

DELIBERA N. 95/2022/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**xxxxx/TIM SpA (Kena mobile)
(GU14/303340/2020)**

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 22 giugno 2022;

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”* come modificato dal decreto legislativo n. 207 del 2021;

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”*, di seguito denominato *Regolamento*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 *“Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni”*, in particolare l’art. 30, e il *“Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni”* (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

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 della Toscana in data 16 gennaio 2018”, e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTA la Delibera n. 374/21/CONS recante: *“Proroga dell’Accordo quadro tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle regioni e province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle assemblee legislative delle regioni e*

delle province autonome, concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni".

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 106 del 25 febbraio 2021 avente per oggetto "Assetto organizzativo del Consiglio regionale XI Legislatura" con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l'incarico di responsabile del "Settore Cerimoniale, Eventi, Contributi. Biblioteca e documentazione. Assistenza generale al CORECOM. Tipografia", con decorrenza 1° marzo 2021;

VISTA l'istanza dell'utente xxxx, del 09/07/2020 acquisita con protocollo n. 0295656 del 09/07/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

La parte istante, titolare di un contratto residenziale sull'utenza n. 33977xxxx con la società TIM SpA (Kena mobile), di seguito per brevità Tim, lamenta la mancata sostituzione dell'apparato iPhone X con il modello iPhone 11.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione acquisita al fascicolo, ha dichiarato quanto segue:

L'istante sottoscriveva l'"opzione denominata "Tim next" ovvero così definita sul (...) sito [dell'operatore]: <<Offerta per i clienti TIM che hanno attiva o attivano contestualmente un'opzione con dati. Durata dell'offerta 30 mesi, con opzione di restituzione dopo 12 mesi. È prevista la sottoscrizione per la protezione dello smartphone da danni accidentali a 6,9 €/mese o a 9,9 €/mese se incluso il furto (sono previsti contributi di riparazione e reintegro). Anticipo sullo smartphone in base al modello scelto>>. Allego anche la similare dicitura riportata sulla (...) app [di Tim]".

L'istante acquistava "un iPhone X il 13 dicembre 2017. Con tale offerta, all'uscita del nuovo iPhone 11, si è recato nei giorni scorsi nel centro Tim (...) per sostituire il modello X col nuovo 11 pro, cosa che gli è stata negata con la motivazione che tale cambio doveva essere effettuato a ridosso dei 12 mesi e che dopo tale scadenza non è più possibile l'upgrade (anche il 119 ha confermato la stessa cosa). È evidente che tale procedura, se confermata, potrebbe inquadrarsi in una fattispecie di natura vessatoria per il cliente, poiché se non uscisse una versione del cellulare (in questo caso iPhone) in tali tempistiche il cliente sarebbe costretto a tenersi quello in possesso, non beneficiando più della natura dell'offerta. Prova ne è il fatto adesso la Vs società ha trasformato la natura dell'offerta in 6 mesi, garantendo il cambio in ogni momento".

"Inoltre trattasi inequivocabilmente di pubblicità ingannevole è scorretta poiché dal sito e dalla app non emerge in alcun modo il limite temporale del cambio. Con la presente sono pertanto a richiedere di trasformare il contratto (...) nella nuova formula di Next permettendo il cambio immediato del telefono. Si ritiene inoltre che TIM non avrebbe peraltro nessun motivo nel non effettuare tale operazione visto che ne avrebbe un ritorno economico. Nel caso contrario saremmo costretti a dover ricorrere al

Corecom richiedendo oltre allo switch dovuto, una sanzione pecuniaria per risarcire [l'istante] per la Vs pubblicità ingannevole ed un approfondimento circa la natura vessatoria della clausola sottoscritta [dall'utente]".

Agli atti, l'istante ha allegato foto del dettaglio dell'offerta TIM Next ricevuta dall'operatore con indicazione della data di attivazione, 13 dicembre 2017, recante testualmente: "Hai la possibilità di sostituire il tuo Smartphone usato con uno nuovo, dopo 1 anno, senza pagare niente in più. Nella rata mensile di 40,9 € sono inclusi ben 2Giga e il costo della garanzia aggiuntiva che ti protegge da danno accidentale e danno da liquidi (in caso di intervento; è previsto un contributo di riparazione di 69€). Dopo 1 anno, se non restituisci lo Smartphone, il costo è di 40,9€/mese per ulteriori 17 rate (totale rateizzazione 30 mesi), inclusi i 2Giga e il costo mensile della garanzia. Tutti gli importi si intendono IVA inclusa."

