

## **DETERMINA 4 Fascicolo n. GU14/414902/2021**

### **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA xxxxx - 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. 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 15/04/2021 acquisita con protocollo n. 0179440 del 15/04/2021;

**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:

#### **1. La posizione dell’istante.**

Parte istante, titolare di un contratto privato di cui al numero di utenza fissa 0573837xxxx contestava all'operatore TIM SpA (Kena mobile) (di seguito, per brevità, Tim) la discontinua erogazione dei servizi voce e internet.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, l'istante dichiarava che: *“Fin dall'inizio del rapporto anteriore al 2017, [si era verificata la] mancanza di connessione sulla line[a] internet che [raggiungeva] livelli di 1 - 1,5 molto al di sotto delle condizioni contrattuali (...). Il 10/04/2019 durante uno dei reclami, un operatore, [proponeva] un modem nuovo, le cui caratteristiche avrebbero risolto definitivamente i problemi”*.

L'istante accettava la proposta, ma *“Le cose non migliora[vano]sul fronte internet, [e rimaneva] anche senza voce da luglio ad agosto 2019 per 30 giorni circa”*.

L'istante concludeva che *“la qualità del servizio internet [era] sempre la stessa”*.

In base a tali premesse l'istante richiedeva:

- i) La *“chiusura del contratto con annullamento di ogni penale o costi di chiusura”*.
- ii) L'*“indennizzo per malfunzionamento parziale sulla connessione internet per tutto il periodo contrattuale da prima del 2017”*.
- iii) L'*“indennizzo per malfunzionamento totale per 30 giorni [circa]”*.

L'istante quantificava gli indennizzi richiesti in un importo pari a euro 1500,00.

In data 15 ottobre 2021 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore Tim il tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

## **2. La posizione dell'operatore.**

L'operatore TIM, nell'ambito del contraddittorio, con deposito della memoria difensiva del 4 giugno 2021, dichiarava che *“l'istante contesta[va] l'esistenza di presunti e non documentati malfunzionamenti sulla linea internet che si sarebbero manifestati sin dal 2017, con periodicità e durata non precisata [e inoltre dichiarava] di aver subito a seguito del cambio tariffario [proposto dall'] operatore (...), anche un malfunzionamento della durata di 30 giorni (tra luglio ed agosto 2019), durante i quali non era stata fruibile nemmeno la linea voce”* aggiungendo che *“L'istante nel procedimento di definizione non allega[va] alcunché. Non [essendo state] depositate le fatture contestate, né (...) documentate segnalazioni o reclami”*.

L'operatore ribadiva che le *“deduzioni e richieste [erano] generiche, infondate per diversi motivi e, comunque, (...) totalmente prive di riscontro documentale”* e come la *“controparte si limita[ssse] a rivolgere (...) contestazioni generiche, anche sotto il profilo temporale, senza (...) indicare le modalità con le quali il presunto malfunzionamento si sarebbe manifestato e (...) senza individuare il dies a quo e il dies ad quem del medesimo o dei singoli episodi”*.

L'operatore specificava altresì che l'istante non aveva *“fornito prova alcuna degli addebiti contestati e (...) non [aveva] allegato né provato la fonte negoziale del rapporto che si pretende[va] inadempito (...) [non avendo] documentato l'invio di reclami o segnalazioni relative alle singole doglianze, (...) [né] depositato tutte le fatture per le quali [veniva] richiesto lo storno”*.

L'operatore aggiungeva che *“le doglianze avversarie (...) non trova[vano] alcuna conferma nei [propri] sistemi. Infatti, da verifiche interne, non risulta[va]no a sistema malfunzionamenti [tali da impedire] alla parte istante la regolare e continua fruizione dei servizi. In particolare, la connessione internet attiva sulla linea n. 0573837xxx, diversamente da quanto asserito, [aveva] sempre funzionato correttamente, con velocità coincidente con quella contrattualmente prevista”*.

