

DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/220963/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA ***** - TIM SpA (Kena mobile)
IL DIRETTORE**

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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito Regolamento;

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 Regolamento Indennizzi;

VISTA la legge regionale 28 luglio 2008, n. 11, "Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com.) della Regione Autonoma della Sardegna" e ss.mm.ii.;

VISTA la convenzione tra AGCOM e Co.re.com. Sardegna del 27/03/2018, relativa all'esercizio delle funzioni di conciliazione nelle controversie tra gestori del servizio di telecomunicazioni e utenti in ambito locale;

VISTA l’istanza della società *****, del 19/12/2019 acquisita con protocollo n. 0548630 del 19/12/2019

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

La società *****, codice fiscale/P.Iva *****, rappresentata dall’utente *****, codice fiscale *****, ha presentato in data 19/12/2019 l’istanza, ai sensi degli art. 14 e ss. del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (delibera n. 203/18/CONS), per la definizione della controversia in essere con la società TIM SpA (Kena mobile), rilevando quanto segue. Afferma che a fine agosto 2018 ha ricevuto un’offerta per l’azienda proposta da un rappresentante della società Tim via e-mail alla quale aderiva. Secondo l’utente l’offerta prevedeva una spesa mensile di 15 euro per la linea fissa n. 0709****2 e di 10 euro al mese per la linea mobile n. 34518****7, iva esclusa. Ritiene che avrebbe dovuto pagare € 36,60 ivati a bimestre per la linea fissa e € 24,40 bimestre per la linea mobile. Tuttavia l’offerta formulata dalla consulente si sarebbe rivelata differente da quanto in seguito addebitato in fattura. Precisa che per la linea fissa nelle 7 fatture emesse sono stati addebitati rispettivamente € 27,00 (per soli 15 giorni calcolati nella 1° fattura) e per le fatture successive € 53,56 - € 53,56 - € 176,06, € 83,31 - € 84,94 - € 81,30 contro i € 36,60 pattuiti; mentre per la linea mobile gli importi che addebitati nelle 7 fatture emesse sono stati rispettivamente di € 40,86 - € 29,15 - € 41,67 - € 77,41, € 78,91 - € 67,27 - € 32,35, contro i € 24,20 pattuiti. Inoltre sarebbero stati addebitati € 100,00 di deposito cauzionale non menzionati nella proposta. Di conseguenza l’11/02/2019 ha inviato un reclamo via fax (Allegato 4 - Reclamo dell’11-02-2019) a Tim che avrebbe omesso di fare le dovute verifiche, fornendo risposte dettagliate e avrebbe continuato ad applicare tariffe non conformi a quelle evidenziate nella proposta contrattuale. Rimarca che Tim, sia in fase di contrattazione precedente alla stipula del contratto, sia in risposta al reclamo dell’11/02/2019, non ha mai fornito una descrizione del servizio attivato che prevedesse clausole che potessero comportare dei sovrapprezzi o dei prezzi diversi rispetto a quelli inviati via mail. Chiede pertanto: - l’indennizzo previsto per l’attivazione di profili tariffari non richiesti per l’importo di € 737,50 per il numero 0709****2, e € 737,50 per il numero 34518****7. Precisa che entrambi gli indennizzi sono stati calcolati

moltiplicando € 2,50 per 295 giorni (i giorni sono stati conteggiati dalla data della ricezione del reclamo da parte di Tim, l'11/02/2019, al giorno in cui si è svolta l'udienza di conciliazione, il 03/12/2019). - Il rimborso delle spese sostenute e non dovute per la linea fissa di € 191,23, e l'importo di € 91,49 a titolo rimborso delle spese sostenute e non dovute per la linea mobile; - lo storno degli importi insoluti e la regolarizzazione della posizione della società. Complessivamente chiede che gli vengano corrisposti a titolo di indennizzo e di rimborso € 1.757,72 (più gli importi da stornare). L'utente ha inoltre trasmesso delle controdeduzioni in cui disconosce la firma apposta sul contratto allegato dall'operatore e ribadisce che nella copia del contratto non risulta contemplato il deposito cauzionale addebitato nelle fatture e che nel preventivo e nel medesimo contratto non risultano i costi realmente addebitati. Ribadisce che le risposte ai reclami fornite dalla Tim non sono state soddisfacenti.

