

DETERMINA 2 Fascicolo n. GU14/577735/2023**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX- TIM SpA (Telecom Italia, Kena mobile) IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

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 "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori comunicazioni elettroniche", di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata 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", di seguito Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 194/23/CONS;

VISTO l'Accordo quadro vigente 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;

VISTA la deliberazione del Corecom Piemonte n. 1 del 12 gennaio 2022, con la quale, ai sensi dell'art. 20, comma 7, del Regolamento e dell'Allegato alla deliberazione AGCOM 276/13/CONS, punto III.5.5., il Comitato ha delegato al Dirigente dell'Ufficio la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., "Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, "Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte" e s.m.i.;

VISTO 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, approvato dall'Autorità con delibera n. 427/22/CONS del 14 dicembre 2022;

VISTA la "Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale del Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte in data 10 marzo 2023, e in particolare l'art. 5, c. 1, lett. e);

VISTA l'istanza dell'utente XXX, del 11/01/2023 acquisita con protocollo n. 0006072 del 11/01/2023

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell'istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

Causa modifica delle condizioni generali da parte di Kenamobile "l'eliminazione graduale del 3g "dal 11/07/2022 (Vedi All. 5 risiedo nel comune di XXX) comunicato con sms (vedi All.4 e 5) ho

deciso di cambiare operatore (windH3g) in data 28/06/2022. In data 01/07/2022 Tim mi trasferisce 2,67 (vedi All.3) anziché i 4,67 € che avevo sulla sim XXX (vedi All.1). In data 02/07/2022 faccio reclamo perché contestare i fatti sopra descritti. e per richiedere il dettaglio del traffico per dimostrare il mio credito residuo. (vedi All.2). Tim non riscontra il reclamo e tantomeno restituisce i 2,67 indebitamente prelevati. Richieste: 1) Rimborso dei 2 € di credito residuo indebitamente trattenuto. 2) Indennizzo di 300 € per mancato riscontro al reclamo del 02/07/2022 (vedi All.2). 3) 100 € per le spese di procedura ai sensi dell'art. 19 comma 6, della delibera 173/07/cons.