In data 3 ottobre 2019 con comunicazione a mezzo pec all'operatore, tramite il legale di fiducia, contestava le sopra indicate circostanze.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto complessivi euro 1.000,00 per:

- i) "trasformare il contratto nella nuova formula di Next permettendo il cambio immediato del telefono";*
- ii) "sanzione pecuniaria per risarcire il cliente per la Vs pubblicità ingannevole oltre alla clausola vessatoria".*

2. La posizione dell'operatore.

La società Tim ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale, in via preliminare ha eccepito l'"inammissibilità della richiesta pecuniaria avversaria, attesa la natura dichiaratamente risarcitoria della medesima che – quantificata in € 1.000,00– risulta svincolata dalle ipotesi normativamente previste ex delibera 347/18/CONS e, dunque, dotata di funzione satisfattiva e non meramente compensativa, con conseguente inammissibilità giusto quanto previsto dell'art. 20 co. 4 e 5 della Delibera AGCOM 359/19/CONS (...) nella denegata ipotesi in cui le eccezioni svolte non dovessero essere accolte, TIM potrà tutt'al più, ove dovessero ricorrerne i presupposti (quod non), indennizzare l'istante ai sensi della legislazione di settore vigente, dovendo invece essere respinta ogni richiesta pecuniaria generica, non provata e, ad ogni buon conto, di importo eccessivo".

L'operatore, nel merito, ha precisato che "le avverse deduzioni e richieste sono infondate e, comunque, sono totalmente prive di allegazioni e riscontro documentale. Parte istante sostiene di aver attivato un piano denominato TIM NEXT in virtù del quale avrebbe potuto sostituire il proprio smartphone entro 12 mesi dall'acquisto. A dire di controparte TIM avrebbe rifiutato tale opzione, negando la sostituzione dell'apparato. Sulla scorta di tali presupposti, il Sig. xxxx domanda di ottenere riconoscimenti economici. Tuttavia, nella descrizione dei fatti, controparte si limita a rivolgere all'operatore contestazioni generiche, anche sotto il profilo temporale, senza neppure indicare la data di attivazione del presunto piano non adempiuto, i dati dello smartphone acquistato, la scadenza della rateizzazione e la data in cui TIM avrebbe rifiutato la presunta sostituzione dell'apparato; informazioni tutte indispensabili anche

per consentire alla società una adeguata difesa. L'istante, inoltre, non ha fornito prova alcuna degli addebiti contestati e, soprattutto, non ha allegato, né provato la fonte negoziale del rapporto che si pretende inadempito da TIM. Non viene, inoltre, documentato l'invio della richiesta di sostituzione dell'apparato, l'eventuale riscontro di TIM né, infine, l'avvenuto inoltro di reclami all'operatore. Il Sig. Biagini, dunque, non ha adempiuto l'onere di allegazione gravante sullo stesso. La domanda, solo sulla scorta di tale eccezione, dovrà essere inesorabilmente rigettata".

