

DETERMINA Fascicolo n. GU14/486074/2021**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXX C. - 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 XXXXX C. , del 24/12/2021 Vista la

relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’utente contesta che, a seguito dell’attivazione di un nuovo contratto TIM CONNECT del 1.03.2019 ed assegnazione della numerazione 0XXXXXXXXX, il Gestore fatturava canoni difformi a quanto pattuito in sede di attivazione telefonica. In particolare, l’utente lamenta che il canone mensile pattuito fosse pari ad € 26,90 ma che TIM – già in occasione della prima fatturazione – emettesse compensi pari a quasi il doppio. Per tali motivi, la Sig.ra XXXXXXX formalizzava un primo reclamo scritto di contestazione delle fatture del 2.05.2019, a mezzo del quale richiedeva, senza esito, la registrazione vocale di attivazione del contratto. Tuttavia, poiché il Gestore continuava ad emettere fatturazioni difformi e stante il mancato riscontro ai reclami, in data 31.11.2021

l'utente cambiava operatore. Poste tali premesse in fatto richiedeva: i. Consegna della copia della registrazione vocale e scheda di adesione firmata dalla scrivente; ii. indennizzo di € 6.390,00 per indebita attivazione di una nuova linea, ai sensi dell'art 9 comma 1 dell' Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS [639 gg x 2 servizi 10 € dal 1/03/2020 alla data di 31/11/2021; iii. Rimborso di tutti i canoni indebitamente pagati (per l'attivazione di un servizio senza che tim aveva un regolare contratto) dal 1/03/2020 alla data 31/11/2021 (cambio operatore) ai sensi dell'art 9 comma 1 dell' Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS (vedi All.5) iv. Storno dell'ultima fattura Tim di chiusura conto; v. Indennizzo di € 300,00 per mancato riscontro reclamo; vi. Il rimborso delle spese di procedura.

Con memoria difensiva di parte del 10.02.2021, si costituiva l'Operatore TIM il quale, in via preliminare, eccepiva l'inammissibilità dell'istanza dell'utente per violazione dell'art. 14, comma 3 del Regolamento di cui all'Allegato A della Delibera 353/19/CONS. In particolare, la TIM contestava che l'istante ha depositato reclami non depositati in fase di conciliazione, richiedendo che l'istanza, nella parte in cui si riferisce a detti documenti, venisse dichiarata inammissibile. Da quello che consta all'operatore, la Sig.ra XXXXXX, in data 11 dicembre 2018 richiedeva l'attivazione dell'utenza n. 0765884169 per poter usufruire dell'offerta "Tim Connect adsl", la quale prevedeva le seguenti condizioni economiche: euro 27,90 a titolo di canone mensile di abbonamento fisso per il servizio internet, euro 1,00 per il servizio "Tim Vision", euro 6,88 da pagare in 48 rate per il servizio "Tim expert" e la possibilità di effettuare chiamate nazionali verso telefoni fissi e mobili alla tariffa di euro 0,19 al minuto, con scatti anticipati ogni sessanta secondi ed euro 0,19 di scatto alla risposta. A seguito della richiesta ricevuta, l'operatore provvedeva tempestivamente ad attivare tutti i predetti servizi ed infatti in data 22 gennaio 2019 l'Operatore inoltra all'istante la "welcome letter" contenente le specifiche tecniche delle offerte attivate. Per quanto attiene i reclami fax del 2.05.2019 e 23.01.2020, la TIM contesta come quest'ultimi non possano essere presi in considerazione in quanto privi di una valida ricevuta di spedizione. Poste tali premesse, in fatto ed in diritto, l'Operatore così concludeva: "in via preliminare, dichiarare l'inammissibilità, in parte qua, dell'istanza per violazione dell'art. 14 comma 3 e art. 6 comma 1 del Regolamento di cui all'allegato A alla delibera 353/19/CONS; - nel merito, respingere l'istanza in quanto infondata in fatto ed in diritto e comunque sfornita di prova per i motivi sopra esposti". In via istruttoria, allegava

1. Proposta di attivazione dell'11 dicembre 2018 e 2. Wellcome letter del 22 gennaio 2019. In sede di repliche: con memoria di parte del 23.02.2021, la parte istante contestava le deduzioni della società convenuta in quanto infondate in fatto ed in diritto, insistendo per le proprie richieste così come contenute nell'istanza introduttiva del procedimento. In particolare, l'utente insisteva circa l'ammissibilità della domanda e produceva prova di invio fax dei reclami del 2.05.2019 e 23.01.2020. Relativamente al contratto dell'11.12.2018 prodotto da TIM, l'utente produceva altresì denuncia querela per truffa presentata presso la Legione dei Carabinieri di Poggio Moiano in data 15.02.2022.

