

DETERMINA Fascicolo n. GU14/635492/2023**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Nxxx E. - 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 Nxxx E., del 03/10/2023 acquisita con protocollo n. 0250965 del 03/10/2023

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante, in riferimento all’utenza telefonica privata n. XXXXXXXX, mediante formulario GU14, ha lamentato nei confronti dell’Operatore TIM S.p.A. “Lo scrivente si oppone, alla pretesa della Tim spa, manifestata nei fatti, di avere il diritto di addebitare in fattura, anche in presenza di diniego dell’utente, un ‘Contributo assistenza telefonica hardware/software’ di euro 29,95 + 3,50 iva, quando malfunzionamenti e disservizi delle forniture dipendono in modo esclusivo dall’ hardware e/o dal software di Tim, non gestito ne gestibili dall’utente. Per questi motivi si può affermare che, non fornendo Tim spa, una certificazione che imputi

all'utente, in modo esclusivo o almeno prevalente, le cause del malfunzionamento ovvero del disservizio riscontrato nella fornitura, che hanno prodotto il contestato addebito in fattura, Tim spa crea, di fatto, un imperio economico col quale coinvolge l'utente stesso a pagare dei costi di gestione tecnica, oltre quelli già pagati nel canone pattuito per la fornitura. L'utente paga il canone e con ciò ha diritto che l'utenza funzioni sempre correttamente con la qualità minima che nello Stato si considera accettabile. Esso deve essere tenuto estraneo a qualunque intervento e costi di manutenzione che si rendessero necessari per assicurare tale fornitura standard. Maggiori informazioni sono fornite nel file allegato". Su quanto assunto ha chiesto: "E' dal mese di dicembre 2022 che l'utenza dello scrivente è soggetta a ripetuti malfunzionamenti e disservizi; non c'è stato mese che sia passato indenne da fermi forzati, che alcune volte sono durati poche ore, alcune volte numerosi giorni. Ho chiesto che la presente definizione oltre ad accogliere le tesi esposte dallo scrivente, pensionato, di anni 75, malato oncologico e cardiopatico, con la assoluta necessità di mantenere attiva l'utenza telefonica e i servizi collegati alla stessa, anzitutto i servizi di soccorso medico, secondariamente i servizi di home banking e terziamente i servizi a pagamento di intrattenimento connessi alla TV e di informazione mediatica sul web, ritiene adeguata per ciascuno dei motivi di seguito esposti. Maggiori informazioni sono fornite nel file allegato".

L'operatore Tim S.p.A., nel rispetto dei termini procedurali, ha depositato memoria difensiva eccependo: "In relazione all'istanza di definizione della controversia in oggetto, Tim spa, rileva quanto segue. L'istante lamenta l'addebito in fattura del 'Contributo assistenza telefonica hardware/software' di euro 29,95 oltre IVA, quando i malfunzionamenti e i disservizi delle forniture sarebbero dipesi dall'hardware e/o dal software di Tim, non gestibili dall'utente. Sostiene, quindi, che è dal mese di dicembre 2022 che la propria utenza è soggetta a ripetuti malfunzionamenti e disservizi, e chiede tra rimborsi ed indennizzi la somma di euro 5.000. Le doglianze avversarie risultano infondate in fatto ed in diritto, oltre che inammissibili, e dovranno pertanto essere rigettate. In via preliminare si eccepisce l'inammissibilità dell'odierno procedimento per violazione del principio del ne bis in idem, in quanto l'istante, per la medesima fattispecie avente ad oggetto l'addebito contributo assistenza telefonica hardware/software, ebbe ad avviare un procedimento UG/601378/2023 conclusosi con un verbale di accordo del 03.05.23 in forza del quale Tim offriva la somma di euro 100,00 a tacitazione di ogni pretesa, anche economica, dell'istante. E considerato che "Dinanzi all'Autorità non possono essere riproposte domande sulle quali le parti hanno già raggiunto un accordo conciliativo, anche solo in sede di conciliazione paritetica [(principio del ne bis in idem) Corecom Lazio Delibera n. 70/11], l'odierna istanza dovrà essere dichiarata inammissibile. Nel merito si precisa quanto segue. L'unica segnalazione di disservizio risale all'8.6.2023, laddove l'istante lamentava lentezza di navigazione. Tim effettuava una prestazione a pagamento - cambio canale radio su entrambe le interfacce per stabilizzare ed ottimizzare il segnale, il cui costo è stata addebitato all'istante. Al riguardo si precisa che il modem in dotazione del Sig. Narcisi è proprietà del cliente; pertanto, gli interventi richiesti al reparto guasti di Tim sono tutti a pagamento. Ne consegue, pertanto, che l'addebito di euro 24,55 + i.v.a. PER PRESTAZIONE DOCTOR TIM HOME DEL GIORNO 08/06/2023 è dovuto ed è correttamente presente sulla fattura Luglio 2023. Non risultano reclami scritti". Tanto premesso, ha chiesto il rigetto delle avverse pretese.