Sempre nel merito, Tim, "fermo restando quanto sopra rilevato" e, "ferma l'assenza di allegazione probatoria sul punto" ha rilevato che, "ogni doglianza dell'istante sia comunque totalmente destituita di fondamento e apertamente smentita dalle risultanze presenti nei sistemi di TIM. Infatti, da controllo interno, è emerso come l'istante sia titolare di un contratto di acquisto a rate di uno smartphone, abbinato al piano telefonico attivo sulla SIM. Non risulta, invece, operativa in favore della controparte alcuna opzione aggiuntiva, nei termini indicati ex adverso. L'opzione, infatti, non è stata esercitata, nei termini indicati dalle condizioni generali di contratto. Il Sig. Biagini, infatti, aveva attivato in data 13.12.2017 un contratto TIM NEXT per la rateizzazione di un apparato a 35€+5,9€ (rateizzazione prodotto ad euro 35 al mese per 30 mesi +5,9€ di 2GB bundle dati che include anche garanzia convenzionale) per un totale di euro 40,9 al mese. In base alle condizioni generali di contratto comunicate all'istante con messaggio informativo (Doc.1) e, comunque, ben note al medesimo (per averle approvate espressamente in contratto e, comunque, per averne già precedentemente fruito Doc.2 e 3), entro 60 giorni dal pagamento della rata n° 13, e quindi a partire dal 361° giorno dall'attivazione dell'offerta TIM NEXT, il cliente avrebbe dovuto scegliere per le seguenti opzioni: 1. Tenere lo smartphone, continuando a pagare le rate previste ed il canone della garanzia convenzionale obbligatoria, fino alla scadenza del piano rateale (24/30 mesi); 2. restituire il prodotto a TIM senza dover pagare niente in più; 3. sostituire l'apparato, consegnando l'usato in un PdV Tim e scegliendo un nuovo prodotto tra quelli disponibili. I termini previsti nelle condizioni citate, sono legati all'usura dell'apparato che, all'atto della restituzione, deve avere ancora un valore commerciale che ne renda conveniente la restituzione. L'istante, dunque, non avendo optato per l'opzione sub.3), nei tempi previsti, ha di fatto deciso di proseguire nella rateizzazione fino alla scadenza naturale. È evidente, alla luce di quanto sopra, come non sia possibile accogliere la richiesta dell'istante finalizzata ad ottenere un cambio di apparato ben dopo i 24 mesi dalla sua consegna. Nessuna censura può essere, dunque, mossa nei confronti di Telecom che, dunque, non ha fatto altro che applicare legittimamente le condizioni di contratto regolanti la fattispecie de qua che, come dedotto, erano ben note alla parte istante. Sulla scorta delle ragioni argomentate, tutte le domande avversarie sono destituite di fondamento fattuale e giuridico e come tali dovranno essere integralmente rigettate. In particolare, non potrà essere operato nessun cambio di apparato, né tantomeno liquidato alcun riconoscimento economico in favore della parte istante. Peraltro, come già segnalato, non vi è comunque prova in atti dell'invio da parte dell'istante di reclami o contestazioni specifiche, idonee a porre TIM in condizioni di operare le verifiche del caso. Tale circostanza dovrebbe, dunque, condurre comunque il Corecom a rigettare tutte le domande avversarie, anche in virtù del combinato disposto degli artt. 13 e 14 co. 4 delibera 347/18/CONS secondo cui, da un lato, ogni eventuale indennizzo è

precluso in assenza di reclamo ("Nelle fattispecie contemplate dagli articoli 6, 8, 9 e 11, il calcolo dell'indennizzo è effettuato tenuto conto della data di presentazione del reclamo da parte dell'utente") e, dall'altro, il reclamo deve essere necessariamente caratterizzato, ai fini della liquidazione, da "continenza, in termini di tempo, rispetto al disservizio lamentato ("Sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza, fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte"). A mente del regolamento citato, quindi, non è possibile riconoscere alcun indennizzo nell'ipotesi in cui il reclamo non sia tempestivo, rispetto alla problematica oggetto di contestazione o, comunque, quando non sia affatto documentato, come nel caso di specie. Nessuna delle domande avversarie merita, dunque, di essere accolta".

Tim ha concluso per il rigetto dell'istanza *"in quanto infondata in fatto e in diritto e, comunque, in quanto non provata per i motivi sopra esposti"*.

3. La replica dell'istante.

La parte istante, in data 16 dicembre 2020, ha fatto pervenire una replica, irricevibile perché effettuata oltre la scadenza dei termini per la presentazione delle repliche.

4. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dall'istante non possono essere accolte come di seguito precisato.

In via preliminare:

relativamente alla domanda *sub ii)* con la quale l'istante chiede una *"sanzione pecuniaria per risarcire il cliente per la pubblicità ingannevole oltre alla clausola vessatoria"*, si precisa che detta richiesta esula dalla competenza di questa Autorità, ai sensi dell'articolo 20, comma 4, del vigente *"Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche"*; inoltre trattasi di fattispecie non suscettibile di indennizzo ai sensi del Regolamento sugli indennizzi. *Ad abundantiam* si rappresenta che, tutt'al più, possa essere competente in detta materia, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Ciò premesso tale richiesta non può trovare accoglimento in questa sede.

Sempre in via preliminare, con riferimento alla domanda *sub i)* con cui l'istante chiede di *"trasformare il contratto nella nuova formula di Next permettendo il cambio immediato del telefono"*, si rappresenta che la predetta richiesta, in un'ottica di *favor utentis*, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione, potrà essere interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e, dunque, quale domanda di mancata applicazione dell'opzione TIM NEXT sulla SIM n. 3397792707 che avrebbe consentito la sostituzione dell'iPhone X con un ulteriore apparato di nuova generazione.