L'operatore si è costituito tempestivamente nel presente procedimento mediante il deposito di memorie difensive in cui eccepisce l'infondatezza delle pretese avanzate nei confronti di Telecom Italia S.p.A. Per quanto riguarda il lato fisso, rileva che risulta una morosità a carico della parte istante di complessivi € 573,37, risultando insolte anche alcune fatture antecedenti il rientro e relative ai conti 3/16, 1/17 e 2/17. Rispetto alla contestazione sulla non conformità degli importi in fattura 8R00094986 rispetto a quanto concordato in sede contrattuale sostiene che, dalle verifiche effettuate da TIM, la fattura risulta regolarmente emessa con importi corretti rispetto alla proposta di contratto (Doc. 1) che lo stesso istante allega alla pec. Risulterebbe addebitato il costo dell'anticipo conversazione, indicato dall'Art.16 delle Condizioni generali di abbonamento, che viene rimborsato al momento dell'attivazione della domiciliazione bancaria o della cessazione in conformità dell'art. 1851 c.c. 3. Afferma inoltre che nel 2019, in seguito alle modifiche unilaterali per la manovra tariffaria, il canone ha subito un aumento. Sempre riguardo alla contestazione sull'anticipo conversazione precisa che essa non può essere presa in considerazione in quanto previsto dalle condizioni generali di contratto e non contestabile e non rimborsabile se non con l'attivazione della domiciliazione bancaria o sulla fattura di chiusura contratto. Tale importo, infatti, sarebbe stato restituito sul conto 1/20. Eccepisce che a carico dell'utente risulterebbe un insoluto per € 447,71. Evidenzia inoltre che in alcune fatture risultano i costi delle ricariche automatiche e le chiamate verso numeri speciali: il reclamo anche in questo caso sarebbe stato riscontrato. Conclude per il rigetto dell'istanza di storno e di indennizzo.

L'istanza va parzialmente accolta per i seguenti motivi. In primo luogo, occorre valutare l'eccezione contenuta nelle controdeduzioni relativa al disconoscimento della firma contenuta nel contratto allegato dall'operatore in quanto si tratta di una questione pregiudiziale per la definizione della controversia. Sotto questo profilo si rileva che il disconoscimento della firma è allo stato una mera dichiarazione della parte; infatti, non risulta agli atti una sentenza (definitiva) che riscontri quanto affermato dall'istante e nemmeno che essa abbia mai agito in giudizio perché venisse accertata la falsità della firma e dunque la nullità del contratto. Si evidenzia che, in ogni caso, non rientra tra i poteri del CORECOM accertare o dichiarare la nullità, l'annullamento, la risoluzione dei contratti. Tutt'al più il CORECOM può valutare incidentalmente le stesse vicende contrattuali, ai soli fini istruttori, per risolvere la controversia stessa nei limiti previsti dal Regolamento di procedura, ma non può esprimersi sulla validità strutturale e funzionale dei contratti. Infatti, l'art. 20 del Regolamento di procedura ai commi 4 e 5 prevede che "L'Organo Collegiale, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, con il provvedimento che definisce la controversia ordina all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno". Lo stesso utente, del resto, nelle controdeduzioni, afferma di essere consapevole che si tratta di una situazione da accertare in sede giurisdizionale. Da ciò discende che il contratto prodotto dall'operatore può essere certamente valutato per verificare la fondatezza o meno dell'istanza dell'utente. Va evidenziato infatti che l'effettiva debenza delle somme indicate in fattura va valutata alla stregua del contratto esistente e non del preventivo, pure prospettato in fase precontrattuale. Eventuali profili risarcitori riconducibili alla fase precontrattuale delle trattative afferiscono alla giurisdizione ordinaria. In ordine ai criteri di riparto dell'onere probatorio giova richiamare l'orientamento costantemente espresso dalla Suprema Corte, secondo il quale "in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o

anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento" (così, Cass. Civ.n.2387/04). Ora, in applicazione di questi principi spettava all'utente allegare il contratto. L'utente, invece, pur non negando espressamente l'esistenza di un contratto stipulato con la società Tim, non assolve a tale onere probatorio e si limita a produrre una e-mail con l'indicazione di un'offerta contrattuale. Nella lettera di disconoscimento della firma contenuta nel contratto afferma che l'accettazione delle condizioni citate nella email inviata dal consulente Tim sarebbe avvenuta per telefono. Per contro, con riferimento alla linea mobile, l'operatore produce la copia di un contratto sottoscritto dall'utente (allo stato, si ribadisce, pienamente valido ed efficace). È dunque con riferimento a tale contratto che va valutata la conformità degli importi indicati in fattura. Da questo si desume che in data 01/08/2018 (data antecedente all'offerta inviata dal consulente Tim 191) l'utente, già cliente fisso della Società TIM, ha aderito all'offerta mobile sul numero telefonico 347188**** con il profilo tariffario Promo MNP Tim special 10. Nel contratto vengono richiamate, tra l'altro, le condizioni generali del contratto Multibusiness accettate dall'utente mediante la doppia sottoscrizione prevista dagli artt. 1341 e 1342 del c.c. Queste ultime all'art. 1 prevedono che "Le presenti condizioni, insieme alla Proposta di Attivazione, all'Offerta/Profilo Commerciale ed agli eventuali allegati, costituiscono, fatti salvi i richiami alle disposizioni di legge, l'intera disciplina del rapporto contrattuale. Ogni eventuale modifica apportata in ragione di accordi raggiunti con le strutture di commercializzazione indirette dovrà essere specificamente approvata per iscritto da Telecom Italia.". Ebbene, l'operatore non ha allegato né la proposta di attivazione, né l'offerta o profilo commerciale, né ha dimostrato in dettaglio nelle memorie la conformità di quanto fatturato rispetto ad esse. Ad ogni buon conto dal sito <https://assistentzatim.it/2018/07/30/offerte-tim-estate/> risulta descritta la seguente promozione: PROMO MNP TIM SPECIAL 10 Include minuti illimitati Europa, 10GB/mese Europa con semplice strozzatura (limitazione di banda) all'esaurimento del bundle nel corso del mese, opzione TIM EUROMESSAGING che rende disponibili 1000 SMS e 100 MMS Europa. La Promozione è compatibile con tutte le opzioni roaming e traffico internazionale disponibili, e con la promozione linea mobile sul fisso (convergenza). Inoltre apre l'accesso alla promozione Smartphone MNP per TIM Europa 5GB. TIM ti offre la PROMO MNP TIM SPECIAL 10 alle seguenti condizioni: • Una tantum € 10,00 • Per 12 mesi € 10,00/mese • Dal 13mo mese € 15,00/mese In effetti i dettagli di tale offerta corrispondono alla promozione indicata nella e-mail inviata dalla consulente TIM il 27/08/2018. Ora, nelle fatture in contestazione non risulta innanzitutto menzionata nel riepilogo dei costi la citata Promo MNP Tim special 10 indicata espressamente nel contratto come profilo tariffario. Nelle fatture risulta indicato il contributo per Tim Europa Unlimited e per "10 EuroGiga VIP, oltre all'evidenziazione di uno sconto pari ad € 10,00. Dunque, applicando la Promo MNP Special 10 per il periodo dal 10/09/2018 al 31/10/2018 l'utente avrebbe dovuto corrispondere per contributi ed abbonamenti € 16,67. Nella fattura n. 7X04732107 gli viene addebitata la somma di € 25,49 (al netto degli sconti praticati). La differenza pari ad € 8, 82 deve essere stornata. Si osserva infatti che la previsione del costo relativo all'attivazione del servizio non risulta dimostrata dall'operatore. Nelle restanti fatture il costo per contributi ed abbonamenti risulta corrispondente al profilo tariffario oggetto del contratto, oltre ad essere corrispondente all'offerta che l'utente afferma di avere accettato, in quanto è pari ad € 10,00 mensili. Sono inoltre dovuti gli importi indicati nelle fatture relativi alle ricariche automatiche in ragione dell'opzione di ricarica sottoscritta dall'utente in data primo agosto 2018 sulla medesima linea mobile. Per questi motivi vanno dunque rigettate le domande di storno delle fatture e, conseguentemente la richiesta di indennizzo per attivazione del servizio non richiesto rispetto alle fatture relative alla linea mobile, con l'eccezione sopra precisata della fattura n. 7X04732107. Rispetto alla linea fissa, nessuna delle parti ha prodotto il contratto, né l'offerta ad essa relativa. Occorre dunque riferirsi all'offerta inviata dal Consulente Tim 191 che, del resto, non viene disconosciuta dalla Parti. Tale email assume infatti valore probatorio ai sensi dell'art. 2712 c.c. per cui "Le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime". Considerato che la stessa offerta prevedeva un totale al mese di € 25, deducendo il costo del servizio mobile, pari ad euro 10, se ne desume che per la linea fissa l'utente avrebbe dovuto corrispondere € 15 al mese. In effetti, le fatture 8R00231479, 8 R00006668, 8R00054536 addebitano un costo di € 30,00 a bimestre, corrispondente all'offerta. Sono pertanto interamente dovuti gli importi indicati nelle predette fatture. Un discorso a parte va fatto per le fatture n. 8R00094986 (per la parte relativa al periodo 15 marzo- 30 aprile del 2019) e per le fatture 8R00137419, 8R00181321 e 8R00218633 in cui si ravvisa un aumento del canone di abbonamento pari ad € 20,00. Nelle memorie si evidenzia che detto aumento è dovuto alla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali. Ai sensi dell'art. 70, comma 4, del Dlgs. 259/2003 "Il contraente, qualora non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, ha diritto di recedere dal