L'utente si duole dell'importo trasferito a titolo di credito residuo a seguito di portabilità ad altro operatore, esercitata a seguito della mancata accettazione di modifiche unilaterali del contratto disposte da Kena Mobile. Chiede il rimborso di € 2,00, l'indennizzo per il mancato riscontro al reclamo ed il rimborso delle spese di procedura. Le doglianze di parte istante non possono trovare accoglimento in quanto infondate in fatto ed in diritto, per i motivi di seguito esposti. In primo luogo, è bene premettere come l'utente abbia sottoscritto un contratto per il rientro su rete Kena Mobile della propria linea mobile in data 25.07.2019 (doc.n.2). Con la sottoscrizione della suddetta proposta l'istante ha accettato ed aderito alle Condizioni Generali di Contratto per la fornitura del Servizio Mobile Kena (doc.n.3). Doverosamente riportato quanto sopra, occorre contestare le doglianze avversarie che, come si dimostrerà, sono destituite di qualsivoglia fondamento. Segnatamente, come pubblicato sul sito kenamobile nella sezione News e modifiche Contrattuali » Modifica delle condizioni contrattuali, nonché comunicato mediante SMS (prodotto anche da controparte): "progressiva dismissione della Rete 3G, A partire dal 13 giugno 2022, per esigenze legate all'evoluzione delle piattaforme di rete, è stata avviata la progressiva dismissione della rete 3G, che sarà sostituita dall'apiù performante rete in 4G. A seguito della dismissione della rete 3G, si avrà che: I clienti in possesso di dispositivo solo 3G, effettueranno le chiamate con la rete 2G, ma non potranno più navigare utilizzando la rete 3G, riscontrando quindi significativi rallentamenti nella navigazione Internet. I clienti in possesso di un dispositivo 4G non abilitato al VoLTE o non presente nella lista dei dispositivi certificati sulla rete Kena (lista terminali), potranno continuare a navigare in 4G, ma effettueranno le chiamate con la rete 2G e, quindi, non potranno più chiamare e navigare contemporaneamente. Per tutti gli altri clienti Kena, la continuità di servizio sarà garantita senza alcun cambiamento rispetto alla situazione attualmente in essere. Tutte le informazioni di dettaglio sulla dismissione della rete 3G sono disponibili sul sito alla pagina "Spegnimento della Rete 3G" o chiamando il Servizio Assistenza Clienti Kena 181. I clienti che, in conseguenza della dismissione della rete 3G, vedranno modificarsi le condizioni di fruizione dei servizi su rete Kena sono stati informati con una specifica campagna SMS e, qualora non intendano accettare questo cambiamento, ai sensi dell'articolo 98-septies decies, comma 5, del Codice delle Comunicazione Elettroniche (Decreto Legislativo 1 agosto 2003, n. 259), possono recedere dal contratto o passare ad altro operatore, senza penali né costi di disattivazione, dandone comunicazione entro 60 giorni dalla ricezione del suddetto messaggio SMS." Controparte, a seguito della ricezione della comunicazione, ha optato per migrare la propria linea mobile ad altro operatore. Kena Mobile, conseguentemente, ha trasferito il credito residuo presente sulla SIM post migrazione. Il credito allora presente ammontava ad € 4,67 e Kena correttamente trasferito l'importo di € 2,67. Infatti, l'art. 4.4. delle Condizioni Contrattuali Kena, prevede espressamente quanto segue: "Nel caso di richiesta del Servizio di Portabilità verso altro Operatore Mobile e contestuale richiesta di trasferimento del Credito Residuo presente sulla SIM Kena Mobile, TIM verificherà l'entità del Credito Residuo al momento della realizzazione del cambio Operatore e comunicherà l'importo che dovrà essere riconosciuto al Cliente al netto del traffico in omaggio, del credito maturato in virtù di sconti, bonus e/o promozioni, nonché del costo di € 2,00 per le spese sostenute per la fornitura del Servizio di Trasferimento." È dunque espressamente previsto dalle condizioni contrattuali che, all'atto di trasferimento del credito, Kena trattenga l'importo pari ad € 2,00 a titolo di spese sostenute per la fornitura del Servizio di Trasferimento. Ad abundantiam, il sopracitato costo viene riportato ed esplicitamente indicato sul sito istituzionale dell'operatore (doc.n.4). Riepilogando, il costo di € 2,00, trattenuto da Kena per le spese del Servizio di Trasferimento del credito, è contrattualmente previsto e, dunque, pienamente corretto. Per tale ragione, la domanda avversaria non potrà che essere rigettata. Parimenti infondata è la richiesta di indennizzo per mancato riscontro al reclamo. Kena ha infatti fornito riscontro a controparte via PEC in data 4.07.2022 (doc.n.5). Non potranno neppure essere riconosciute le spese di procedura, considerato che il procedimento di risoluzione delle controversie tramite la piattaforma Conciliaweb è completamente gratuito e che non risulta al fascicolo documentazione attestante spese di procedura giustificate (Conforme è il recente costante orientamento Agcom, si vedano, ex multis, delibere nn. 223/20/CIR, 220/20/CIR, 208/20/ CIR). Alla luce di quanto esposto è evidente la correttezza dell'operato di TIM SpA che, dunque, dovrà essere