L'operatore rilevava inoltre, come *“la controparte non [avesse] mai portato all[a loro] attenzione nessuna doglianza relativa a presunti malfunzionamenti e (...) [come] non [avesse] mai*

*inviato una apposita comunicazione corredata di certificato Nemesys”, specificando che “i problemi di connettività non sono produttivi né di indennizzi, né di rimborsi o storni”, così come indicato sia nelle Condizioni generali dell’offerta ADSL, che nella alla Welcome Letter allegate dall’operatore stesso, e come confermato dalla “Delibera AgCom 244/08/CSP e successive modificazioni, integrata con la Delibera Agcom n. 151/12/CONS e s.m.i.” secondo cui vi è “la possibilità per gli utenti finali di effettuare tramite Nemesys, sito autorizzato da Agcom, la misurazione della velocità delle connessioni e, qualora i parametri non corrispondano ai valori minimi di upload e download stabiliti, consente che si possa richiedere solo la cessazione del servizio senza penali”.*

Pertanto, secondo l’operatore, *“l’istante non [aveva] diritto ad alcuno storno o corrispettivo economico (...) [e], in assenza dell’invio del certificato Nemesys non [poteva] nemmeno invocare l’esistenza dei presupposti per l’applicazione di un recesso in esenzione spese”.*

Parimenti infondate erano, secondo l’operatore, *“le domande in punto di interruzione totale dei servizi nel mese di luglio 2019 e agosto 2019”, poiché non corredate di “una tempestiva segnalazione della problematica” né di un reclamo “caratterizzato, ai fini della liquidazione, da “continenza, in termini di tempo, rispetto al disservizio lamentato”.*

L’operatore ribadiva pertanto, l’impossibilità di *“riconoscere alcun indennizzo nell’ipotesi in cui il reclamo non sia tempestivo, rispetto alla problematica oggetto di contestazione o, comunque, non sia conferente o documentato, come nel caso di specie”.*

L’operatore dichiarava infine che *“la linea n. 0573837xxx [risultava] cessata e [che] sulla stessa [era] presente un insoluto pari ad € 137,38, portato dalla fattura”* allegata, corrispondente al periodo 01/12/2020-31/12/2020 e avente a oggetto *“Quota adesione TIM CONNECT: n. 5 rate residue” e “Addebito decoder TIM: n. 29 rate residue”.*

L’operatore concludeva dunque, nel merito respingendo l’istanza *“in quanto infondata in fatto e in diritto e, comunque, in quanto non provata, per i motivi sopra esposti”.*

### **3. Motivazione della decisione.**

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

*In primis*, con riferimento alla doglianza *sub i)* finalizzata ad ottenere la *“chiusura del contratto”*, può considerarsi cessata la materia del contendere, atteso che l’operatore in memoria ha dichiarato che *“la linea n. 0573837xxx [risultava] cessata”.*

La domanda *sub i)* volta ad ottenere l’*“annullamento di ogni penale o costi di chiusura”* può essere accolta nei termini di seguito esposti.

Parte istante ha contestato l’applicazione dei costi di recesso, avanzando la mancata risoluzione dei disservizi lamentati, laddove l’operatore ha sostenuto la correttezza della fatturazione.

*In primis* occorre richiamare che è ormai pacifico che, nel caso di contestazione delle fatture, l’operatore debba fornire la prova della debenza degli importi fatturati, altrimenti l’utente ha diritto allo storno o al rimborso degli stessi, tenuto conto che la fattura non costituisce negozio di accertamento.

Sul punto viene in rilievo l’orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, (*ex multis*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947) in virtù del quale l’emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l’entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all’utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell’operatore telefonico; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali. Tanto premesso, sussiste

in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313), altrimenti l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al loro rimborso (*ex multis*, Delibera Agcom n. 82/17/CIR).