In rito Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. Sempre in via preliminare, in ordine all'eccezione sollevata dalla società convenuta, si osserva che: E' principio ormai consolidato che "Ai fini dell'ammissibilità della domanda in sede di definizione è sufficiente accertare che l'oggetto della richiesta di definizione sia lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione, nel senso che non si richiede che le istanze siano identiche ma che la questione discussa sia la medesima". A tal fine, come più volte precisato dalla Suprema Corte di Cassazione "si ha domanda nuova quando si avanzi una pretesa oggettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un petitum diverso e più ampio oppure una causa petendi fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e in particolare su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga un nuovo tema d'indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte ed alterare il regolare svolgimento del processo" (cfr. Cass., sentenza n. 18513/2007; sentenza n. 7579/2007; sentenza n. 7524/20059). Nel caso in esame, da quanto emerso dall'istruttoria, raffrontando i formulari UG e GU14 con gli allegati depositati, deve ritenersi che nell'istanza di definizione avanzata dalla istante, effettivamente, risultano questioni poste ultra petita rispetto al precedente procedimento di conciliazione. E difatti, nell'UG 625701/2023 l'istante ha evidenziato: "Con procedimento UG/601378/2023

instaurato presso codesta Autorità sulla piattaforma ConciliaWeb, si era conclusa, a mio favore, la conciliazione per un addebito non dovuto, di euro 29,95 richiesto quale 'Contributo assistenza telefonica hardware/software'. Con i documenti da me presentati era risultato incontrovertibile che la richiesta della Tim non avesse fondamento e ciò portava la Tim stessa ad accettare di pagare euro 100,00 allo scrivente, a chiusura della vertenza. Nella conciliazione avevo evidenziato che lo importo di 100,00 euro fosse pagato scalando lo stesso sulle fatture successive, in modo che l'addebito non dovuto non si potesse presentare nelle fatture successive. Nonostante ricevevo una email, da Tim la quale pretendeva che gli comunicassi un IBAN su cui effettuare il pagamento, in caso contrario il pagamento non sarebbe avvenuto. Ho fatto presente a Tim che la conciliazione prevedeva di scalare l'importo concordato dalle successive fatture, purtroppo, ob torto collo, ho dovuto consegnare a Tim il mio IBAN (per tale questione ho aperto un apposito reclamo sulla piattaforma ConciliaWeb). in data 3/8/2023 la Tim spa versava sull'IBAN di cui sopra lo importo di euro 100,00 con la causale 'PER RIMBORSO NOT A CREDITO N.7920230'. Vicenda conclusa? Purtroppo, no; nella fattura di luglio/2023 (scadenza 8/8/2023) ritrovo la stessa voce 'Contributo assistenza telefonica hardware/software' di importo, IVA incl., di euro 29,95. Poiché un tale servizio non è mai stato richiesto alla Tim, ne prima ne dopo l'avvenuta conciliazione, debbo presumere che Tim spa sia colpevole di negligenza limitandosi a versare quanto dovuto senza segnalare ai suoi uffici, preposti alle fatturazioni, di espungere dalle mie fatture la voce dei servizi che dalla conciliazione stessa risultavano non essere mai stati somministrati". Con l'istanza di definizione GU14 ha lamentato e richiesto: " E' dal mese di dicembre 2022 che l'utenza dello scrivente è soggetta a ripetuti malfunzionamenti e disservizi; non c'è stato mese che sia passato indenne da fermi forzati, che alcune volte sono durati poche ore, alcune volte numerosi giorni. Ho chiesto che la presente definizione oltre ad accogliere le tesi esposte dallo scrivente, pensionato, di anni 75, malato oncologico e cardiopatico, con la assoluta necessità di mantenere attiva l'utenza telefonica e i servizi collegati alla stessa, anzitutto i servizi di soccorso medico, secondariamente i servizi di home banking e terziamente i servizi a pagamento di intrattenimento connessi alla TV e di informazione mediatica sul web, ritiene adeguata per ciascuno dei motivi di seguito esposti. Maggiori informazioni sono fornite nel file allegato.".