Preliminarmente, nel rito, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile, anche con espresso riferimento alla documentazione regolarmente depositata dall'utente (reclami), già in sede di istanza di conciliazione. Sempre in via preliminare, nel merito, si osserva che non risulta accoglibile l'istanza di cui al punto i. in quanto la richiesta esula dalle competenze del Corecom ai sensi dell'art. 20 comma 4 della del Regolamento di cui all'allegato A alla delibera 353/19/CONS, stante anche l'avvenuta produzione da parte di TIM, in sede istruttoria, della proposta di abbonamento sottoscritta dall'utente. Per le medesime motivazioni, si precisa che non risultano rilevanti nel presente procedimento i denunciati sottesi profili per truffa in quanto di esclusiva competenza delle Autorità Giudiziarie preposte. Sul punto, occorre chiarire che il Corecom non è competente neppure in materia di verifica dell'autenticità di una sottoscrizione, atteso che il cd. disconoscimento di autenticità, avente per oggetto una scrittura o la sottoscrizione su di essa apposta e disciplinato dagli artt. 214 e 215 c.p.c., è demandabile all'Autorità giudiziaria ordinaria (Cass., sent. 22 gennaio 2004, n. 935; delibera Agcom 23/19/CIR) nei confronti della quale resta salva per l'utente la possibilità di rivolgersi anche a prescindere dagli esiti della presenta controversia. Orbene, all'esito dell'istruttoria e dalla disamina degli atti e dei documenti presenti nel procedimento è possibile accogliere parzialmente la domanda di parte ricorrente, in quanto fondata nei limiti di seguito riportati. Per quanto attiene le domande sub ii e iii. si osserva che nel merito l'istante contesta addebiti in fattura difforni dall'offerta contrattuale prospettata telefonicamente ed attivata con decorrenza il 1/03/2019 relativa all'utenza fissa e ADSL, con contratto Tim Connect. Posto che trattasi di un contratto concluso telefonicamente, appare opportuno ricordare che, per i contratti stipulati a distanza, gli operatori son o tenuti a rispettare le novità normative introdotte dal D.Lgs 21 febbraio 2014 n. 21 al Codice del Consumo (D.lgs.

