/07/CONS dispone che l'operatore è tenuto ad informare l'utente, in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità dell'imminente ripristino delle condizioni previste nell'offerta sottoscritta (cfr, ex plurimis, anche le delibere n. 418/07/CONS e n. 381/08/CONS).

Infine, per quanto concerne, specificamente il traffico dati in roaming, si rimanda alla delibera Agcom n. 326/10/CONS che, in linea con il Regolamento (CE) n. 544/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009, ha introdotto una serie di misure regolatorie volte a garantire agli utenti un controllo effettivo della spesa e, in particolare,

la predisposizione di specifici sistemi di allerta per il consumatore e di meccanismi di blocco del servizio di trasmissione dati al raggiungimento di un determinato importo. Come evidenziato da Agcom nell'atto di indirizzo di cui alla delibera 75/10/CIR, le disposizioni espone - volte, da un canto, a garantire il corretto funzionamento del mercato nel settore delle comunicazioni elettroniche e, dall'altro, a tutelare gli utenti dal compimento di scelte inconsapevoli con la previsione di specifici obblighi di trasparenza in capo agli operatori - integrano quanto in via generale previsto dal codice civile in materia di contratti.

Restano pertanto comunque fermi i principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali, e, in particolare, quanto prescritto dagli articoli 1175 e 1375 c.c. rispettivamente in materia di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto. 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» (ex plurimis: Cass., n. 5240/2004; Cass., n. 14605/2004). Il principio mette capo, quindi, ad un criterio di reciprocità che, nel quadro dei valori sanciti dalla Carta Costituzionale, costituisce specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" tutelati dall'articolo 2 della Costituzione; 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 (Cass. n. 18947/2005).

Stante la richiamata normativa, occorre, anzitutto, chiarire l'oggetto del contratto applicabile al caso in esame.

Dall'istruttoria risulta che la parte istante sostiene che la linea ha natura prepagata mentre l'operatore eccepisce che, con fax del 1.12.2017, l'utente ha richiesto la variazione del profilo tariffario e il passaggio in abbonamento; l'istante replica che non sussiste alcuna prova del ricevimento da parte dell'operatore della richiesta di variazione contrattuale. Secondo l'art. 2, comma 5, del regolamento approvato con delibera Agcom n. 664/06/CONS, "la volontà inequivoca del titolare dell'utenza telefonica di concludere il contratto deve risultare da un modulo ovvero altro documento contrattuale, anche elettronico, recante la data dell'avvenuto accordo e la relativa sottoscrizione del titolare dell'utenza ...".

Da orientamento costante Agcom e Corecom incombe sull'operatore l'onere della prova in merito alla conclusione del contratto. In particolare, quando l'utente attiva il procedimento avanti l'Autorità, contestando la conclusione di un contratto, come appunto nel caso in esame, scatta a carico del gestore uno specifico onere probatorio sull'esistenza del contratto e della relativa variazione.

Nel caso di specie, Tim risulta aver adempiuto al suddetto onere, depositando agli atti del presente procedimento la proposta di attivazione associata al contestato numero 335xxx340 (nei dettagli tecnici dell'offerta risulta in particolare: "variazione") del contratto Multibusiness - con Servizio Tim Europa 15 gb + Tim Roaming Mondo Full a

50,00 euro – che risulta firmata in data 01.12.2017 dall'istante ed inviata da quest'ultimo nel medesimo giorno.

L'operatore ha, altresì, prodotto le Condizioni generali di contratto Multibusiness – che risultano accettate dall'utente – i cui Allegati 1 e 1 bis specificano i costi in relazione alle diverse tipologie di traffico tra cui, in particolare, quelle concernenti l'oggetto della contestazione in esame ossia il traffico da roaming e quello da fonia internazionale, comprendente “le chiamate originate da linea mobile che si trova in Italia e dirette verso un numero estero (fisso e mobile)”.

Si evidenzia che per ognuna delle sopra richiamate fatture contestate Tim ha provveduto a depositare agli atti del presente procedimento i relativi dettagli dei dati di traffico, sulla cui fruizione l'istante non risulta aver replicato alcunchè.

Si rileva infine che quanto addebitato sulle fatture contestate non può ritenersi “non rispondente al traffico usualmente consumato abitualmente” dall'istante, dal momento che risulta che quest'ultimo ha presentato innanzi a questo Corecom altre due precedenti istanze di definizione nei confronti di Tim con oggetto analogo (contestazione fatturazioni con addebiti esorbitanti), la prima definizione presentata il 01/06/2012 a seguito di udienza di conciliazione del 08.03.2012, la seconda definizione presentata il 01/06/2017 a seguito di udienza di conciliazione del 06/03/2017, entrambe concluse con accordo in sede di udienza di discussione ex art. 16 c. 4 del. Agcom n. 173/07/CONS (rispettivamente la prima con verbale del 23/10/2013 e la seconda con verbale del 5/12/2017).

Per quanto esposto, si conclude, dunque, che al momento della stipula contrattuale, Tim risulta aver fornito all'utente una chiara ed idonea informativa circa i costi e le condizioni di offerta ai sensi della richiamata normativa. Si rileva, però, che, in costanza di rapporto, l'operatore, a fronte del traffico prodotto, non risulta aver effettuato alcuna ulteriore verifica se non altro per accertarsi che lo stesso non fosse generato da anomalie di sistema. Considerato, quanto esposto - conformemente a quanto già disposto in casi dalla scrivente Autorità (Corecom E.R. delibera n. 24/19) e da altri Corecom (si veda Corecom Lombardia delibera n. 16/17 e n. 17/18) -, si può ipotizzare un concorso di colpa relativo al caso in esame.

Un discorso a parte va fatto per l'addebito a titolo traffico per roaming sulle fatture contestate, da stornarsi per la parte eccedente il costo di cui alla tariffa “Tim Roaming Mondo Full a 50,00 euro” prevista nella suddetta variazione contrattuale del 1.12.2017 e comunque entro i limiti di cui alla richiamata delibera Agcom n. 326/10/CONS.

Riguardo alle fatture n. 7X02598999 del 14/06/18 di € 3.862,37, n. 7X03568904 del 14/08/18 di € 1.545,40, n. 7X04438353 del 12/10/18 di € 3.294,72, n. 7X05385973 del 14/12/18 di euro € 2.727,56, si ritiene, pertanto, di stornare le somme addebitate a titolo di roaming eccedenti la tariffa prevista nella variazione contrattuale del 1.12.2017 o i limiti di soglia di cui alla suddetta delibera nonché il 50% del restante importo addebitato.

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di XXX contro Tim X (Kena mobile) per le motivazioni di cui in premessa.

2. Tim X (Kena mobile) è tenuta a stornare le somme a titolo di roaming eccedenti la tariffa prevista nella variazione contrattuale del 1.12.2017 o i limiti di soglia di cui alla delibera Agcom n. 326/10/CONS nonché il 50% del restante importo addebitato sulle seguenti fatture: n. 7X02598999 del 14/06/18, n. 7X03568904 del 14/08/18, n. 7X04438353 del 12/10/18 e n. 7X05385973 del 14/12/18.

3. Tim X (Kena mobile) è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento della presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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.

Bologna, 08.04.2020

FIRMATO

IL PRESIDENTE

Stefano Cuppi