Pertanto, si dichiara inammissibile la domanda avente ad oggetto il malfunzionamento della linea in quanto "nuova" rispetto a quelle formulate con l'UG 625701/2023. Quanto, poi, al ne bis in idem, in merito bisogna osservarsi che l'oggetto della domanda dell'UG 601378/2023, concluso con verbale di accordo del 3.5.2023, ha ad oggetto l'addebito dell'intervento tecnico riscontrato sulla fattura in esso contestato e non le altre, successive, oggetto del presente procedimento. Viene pertanto rigettata l'eccezione di inammissibilità proposta dal gestore. Sempre in via preliminare, si rileva come l'art 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettroniche ed utenti, escluda ogni richiesta risarcitoria, limitandosi agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Cionondimeno la domanda può ragionevolmente interpretarsi quale richiesta di liquidazione dei previsti titoli di indennizzo quale conseguenza dell'eventuale accertamento di inadempimenti, in un'ottica di economia procedimentale nonché in ragione del carattere vincolato della presente pronuncia che demanda all'Autorità adita l'individuazione delle fattispecie indennizzabili. Nel merito, nella fattispecie in esame, la problematica lamentata dall'utente attiene, all'addebito da parte del gestore, nelle fatture in atti, del contributo di assistenza "hardware/software" in conseguenza del malfunzionamento del servizio tale da non consentire all'utente un regolare utilizzo della risorsa. L'istante lamenta, pertanto, l'addebito in fattura di costi maggiorati per un servizio mai richiesto. L'operatore si difende assumendo che l'intervento sarebbe a pagamento in quanto il modem non sarebbe del gestore bensì dell'utente. L'affermazione è falsa (sulle condizioni contrattuali di "DOCTOR TIM" si legge "Il Servizio è erogato in modalità "ad intervento" e ha come ambito di applicazione la risoluzione di problematiche di connessione/configurazione di qualsiasi Dispositivo (sia TIM che di mercato) presente nella rete locale del Cliente e servita da connettività di rete fissa TIM, nonché di attività su impianto Cliente") e la condotta dello stesso illegittima. Il servizio "Doctor TIM", ossia la richiesta di un supporto specialistico hardware e software a pagamento, è un servizio a pagamento la cui attivazione deve conseguire all'acquisizione di uno specifico e valido consenso da parte dell'utente. Qui l'utente ha disconosciuto il servizio ed il gestore non ha provato di avere acquisito il consenso all'attivazione dello stesso. Non solo. L'art. 5 condizioni contrattuali del servizio esige che " Il diritto di chiamata può essere applicato nel caso in cui ricorrano entrambe le condizioni sotto riportate: a) se il Cliente non revoca la richiesta di intervento almeno 4 ore prima della fascia di intervento concordata come descritto all'Art. 10.3 b) se il tecnico interviene in fascia di appuntamento concordato ed il Cliente non è presente in fascia di appuntamento o rifiuta l'accesso al tecnico Per l'applicazione del diritto di chiamata il tecnico compila il modulo denominato

““U0009T” autocertificando la propria presenza presso la sede del Cliente in fascia di appuntamento.”