contratto senza penali né costi di disattivazione. Le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, e contengono le informazioni complete circa l'esercizio del diritto di recesso. L'Autorità può specificare la forma di tali comunicazioni". Qualora l'operatore proceda a rimodulare unilateralmente le condizioni contrattuali ed economiche inizialmente sottoscritte dal cliente, in forza delle disposizioni legislative vigenti (in specie l'articolo 70, comma 4, del d.lgs. n. 259/2003), esso è tenuto a informare l'utente della rimodulazione, con un preavviso non inferiore a 30 giorni, specificando il diritto di recesso, garantito senza l'applicazione di alcun costo aggiuntivo. (così Agcom, delibera 58/11/CIR). Ebbene, nel caso di specie, non vi è nessuna prova circa l'assolvimento dell'obbligo di preventiva ed adeguata informazione dell'utente. Conseguentemente, si riconosce il diritto dell'utente allo storno delle fatture in misura corrispondente all'aumento contrattuale praticato. Pertanto, le fatture 8R00137419, 8R00181321 e 8R00218633 vanno stornate di € 20,00 ciascuna; la fattura n. 8R00094986 va stornata di € 15,48. Con riferimento alla contestazione dell'addebito di € 100,00 per "anticipo conversazioni" effettuato nella fattura n. 8R00094986 occorre precisare quanto segue. Rispetto a tale addebito l'utente ha promosso reclamo, al quale l'operatore ha risposto che gli importi sono stati correttamente addebitati in quanto previsti dall'art. 16 delle condizioni generali di abbonamento a titolo di anticipo conversazioni e che tale somma non costituisce deposito e verrà restituita al Cliente, in conformità all'art. 1851 c.c. In questa sede tuttavia l'operatore non produce documentazione relativa all'offerta attiva sulla linea dell'utente, non fornisce il contratto e le condizioni generali di abbonamento applicate nella specie, in maniera tale che questo Corecom possa valutare la legittimità di tale addebito. Nelle memorie si afferma che nel conto 1/20 tale addebito è stato restituito. Si ritiene che allo stesso modo la risposta al reclamo prot. C24125297 non sia stata adeguatamente motivata attraverso la puntuale indicazione di tale previsione contrattuale e la rassicurazione che sarebbe stata restituita con l'attivazione della domiciliazione bancaria o sulla fattura di chiusure del contratto (così come viene invece spiegato nelle memorie dell'operatore). In base agli articoli 8 e 11 dell'allegato A alla delibera Agcom n. 179/03/CSP qualora l'utente rivolga un reclamo al gestore, la risposta deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della segnalazione. Ciò al fine di soddisfare l'esigenza di dare all'utente un riscontro chiaro, esaustivo ed univoco e idoneo a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato (in questo senso si veda anche Corecom Emilia-Romagna, delibera 384/18). La stessa Autorità ha più volte sottolineato che "la ratio sottesa all'obbligo dell'operatore di dare riscontro ai reclami dell'utente sta nell'opportunità di instaurare e garantire una corretta dialettica tra le parti contrattuali (così, Agcom, delibera 57/11/CIR). Si ritiene pertanto dovuto l'indennizzo previsto per la mancata risposta al reclamo che si liquida, ai sensi dell'art. 12 dell'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS, in € 300,00.

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 19/12/2019, è tenuta a:
 - corrispondere la somma di € 300,00 (euro trecento/00) a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo ai sensi dell'art. 12 del Regolamento in materia di indennizzi; - provvedere allo storno delle fatture, come precisato in motivazione, per € 84,30
- a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento della presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento 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.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il responsabile del procedimento
Silvia Pintus