6 settembre 2005 n. 206) in recepimento della direttiva la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori. Tra le numerose modifiche apportate per regolare il rapporto tra imprese e consumatori, prevede significativi cambiamenti con riferimento ai requisiti formali per la conclusione dei contratti stipulati mediante l'uso del telefono. In particolare non è più sufficiente che il compratore accetti verbalmente l'offerta formulatagli nel corso della conversazione con l'operatore, ma occorrerà che il documento contrattuale, reso in forma scritta o su supporto durevole, sia sottoscritto dal cliente a conferma del consenso già espresso attraverso il vocal order. Tale previsione comporta la necessità di ottenere la firma del consumatore o l'accettazione scritta dell'offerta affinché sorga il vincolo contrattuale a carico delle parti; in mancanza di questo requisito formale il contratto non può dirsi perfezionato. Ciò vale a dire che il contratto non può essere concluso con la sola registrazione telefonica, nel corso della quale il consumatore riceve verbalmente ed accetta l'offerta, ma è necessario che segua l'invio al consumatore della proposta scritta di contratto e l'accettazione scritta del consumatore. Le norme codicistiche infatti intendono questo come il momento in cui l'utente acquisisce piena contezza di quanto ha accettato verbalmente e, in caso di difformità dalle aspettative, ha la possibilità di ripensarci. La ratio della previsione sta dunque nel rafforzamento della già esistente tutela a favore del consumatore, che deve ritenersi vincolato solo a seguito di adeguata presa di conoscenza delle condizioni contrattuali già rappresentategli per telefono, in modo da evitare la possibilità di subire contratti, condizioni, servizi non voluti o, come nel caso di specie, condizioni tariffarie difformi da quelle prospettate telefonicamente. Ciò premesso, nel caso che ci occupa, l'operatore ha fornito prova di avere assolto ai suddetti previsti adempimenti depositando in atti la proposta scritta di contratto e la relativa accettazione scritta dell'istante dal quale evincere le effettive e complete pattuizioni contrattuali concordate (offerta TIM CONNECT ADSL). Poste tali risultanze istruttorie, non sarà possibile configurare a carico del Gestore una responsabilità per servizio attivato senza il consenso, ovvero per applicazione di profilo tariffario difforme, atteso che – dalla disamina della fattura – risulta che la TIM ha fatturato i canoni per il servizio TIM CONNECT così come riportato nella relativa PDA depositata in atti. Tuttavia, l'Operatore a fronte della contestazione di un costo diverso da quello poi fatturato (ovvero il costo mensile omni comprensivo di € 26,90) non ha depositato il V.O. da dove si evincesse la verifica della corretta comunicazione delle informazioni commerciali: Nel caso di specie, infatti, la difformità risulterebbe dall'applicazione di ulteriori costi "a consumo" per le chiamate verso fissi e mobili ulteriori rispetto al canone concordato per il servizio e presente in fattura. Sul punto appare opportuno ricordare che 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 28/05/2004 n. 10313) adempimento questo che, nel caso di specie non risulta sia stato completamente assolto dall'operatore. Ed infatti, qualora l'utente lamenti una difformità tra le condizioni contrattuali pattuite e quelle applicate, con conseguente contestazione degli addebiti fatturati, deve rilevarsi una responsabilità dell'operatore per inesatto adempimento contrattuale, in mancanza di elementi atti a smentire le deduzioni dell'utente. Dunque, ai sensi del combinato disposto degli articoli 1336 e 1337 c.c., nonché del basilare principio di buona fede e correttezza che dovrebbe improntare il comportamento delle parti anche nella fase della conclusione del contratto, va accolta la domanda dell'istante volta al rimborso di quanto pagato in sovrapprezzo. Infatti, l'Antitrust, con la delibera n. 21148/2010 ha delineato la fattispecie come una pratica commerciale scorretta, ritenendo viziata la fase di formazione del consenso, per via del fatto che l'utente è stato indotto in maniera ingannevole (attraverso informazioni inesatte, o comunque incomplete, relativamente alla disponibilità, ai tempi di consegna e alle condizioni di acquisto dei prodotti) ad assumere una decisione di carattere commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Poiché il Gestore ha omesso di dimostrare – a fronte della specifica contestazione dell'utente – l'effettivo contenuto delle informazioni fornite alla Sig.ra XXXXXXXX in sede di stipula, ne deriva che TIM non ha soddisfatto l'onere della prova che al ricorrente siano state fornite informazioni veritiere in merito alle caratteristiche essenziali dell'offerta (i.e. il prezzo). Pertanto, poiché come visto, nel caso di specie la difformità riguarda la fatturazione "a consumo" delle chiamate nazionali verso fisso e mobile, l'Operatore sarà tenuto al ricalcolo di tutte le fatture, con decorrenza dalla prima attivazione del 1.03.2019 e fino alla chiusura del ciclo di fatturazione, procedendo – previo storno di tutte le chiamate verso rete fissa e mobile – al rimborso delle somme così ricalcolate. Pertanto, in conclusione, la domanda sub. iii, viene accolta non relativamente ai canoni, come richiesto dall'utente, dal momento che, effettivamente, dalle fatture in atti emerge che il canone è di € 26,90, bensì per i costi effettivi a consumo effettivamente sborsati dall'utente. iv. Con riferimento alla richiesta di storno della fattura di chiusura conto, si osserva che la stessa non può essere ammessa, atteso che per ottenere lo storno richiesto l'istante avrebbe dovuto versare in atti, quantomeno, copia delle fatture contestate. E' altresì, doveroso significare che l'istante non si è curato di depositare in atti al fascicolo il recesso/migrazione effettuato per l'utenza 0XXXXXXXXX ed inerente la contestazione mossata. Pertanto, per le argomentazioni sopra riportate, nel merito, si significa che la richiesta

inerente la chiusura della linea in esenzione costi non merita accoglimento, stante l'impossibilità di provare la presenza di addebiti ingiustificati e non dovuti, considerata l'estrema e persistente genericità della contestazione mossa non supportata da alcuna documentazione probante e non avendo l'istante specificati gli addebiti non dovuti, ma richiedendo in questa sede sic et simpliciter lo storno totale della fattura. v. Relativamente alla richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, la domanda risulta fondata, atteso che TIM non ha prodotto la risposta al fax del 2.05.2019. Al riguardo, in via generale, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi 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. Va dunque accolta la richiesta di un indennizzo per la mancata risposta ai reclami, da considerarsi in maniera unitaria essendo il secondo fax una mera reiterazione delle doglianze contenute nella prima (cfr. art. 12 comma 2 Del. Indennizzi). Per tali motivi il disservizio è comunque quantificabile nella misura edittale massima di € 300,00, prevista dall'art. 12 comma 1 All. A alla Delibera 347/18/Cons. vi. Infine, per quanto riguarda la richiesta di riconoscimento delle spese di procedura, si precisa che la stessa non può essere accolta attesa la natura gratuita della procedura telematica del ConciliaWeb, la gestione di tutte le udienze in remoto e l'assenza in atti di spese documentate e giustificate.

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 24/12/2021, è tenuta a corrispondere all'utente, mediante assegno o bonifico bancario i seguenti importi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza ed entro 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento: i. Euro 300,00 (trecento/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo, ex art. 12 dell'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS; ii Si dispone altresì il ricalcolo di tutte le fatture, con decorrenza dalla prima attivazione del 1.03.2019 e fino alla chiusura del ciclo di fatturazione, procedendo – previo storno – al rimborso di tutte le somme versate dall'utente a titolo di chiamate a consumo verso rete fissa e mobile.

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