L’operatore, in presenza delle contestazioni dell’utente, non ha fornito prova di sussistenza delle condizioni che legittimano il preteso contributo per il servizio contabilizzato. La doglianza dell’istante è, pertanto, fondata e accoglibile nei limiti di seguito esposti. In via generale, si rileva che, a fronte della contestazione dell’utente, circa l’esistenza e la valida conclusione di un contratto di telefonia, è onere probatorio dell’operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione del contratto. La fattispecie in esame rientra nell’ambito generale delle c.d. “attivazioni di servizi non richiesti” o “prestazioni non richieste”, previste e disciplinate dalle Delibere n. 1/09/ CIR (art. 3), n. 179/03/CSP (art. 7, comma 5), nonché dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche (art. 70) e dal Codice del Consumo (art. 57). Al riguardo si deve evidenziare che la doglianza dell’istante inerisce all’attivazione e alla conseguente fatturazione indebita del servizio “Doctor TIM” non richiesto. TIM, che risulta aver attivato detto servizio accessorio, non ha fornito la prova di avere ricevuto una valida richiesta dell’utente di attivazione o che l’utente abbia altrimenti accettato una proposta contrattuale dell’operatore. A tal fine, si nota come in atti non siano stati prodotti né il vocal order, né la proposta di abbonamento debitamente sottoscritta. In difetto di tale prova, deve affermarsi l’esclusiva responsabilità dell’operatore ex art. 1218 del codice civile, per l’attivazione non richiesta del servizio accessorio “Doctor TIM”. Pertanto, in ordine agli importi fatturati indebitamente sussiste una responsabilità esclusiva della società TIM che legittima il diritto dell’istante alla ripetizione delle somme percepite sine titolo ai sensi dell’articolo 2033 del codice civile, anche in assenza dell’informativa prevista dall’articolo 3, della Delibera Agcom n. 126/07/CONS, nonché alla liquidazione dell’indennizzo per l’indebita attivazione dei servizi. Per quanto riguarda la durata dell’inadempimento, si prende a riferimento, quale dies a quo, la data del 4.1.2023, data della prima fatturazione di DOCTOR TIM, al 16.6.2023, data dell’ultima fornitura del servizio per un totale di 163 giorni attivazione servizio così come indicata dall’Operatore) e come dies ad quem la data 19.04.2022 (data ultima fornitura del servizio) anch’essa indicata dal gestore. Ciò premesso ai fini della quantificazione dell’indennizzo si richiama l’art. 9, commi 1 e 2, in virtù del quale, “fatto salvo il diritto degli utenti ad ottenere lo storno o il ricalcolo degli addebiti fatturati, “nel caso di servizi accessori o di profili tariffari non richiesti l’indennizzo è applicato nella misura di euro 2,50 per ogni giorno di attivazione”. Alla luce di quanto sopra detto, la società TIM è tenuta a pagare in favore dell’istante la somma di euro 407,00, a titolo di indennizzo per l’attivazione non richiesta del servizio “Doctor TIM” (euro 2,50 pro die per n. 163 giorni complessivi di attivazione non richiesta del predetto servizio). Inoltre si dispone lo storno/rimborso di quanto fatturato in relazione al servizio “Doctor TIM” dall’attivazione fino alla cessazione dello stesso in esenzione spese.

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell’istanza del 03/10/2023, è tenuta a corrispondere all’istante la somma di € 407,00 a titolo di indennizzo per l’attivazione non richiesta del servizio “Doctor TIM”, ex art. 9, comma 2, del Regolamento Indennizzi approvato con Delibera Agcom 347/18/CONS., nonché a stornare/rimborsare quanto fatturato in relazione al servizio “Doctor TIM” dall’attivazione fino alla cessazione dello stesso in esenzione 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
Roberto Rizzi

f.to