esentata da qualsivoglia addebito di responsabilità. Tutto ciò premesso, Tim SpA come sopra rappresentata e difesa CHIEDE previa conferma della correttezza dell'operato di Tim, che l'Autorità adita rigetti le domande avversarie. In data 23/03/2023 l'istante così replica: "In riferimento" L'utente si duole dell'importo trasferito a titolo di credito residuo a seguito di portabilità ad altro operatore, esercitata a seguito della mancata accettazione di modifiche unilaterali del contratto disposte da Kena Mobile. Chiede il rimborso di € 2,00, l'indennizzo per il mancato riscontro al reclamo ed il rimborso delle spese di procedura. Le doglianze di parte istante non possono trovare accoglimento in quanto infondate in fatto ed in diritto, per i motivi di seguito esposti. Dimostrerò che le conclusioni della controparte sono infondate nei fatti e nel diritto perché il costo di € 2,00 non è un costo dimostrato ed non è dovuto perché l'istante ha cambiato operatore per modifiche unilaterali del gestore e pertanto alcun costo o penale per cambiare operatore può essere applicato dal gestore. In riferimento " In primo luogo, è bene premettere come l'utente abbia sottoscritto un contratto per il rientro su rete Kena Mobile della propria linea mobile in data 25.07.2019 (doc.n.2)." In primo luogo, si evidenzia che le firme poste nel doc. 2 non sono state fatte dallo scrivente come si evidenzia il confronto sottostante delle firme. In riferimento" ..omissi.. Controparte, a seguito della ricezione della comunicazione, ha optato per migrare la propria linea mobile ad altro operatore. Kena Mobile, conseguentemente, ha trasferito il credito residuo presente sulla SIM post migrazione. Il credito allora presente ammontava ad € 4,67 e Kena correttamente trasferito l'importo di € 2,67. Infatti, l'art. 4.4. delle Condizioni Contrattuali Kena, prevede espressamente quanto segue: "Nel caso di richiesta del Servizio di Portabilità verso altro Operatore Mobile e contestuale richiesta di trasferimento del Credito Residuo presente sulla SIM Kena Mobile, TIM verificherà l'entità del Credito Residuo al momento della realizzazione del cambio Operatore e comunicherà l'importo che dovrà essere riconosciuto al Cliente al netto del traffico in omaggio, del credito maturato in virtù di sconti, bonus e/o promozioni, nonché del costo di € 2,00 per le spese sostenute per la fornitura del Servizio di Trasferimento."E' dunque espressamente previsto dalle condizioni contrattuali che, all'atto di trasferimento del credito, Kena trattienga l'importo pari ad € 2,00 a titolo di spese sostenute per la fornitura del Servizio di Trasferimento. Ad abundantiam, il sopracitato costo viene riportato ed esplicitamente indicato sul sito istituzionale dell'operatore (doc.n.4)." Si evidenzia che In base all'art. 98 septiesdecies, comma 5, del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, gli operatori possono modificare unilateralmente le condizioni contrattuali durante lo svolgimento del rapporto contrattuale, sotto il profilo tecnico, giuridico o economico. In tal caso, l'utente ha diritto ad essere informato della modifica con preavviso di almeno 30 giorni e può cambiare operatori, senza penali né costi di disattivazione, entro 60 giorni dall'avvenuta comunicazione di modifica delle condizioni contrattuali. E' evidente che gli importi addebitati dalla controparte all'istante nel cambio OLO (2€) per avere l'accredito del credito residuo (situazione pregressa alle modifiche contrattuali) non sono dovuti per l'art.5 del codice delle comunicazioni europee oltre ad non essere conformi alla legge 2 del aprile 2007 n. 40, di conversione del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, all'articolo 1, comma 3. che ha sancito, tra le altre cose, il diritto degli utenti di recedere ad nutum, con un preavviso massimo di trenta giorni, e che gli operatori non possono pretendere dai clienti alcun corrispettivo che non sia giustificato dalle spese, effettivamente sostenute dagli stessi, per l'interruzione anticipata del rapporto contrattuale. Gli unici importi consentiti sono le spese giustificate dai costi dell'operatore, vale a dire quelle spese per cui sia dimostrabile il costo "pertinente e correlato" sopportato dall'operatore per procedere al trasferimento dell'utenza (che nel caso di specie deve avvenire anche in esenzione spese perché è stato il gestore a modificare le condizioni pattuite) A questo proposito Agcom ha avuto modo di precisare che "dalla semplice lettura del contratto l'utente deve poter conoscere anche le eventuali spese richieste per l'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento, così da essere agevolato nell'esercizio di tali facoltà, potendone valutare le conseguenze sotto ogni profilo (elementi mancanti nei contratti delle sim in oggetto). In ogni caso, l'utente non deve versare alcuna "penale", comunque denominata, a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento delle utenze, poiché gli unici importi ammessi in caso di recesso sono quelli "giustificati" da "costi" degli operatori. Nello svolgimento della propria attività, pertanto, la Direzione verificherà che gli operatori pongano a carico degli utenti (ove necessario) esclusivamente le spese per cui sia dimostrabile un pertinente e correlato costo dai primi sopportato per procedere alla disattivazione o al trasferimento". Così si esprime Agcom nelle Linee guida della Direzione tutela dei consumatori esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, commi 1 e 3, della medesima legge. Considerato che far pagare 2 € il trasferimento del credito residuo è un costo ingiustificato (non comunicato nel profilo commerciale) e di cui la controparte non ha dimostrato alcuna pertinenza e correlazione con il lavoro svolto per il cambio operatore è evidentissimo che trattasi di penale camuffata che il gestore addebita ai suoi clienti per cambiare operatore contraria al comma 5, del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche e alla legge 2 del aprile 2007 n. 40, di conversione del

decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, all'articolo 1, comma 3. L'addebito dei 2 € nel caso di specie (modifica unilaterale del gestore) e doppiamente non dovuta perché il cambio operatore doveva avvenire in esenzione spese (penali o costi) e pertanto Tim deve restituire l'indebito addebitato. In riferimento" Riepilogando, il costo di € 2,00, trattenuto da Kena per le spese del Servizio di Trasferimento del credito, è contrattualmente previsto e, dunque, pienamente corretto. Per tale ragione, la domanda avversaria non potrà che essere rigettata." Conclusioni errate della controparte perché l'addebito di costi per il trasferimento del credito sono palesi penali camuffate per cambiare operatore non giustificata da costi reali (non conformi al comma 5, del Codice europeo e decreto legge 31 gennaio 2007) e non contemplate nell'All' ALLEGATO A ALLA DELIBERA N. 487/18/ CONS LINEE GUIDA SULLE MODALITÀ DI DISMISSIONE E TRASFERIMENTO DELL'UTENZA NEI CONTRATTI PER ADESIONE. La predetta delibera precisa che gli unici costi giustificati (parametrati al valore del contratto) sono : a) costi sostenuti dall'operatore per dismettere o trasferire l'utenza; b) la restituzione totale o parziale degli sconti sui servizi e sui prodotti; c) il pagamento delle rate residue relative ai servizi e ai prodotti offerti congiuntamente al servizio principale. Gli addebiti per il trasferimento del credito non sono dovuti per i motivi sopra esposti. A ulteriore riprova che tutti gli addebiti fatti dai gestori (nel cambio operatore) di cui non è dimostrabile il costo "pertinente e correlato" non sono dovuti ci ha pensato l'agcom con la Delibera 120/21/CONS del 14 maggio del 2021 che ha condannato i gestori che nel cambio operatore addebitano costi non dimostrati come reali (anche se inseriti nelle condizioni generali). La delibera 120/21/CONS sottolinea che il principio ha una valenza universale, dato che praticamente tutti gli operatori esercitano l'opzione di fare pagare dei costi non giustificati solo a chi cambia operatore. Questa dei costi di attivazione o trasferimento del credito 'a scomparsa' è una delle lamentele più ricorrenti, gli utenti scoprono di doverli pagare dopo aver cambiato OLO. In riferimento" Parimenti infondata è la richiesta di indennizzo per mancato riscontro al reclamo. Kena ha infatti fornito riscontro a controparte via PEC in data 4.07.2022 (doc.n.5)." Dichiarazione non corretta perché alcuna pec risulta arrivata allo scrivente e l'allegato 5 non dimostra che il presunto messaggio scritto nel documento sia stato inviato e che lo stesso sia stato ricevuto dallo scrivente infatti agli atti non vi è alcuna ricevuta di accettazione e consegna della presunta pec. In riferimento" Non potranno neppure essere riconosciute le spese di procedura, considerato che il procedimento di risoluzione delle controversie tramite la piattaforma Conciliaweb è completamente gratuito e che non risulta al fascicolo documentazione attestante spese di procedura giustificate (Conforme è il recente costante orientamento Agcom, si vedano, ex multis, delibere nn. 223/20/CIR, 220/20/CIR, 208/20/CIR)." Si eccepisce l'eccezione della controparte perché le spese di procedura sono determinate esclusivamente dalla decisione dell'autorità ai sensi dell'art. 19 comma 6, della delibera 173/07/cons in base al comportamento delle parti. Si evidenzia che il comma 6 dell'art. 20 delibera n. 353/19/CONS cita "Nella determinazione di rimborsi e indennizzi l'Organo Collegiale tiene conto del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione e può riconoscere altresì il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità. Quindi, pur posta la mancata allegazione di eventuale nota spese, si rammenta che le stesse non coincidono con le spese legali liquidate in sede giudiziaria ai sensi del D.M. n. 55 del 10 marzo 2014, ma sono determinate dall'Autorità secondo criteri non solo di giustificazione e necessità, ma anche di equità e proporzionalità. DELIBERA N. 31 - 2021 XXX/ WIND TRE (VERY 2 MOBILE) (GU14/211961/2019) Corecom Piemonte DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: GU14 523/17 xxx/Telecom Italia S.p.A. Corecom Toscana Del. 52/2020 Controversia GU14 133162 /2020 XXX /Tim CorecomPiemonte -'Emilia Romagna nella delibera DELIBERA N. 28/2020. Per quanto sopra dichiarato e dimostrato è evidente la responsabilità del gestore nei fatti che gli vengono contestati. La controparte non ha mai riscontrato al reclamo e non è possibile che il gestore addebiti dei costi non giustificati (2€ per trasferimento del credito) per cambiare operatore a causa di modifiche unilaterali del gestore stesso. L'addebito oltre ad non essere giustificato e incomprensibile perché è il gestore che cambia le regole stabilite non può certamente avere un guadagno sulle sue modifiche che avvengono per strategie economiche e commerciali."