Dagli atti del procedimento risulta la fattura n. RL00043950 del 16 gennaio 2021 "Addebito decoder TIM: n. 29 rate residue" e "Quota adesione TIM CONNECT: n. 5 rate residue". Sul punto l'operatore ha sostenuto la correttezza della fatturazione emessa, evidenziando che *l'istante non [aveva] diritto ad alcuno storno o corrispettivo economico (...) [e], in assenza dell'invio del certificato Nemesys non [poteva] nemmeno invocare l'esistenza dei presupposti per l'applicazione di un recesso in esenzione spese*". Tuttavia nulla ha dedotto in merito al *quantum* addebitato nella predetta fattura, non indicando, in modo chiaro e trasparente, né in memoria, né si evince dalla documentazione prodotta inerente all'utenza *de qua* che l'utente sia stato informato circa i costi che avrebbe dovuto sostenere in caso di recesso anticipato da un contratto che prevedeva offerte promozionali e vincoli di durata.

In particolare, deve evidenziarsi che, sulla base quanto prodotto in atti, non è dato sapere se tali costi siano stati accettati dall'utente al momento dell'adesione al profilo tariffario. Infatti l'operatore ha allegato una lettera datata 10 aprile 2019, con la quale comunicava, *"come da (...) richiesta, [di aver] attivato l'offerta sulla (...) linea telefonica"* secondo l'offerta TIM CONNECT ADSL. Tuttavia tale documentazione, non prova l'accettazione da parte dell'utente delle condizioni contrattuali non essendo allegata la documentazione attestante la sottoscrizione del contratto stesso.

Alla luce di quanto sopra esposto, in assenza di prova contraria, non essendo stata provata la debenza degli importi in contestazione, risultano ingiustificate le spese addebitate dall'operatore a titolo di recesso anticipato nella fattura n. RL00043950 del 16 gennaio 2021.

#### Sugli indennizzi per malfunzionamento

Con riferimento alle domande *sub ii)* riguardante l'*"indennizzo per malfunzionamento parziale sulla connessione internet per tutto il periodo contrattuale da prima del 2017"* e *sub iii)* rispetto all'*"indennizzo per malfunzionamento totale per 30 giorni [circa]"* la parte istante richiedeva gli indennizzi per malfunzionamento laddove l'operatore rispondeva di non aver ricevuto alcun reclamo.

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

Sul punto, l'istanza risulta scarna, non circostanziata e priva di documentazione adeguata che avrebbe potuto essere fornita a supporto e chiarimento delle pretese dell'istante. Infatti, la parte istante ha lamentato il *"malfunzionamento parziale sulla connessione internet per tutto il periodo contrattuale da prima del 2017"* senza, tuttavia, circoscrivere il lasso temporale di riferimento e senza provare di aver presentato all'operatore reclami tracciati in costanza dei lamentati malfunzionamenti.

È evidente che, in assenza di segnalazione da parte del cliente, il gestore non può venire a conoscenza del supposto malfunzionamento o di un qualunque altro inconveniente riscontrato dal cliente. Il principio suddetto è normalmente applicato e affermato dall'Autorità Garante nelle sue precedenti pronunzie (si veda, ad esempio, la Delibera Agcom n. 640/13/CONS). In effetti, in presenza di qualsivoglia disservizio, l'intervento del gestore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato da parte del cliente. In altri termini, l'onere della prova della risoluzione della problematica lamentata ricade sul gestore, ma è inconfutabile che sul cliente incomba l'onere della segnalazione del problema.

Pertanto, in assenza di riferimenti dettagliati e attesa la sostanziale indeterminatezza del periodo eventualmente indennizzabile, non può che risultare impossibile l'accertamento dell'*an*, del

*quomodo* e del *quando* del verificarsi del lamentato disservizio, tanto da non consentire, in questa sede, una valutazione adeguata in ordine alla liquidazione di un indennizzo. Pertanto, la richiesta della parte istante *sub ii*) d'indennizzo per i malfunzionamenti della linea non può essere accolta (*ex multis* Delibera Agcom n. 73/17/CONS).

#### **DETERMINA**

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 15/04/2021, è tenuta a stornare o rimborsare in caso di avvenuto pagamento (oltre agli interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia con le modalità indicate nel formulario), per le motivazioni di cui in premessa, entro 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento, la fattura RL00043950 del 16 gennaio 2021 pari a € 137,38.

La predetta Società TIM SpA (Kena mobile) è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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 dirigente

Cinzia Guerrini

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