

DETERMINA Fascicolo n. GU14/551835/2022**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Pxxx S. - TIM SpA (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. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/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 denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/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;

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, sottoscritto in data 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS; VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018; VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com); VISTA la delibera n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, di seguito "Regolamento Indennizzi";

VISTA l’istanza dell’utente Pxxx S., del 21/09/2022 acquisita con protocollo n. 0271189 del 21/09/2022

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante, Sig.ra Pxxx S., cliente della Soc. Tim S.p.a., lamentava l’erroneo addebito, da parte del gestore, inizialmente di 28 centesimi, successivamente di € 5,00 con ricarica automatica, nonostante la stessa non avesse mai provveduto ad inserire la Sim nell’apparto, dal momento che le serviva solo ed esclusivamente per Timvision. L’utente chiedeva quindi: “...per questo doppio servizio chiedo che i 28 centesimi tornino credito residuo e che i 5 euro della ricarica automatica tornino sul mio conto corrente”. In data

19.8.22, l'operatore proponeva, per mero spirito conciliativo e senza riconoscimento di responsabilità alcuna, di accreditare all'istante l'importo di euro 5,00 entro 120gg dalla sottoscrizione del verbale. La proposta veniva però rifiutata dall'utente.

Si costituiva la Tim S.p.a. eccependo l'infondatezza delle eccezioni e richieste ex adverso formulate, in quanto "...si rileva che la Signora Pxxx S., ha attivato in data 30/07/2022 la linea...aderendo all'offerta "TIM Vision GOLD + Ricarica automatica" (propedeutica). Si evidenzia che il 6/8/2022 è stato inviato dalla linea, appena citata, un sms verso numero mobile al costo di 28 centesimi. Dai sistemi di TIM risulta che la suddetta sim sia stata inserita in uno smartphone quindi abilitata a traffico voce/sms/dati..Si precisa che a seguito dell'invio del predetto sms, poiché il credito della sim era sotto la soglia dei 3 euro, è stata automaticamente generata la ricarica automatica di 5 euro. A tal proposito, a giustificazione dell'attivazione della ricarica automatica, si specifica che la policy relative al servizio di "TIM RICARICA AUTOMATICA" prevede che: Il giorno prima della scadenza delle eventuali offerte attive sulla linea, il credito residuo si ricarica dell'importo esatto per coprire il costo del rinnovo; - Se il credito residuo scende sotto la soglia di 3 euro la ricarica è pari a euro E' opportuno evidenziare che, come si evince dal prospetto suesposto, a fini meramente conciliativi, TIM ha accreditato sulla citata sim l'importo di 28 centesimi, inviando per informare controparte l'sms di ricontatto. Alla luce di quanto detto emerge che, avendo la scrivente Società già accreditato all'Istante l'importo di 28 centesimi, la materia del contendere è cessata".

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di procedibilità ed ammissibilità previsti dall'art.14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. Nel merito, l'istanza può essere accolta, nei termini seguenti. Lamenta l'odierno istante, l'avvenuto addebito da parte del gestore, prima di 28 centesimi e poi di € 5,00, per traffico non riconosciuto, dal momento che non avrebbe mai inserito la Sim nello smartphone, essendo destinata esclusivamente al servizio Tim Vision. Eccepisce di contro l'operatore che, in realtà, la linea risulterebbe essere stata attivata, con la conseguente adesione all'offerta Tim Vision Gold + ricarica automatica e che risulterebbe altresì, inviato dalla medesima linea, un sms verso numero mobile al costo di 28 centesimi, confermando l'avvenuto inserimento della Sim nell'apparato e così dell'addebito automatico di € 5,00. Orbene, a tale proposito, il Corecom Umbria Delibera n.25/11, riconosce espressamente che "...Il diritto dell'utente di ottenere la documentazione analitica del traffico telefonico addebitato dall'operatore è finalizzato al controllo (successivo), da parte dell'utente stesso, dell'effettiva imputabilità a sé dei consumi registrati dal sistema di rilevazione dell'operatore; nel caso di traffico non fatturato alla scadenza contrattualmente prevista tale diritto è riconosciuto dall'articolo 4 della delibera Agcom n. 418/07/CONS. In caso di contestazione del traffico addebitato, perciò, qualora l'operatore non provi di aver inviato all'utente la documentazione del traffico telefonico, l'utente risulta privato del proprio diritto di controllo, e non può nemmeno provare la non riferibilità a sé delle chiamate fatturate. Se a ciò si aggiunge che la fatturazione contestata non costituisce prova dell'esistenza del credito, trattandosi, come noto, di documento unilateralmente predisposto (cfr. da ultimo Cass., sent. n. 5915/2011) deve necessariamente essere riconosciuto il diritto dell'utente al rimborso delle somme contestate". In realtà, l'operatore con il documento prodotto nel presente giudizio, non fornisce il dettaglio analitico del traffico telefonico, limitandosi a dichiarare che la Sim risulta inserita e che pertanto, l'adesione da parte dell'istante all'offerta è stata perfezionata, con la conseguente abilitazione al traffico voce, sms e dati. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cassaz. Civ. n.13533/01, Cassaz. Civ. n.2387/07, Cassaz. Civ. n.1743/07, Cassaz. Civ. n.936/10), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile ex art.1218 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla carta servizi. Dello stesso avviso anche la Delibera Corecom Abruzzo n.10/11 nella quale è espressamente prescritto che "In base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art.2697 C.c., il creditore che agisce per l'inadempimento può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a

dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento" (Corecom Lazio 35/11, Corecom Lazio 46/11, Corecom Lazio 48/11, Corecom Lazio 62/11, Corecom Lazio 74/11, Corecom Lazio 18/12).

Per l'effetto, in considerazione di ciò, l'onere della prova grava sull'operatore e nel caso de quo sulla Tim S.p.a., in considerazione anche del fatto che la stessa rappresenta una compagnia telefonica e pertanto è un soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato rispetto alla posizione del singolo utente, circostanza questa che dovrebbe consentirgli, in tempi rapidi, di provvedere al monitoraggio del traffico telefonico. L'onere della prova in capo all'operatore viene meno, come prescritto dalla Delibera AgCom 59/11/CIR, solo nel caso in cui questi non possa disporre alcuna verifica, circostanza questa mai eccepita dalla Ti, S.p.a.. Pertanto, spetta all'operatore provare l'avvenuto traffico da parte dell'utente, ma dalla documentazione in atti non è possibile rilevare alcun documento prodotto dalla parte convenuta di rilevanza probatoria alcuna o comunque idoneo a provare la liceità dell'avvenuto addebito. Per l'effetto, l'operatore è tenuto a stornare dalla posizione dell'istante l'importo di € 5,28.

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in accoglimento dell'istanza del 21/09/2022, è tenuta a Tim S.p.a. è tenuta a stornare/ rimborsare all'utente l'importo di € 5,28, oltre interessi dalla domanda al soddisfo.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, 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.

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
Roberto Rizzi

f.to