Preliminarmente, stante il disconoscimento delle sottoscrizioni contrattuali operato da parte istante in apertura di repliche a fronte della presa visione del contratto prodotto agli atti dal gestore, l'Ufficio scrivente dichiara la propria incompetenza in ordine alla contestazione sull'autenticità della firma apposta sul suddetto contratto/ PDA. Il disconoscimento della sottoscrizione ex art. 214 c.p.c. attiene a profili di validità ed efficacia negoziale che esulano dai poteri istruttori e decisorii dell'Autorità, spettando in via esclusiva all'Autorità Giudiziaria Ordinaria (cfr. ex multis Delibera Agcom n. 51/10/CIR e Delibera Corecom Toscana n. 4/2023). La richiesta sub 1) risulta pertanto improcedibile. Relativamente alla richiesta sub 2) di indennizzo per mancato riscontro

al reclamo del 02/07/2022, non risultando provato dall'analisi istruttoria che la PEC prodotta agli atti da TIM sia stata correttamente inviata a parte istante (non sono infatti presenti le relative ricevute di avvenuta consegna e accettazione), si ritiene la stessa meritevole di accoglimento. Trova, quindi, applicazione l'art. 12, co. 1 del Regolamento Indennizzi, secondo il quale, in caso di mancata/ritardata risposta al reclamo "entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità" è previsto "un indennizzo pari a euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 300". Ai fini del calcolo dell'indennizzo, si determina il dies a quo nella data del 02.07.2022 di notifica all'operatore e il dies ad quem nella data del 10.01.2023, quale data dell'udienza conciliazione ove si è concretizzato il primo incontro tra le parti. Detratto il tempo utile di 45 giorni previsto dalla Carta dei Servizi dell'operatore per la risposta al reclamo, fatti i debiti calcoli, si ritiene che l'istante abbia pertanto diritto alla corresponsione, nella misura massima consentita, dell'importo di € 300,00, a titolo di indennizzo per n. 147 giorni di mancata risposta. Per quanto riguarda la richiesta sub 3) non si ritiene accoglibile, vista la gratuità della sede e la carenza di documentazione attestante spese di procedura giustificate, in conformità con il recente e costante orientamento dell'Autorità.

DETERMINA

- TIM SpA (Telecom Italia, Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 11/01/2023, è tenuta a - corrispondere l'importo di € 300,00 (trecento/00) a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo, con maggiorazione degli interessi legali maturati dalla data di presentazione dell'istanza; - rigetta la richiesta di rimborso spese.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30, comma 12, del Codice.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura
Cosimo Poppa