

DELIBERA N. 88/20

**XXXX XXXX / TIM SPA (KENA MOBILE)
(GU14/36012/2018)**

Corecom Lombardia

NELLA riunione del Corecom Lombardia del 27/05/2020;

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. 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. 296/18/CONS;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni, in particolare l’art. 10; RICHIAMATO l’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 21 novembre 2017; VISTO il testo della Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate tra l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Co.Re.Com. Lombardia, sottoscritta in data 29 dicembre 2017; VISTA la delibera del CORECOM Lombardia 7 novembre 2013, n. 63 (Regolamento interno);

VISTA l’istanza di XXXX XXXX del 25/10/2018 acquisita con protocollo n. 0169318 del 25/10/2018;

VISTI gli atti del procedimento;



CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

Nell'istanza presentata in data 25 ottobre 2018, la società XXXX XXXX ha rappresentato quanto segue: “Da un controllo tecnico amministrativo, effettuato con una società specializzata in Telecomunicazioni è emerso che Tim ci ha addebitato per traffico dati estero, importi elevati, in violazione alla Normativa 326/10/Cons. per un addebito totale di Euro 4.398,18 + iva”. Alla luce di quanto esposto, XXXX XXXX formula le seguenti richieste: applicazione della Delibera 326/10/Cons, con addebito massimo mensile per sim pari ad Euro 50,00 + iva. - Quantificazione dei rimborsi o indennizzi richiesti (in euro): 4000.0. Nella memoria ritualmente depositata XXXX XXXX ha evidenziato che la mancata applicazione della Delibera 326/10/Cons (con la conseguente impossibilità di avvalersi delle soglie di consumo e dei meccanismi di alert dalla stessa previsti) ha determinato addebiti consistenti e che a fronte delle richieste di chiarimenti ai commerciali di Tim, questi hanno sempre confermato la regolarità e correttezza della fatturazione. Solo grazie all'intervento di una società specializzata nel settore delle telecomunicazioni, XXXX XXXX ha verificato l'illegittimità di quanto addebitato da Tim.

2. La posizione dell'operatore

Nella memoria depositata in data 10 dicembre 2018, Tim ha esposto quanto segue. “Preliminarmente, preme evidenziare che le fatture oggetto del presente GU14 non sono mai state contestate da XXXX XXXX prima dell'instaurazione del procedimento di conciliazione innanzi al Corecom e ciò comporta che TIM, anche in forza di quanto previsto dall'art.123,c.1 del dlgs 196/2003 non ha salvato il traffico telefonico da cui è possibile verificare se è stata raggiunta la soglia massima prevista da TIM e, in caso positivo, se l'utente ha chiesto lo sblocco delle utenze una volta raggiunta detta somma. [...] A tale proposito, l'Agcom, con la determina n.49/15/DIT, in aderenza a quanto disposto dall'art.123 del Codice della Privacy, ha chiaramente statuito che “gli operatori telefonici in presenza di una contestazione scritta possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre e pertanto, dovendo consentire agli stessi l'esercizio pieno del proprio diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato il reclamo” . Il principio appena esposto è stato in plurime occasioni riconfermato da AgCom – vedasi ex multis la Determina n. 100/17DTC – come corollario indefettibile per il pieno esercizio del diritto di difesa del Gestore, che si troverebbe altrimenti impossibilitato a sostenere documentalmente il proprio impianto probatorio, palesando così un imperdonabile vulnus di un diritto costituzionalmente garantito. Per tale ragione, ai fini del presente procedimento, coerentemente con la normativa in materia, potranno essere prese in considerazione solo le fatture relative ai 6 mesi precedenti il mese di giugno 2018, mese in cui è stata protocollata l'istanza di conciliazione depositata dall'utente. Le fatture relative ai 6 mesi precedenti risalirebbero quindi al dicembre 2017. Controparte, invece, pretestuosamente, chiede il rimborso per traffico dati di fatture molto più datate,

e più precisamente del 4-5° bimestre 2013 e del 2°-6° bimestre 2014, rispetto cui controparte non ha mai reclamato alcunché. Si precisa, infatti, che le fatture non sono neppure mai state contestate entro i termini previsti dall' art. 23 delle Condizioni Generali di Abbonamento Tim - accettate dall'istante al momento della conclusione del contratto - ed inoltre, come se ciò non bastasse, sono anche state saldate, dal che deriva, come da pacifico orientamento giurisprudenziale, che “quando il rapporto tra le parti non è contestato, la fattura può costituire valido elemento di prova quanto alle prestazioni eseguite”. Sul medesimo punto è intervenuta anche la Suprema Corte, con la Sentenza n. 13651 Sez. III del 13.06.2006, statuendo come la fattura non contestata costituisca un valido elemento di prova”. Tutto ciò premesso, TIM s.p.a. chiede il rigetto integrale dell'istanza presentata da XXXX XXXX

3. Motivazione della decisione

L'istanza, in linea generale, soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità. Nel merito, le richieste formulate dalla società XXXX XXXX non risultano meritevoli di accoglimento per le ragioni qui di seguito esposte. La società istante lamenta la fatturazione di importi per traffico in roaming internazionale, addebitati in violazione di quanto stabilito dalla Delibera 326/10/CONS, di cui chiede il rimborso. Tuttavia, tali addebiti si riferiscono a fatture, ormai saldate, emesse tra il 2013 e il 2014, in merito alle quali non risultano contestazioni della società XXXX XXXX, almeno sino alla presentazione dell'istanza di conciliazione depositata in data 21 giugno 2018 avanti al Corecom Lombardia. Dunque, la prima segnalazione circa l'asserita illegittimità degli addebiti, con la relativa richiesta di rimborso, è intervenuta dopo un considerevole lasso temporale dalla data di emissione delle fatture. Tale mancanza di tempestività, come correttamente evidenziato dalla parte resistente, non ha consentito all'operatore di difendersi in merito alle contestazioni mosse, controllando ad esempio la correttezza dei dati di traffico, giacché, in base alla normativa a tutela della Privacy, in particolare all'art. 123, comma 2, del D.lgs. n. 196/2003, Telecom non ha la possibilità di accedere al traffico effettuato oltre i sei mesi dalla data della contestazione. Come ha precisato Agcom (si veda sul punto, tra le altre, la delibera 89/15/CIR) “l'utente, nell'invocare la tutela di un proprio diritto, deve fornire gli elementi che consentano di individuare la responsabilità del gestore che non ha adottato un comportamento diligente (...). Nel caso di specie, l'istante richiede il rimborso delle fatture ormai saldate, dopo (...) anni dalla loro emissione, non consentendo all'operatore l'esercizio del diritto di difesa in quanto in conformità alla regolamentazione vigente in materia di tutela della privacy, e precisamente, secondo l'articolo 123, comma 2 del d.lgs. n. 196/2003, [l'operatore] non ha la possibilità di accedere al traffico effettuato, oltre i sei mesi dalla data della contestazione”. Alla luce di quanto premesso, non essendo possibile verificare la documentazione di dettaglio del traffico (nonché, ad esempio, l'eventuale invio di sms di accettazione alla prosecuzione del traffico dati), che possa comprovare l'adozione (o la violazione) delle misure introdotte dalla Delibera 326/10/CONS, la richiesta di rimborso formulata dalla parte istante non può essere accolta.

DELIBERA

Articolo 1

1. Il rigetto delle istanze presentate dalla società XXXX XXXX nei confronti della società TIM s.p.a. per le motivazioni di cui in premessa.

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.

Milano, 27 maggio 2020

IL PRESIDENTE