Nel merito.

Sulla mancata applicazione dell'opzione TIM NEXT sulla SIM n. 33977xxxx

L'istante lamenta la mancata sostituzione dell'iPhone X con un ulteriore apparato di nuova generazione, laddove l'operatore eccepisce la genericità della doglianza e che l'opzione non è stata esercitata nei termini indicati dalle condizioni generali di contratto.

La domanda non è fondata e deve essere rigettata per le ragioni che seguono.

L'istante rappresenta di avere sottoscritto il 13 dicembre 2017 una proposta contrattuale comprensiva dell'acquisto rateizzato di un iPhone X con abbinata un'opzione che gli avrebbe consentito di cambiare l'apparato in gratuità con uno diverso, ma che recatosi in un centro autorizzato dell'operatore, questa possibilità gli sarebbe stata negata. L'istante riferisce inoltre di avere ricevuto come motivazione che il *"cambio doveva essere effettuato a ridosso dei 12 mesi e che dopo tale scadenza non [era] più possibile l'upgrade"*; circostanza che gli sarebbe stata confermata anche tramite il *call center* dell'operatore (*"anche il 119 ha confermato la stessa cosa"*).

A fronte delle sue asserzioni produce contratto, sms informativo inviato dall'operatore in data 13 dicembre 2017 e reclamo effettuato tramite il legale di fiducia, con comunicazione a mezzo pec datata 3 ottobre 2019.

Dall'esame della documentazione agli atti è emerso che a seguito di contratto del 13 dicembre 2017 con comunicazione effettuata a mezzo sms in pari data, così come previsto nel contratto medesimo, Tim comunicava l'attivazione dell'offerta sottoscritta dall'istante con cui evidenziava *"la possibilità di sostituire il tuo Smartphone usato con uno nuovo, dopo 1 anno, senza pagare niente in più. (...). Dopo 1 anno, se non restituisci lo Smartphone, il costo è di 40,9€/mese per ulteriori 17 rate (totale rateizzazione 30 mesi), inclusi i 2Giga e il costo mensile della garanzia. Tutti gli importi si intendono IVA inclusa."*

Il contenuto del messaggio informativo che, costituisce parte integrante del contratto medesimo e che, essendo stato prodotto da entrambe le parti, si ha per acquisito, dispone la possibilità dell'istante di cambiare apparato dopo un anno ma, che qualora tale possibilità non fosse stata esercitata, il costo dell'offerta sarebbe stato pari ad euro 40,90 mensili per ulteriori 17 rate.

Quindi, si deduce che la possibilità dell'istante poteva essere quella di cambiare apparato dopo 1 anno con l'annullamento del contratto, oppure riscattare il telefono iPhone X con il pagamento delle restanti rate dovute per il dispositivo, fino alla scadenza del 30° mese di sottoscrizione.

Al riguardo, peraltro non è stato possibile accertare quando l'istante ha richiesto la sostituzione dell'iPhone X, attesa l'assenza documentale sul punto, circostanza che non ha consentito a questa Autorità di conoscere quando sia stata chiesta la sostituzione dell'apparato, né quando TIM ne avrebbe rifiutato la sostituzione.

Agli atti infatti è presente una contestazione del 3 ottobre 2019 che però non individua la data della richiesta di sostituzione effettuata dall'istante, limitandosi a rappresentare che l'utente si sarebbe recato *"nei giorni scorsi"* presso un centro Tim per effettuare la sostituzione in gratuità dell'iPhone X e, quand'anche si potesse valutare tale indicazione temporale come di poco anteriore alla menzionata comunicazione, la richiesta

risulterebbe in ogni caso tardiva rispetto alla tempistica indicata nell'sms informativo del 13 dicembre 2017.

Pertanto, in assenza di documentazione idonea a provare la tempistica della circostanza lamentata dall'istante, non può essere accolta, la domanda *sub i)* in relazione al mancato cambio del telefono.

TUTTO ciò premesso;

UDITA la relazione del Dirigente, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana rigetta l'istanza presentata da xxx nei confronti di Tim SpA (Kena mobile) per le motivazioni di cui in premessa.

Il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art 30, comma 12, del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259 Codice delle comunicazioni elettroniche, come modificato dal decreto legislativo n. 207 del 2021.

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.

Firenze, 22 giugno 2022

Il Segretario
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)