

DETERMINA 11

Fascicolo n. GU14/432466/2021

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA xxxx /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 della società xxxx, del 10/06/2021 acquisita con protocollo n. 0261461 del 10/06/2021;

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.

La società istante, titolare del contratto *business* n. 8881037xxx con la società TIM SpA (Kena mobile), di seguito per brevità Tim lamenta l'applicazione di condizioni contrattuali difformi da quelle sottoscritte e l'attivazione di Sim non volute.

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

- di *“lamenta[re] l'applicazione di condizioni contrattuali completamente difformi da quelle pattuite, attivazione di SIM non richieste, spedizione di n. 2 modem non richiesti e illegittima imposizione di modem che il cliente già aveva”*.

- Contestava, tramite il legale di fiducia, con comunicazione a mezzo pec del 29 gennaio 2021, l'*“applicazione condizioni contrattuali diverse dalle pattuite ed attivazione di servizi, sim ed apparti non richiesti. xxxxx”*.

In data 3 giugno 2021 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore Tim tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso

In base a tali premesse l'istante ha chiesto complessivi euro 1.200,00 per:

- i) *“storno insoluto”*;
- ii) *“rimborso indebito pagato”*;
- iii) *“recesso offerta commerciale in corso”*;
- iv) *“indennizzo per attivazione di servizi non richiesti”*;
- v) *“indennizzo per mancata risposta al reclamo”*.

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, nel rilevare l'infondatezza di quanto *ex adverso* dedotto, in via preliminare ha indicato le utenze oggetto del procedimento nelle seguenti: *“utenze mobili, business n. 335745xxx e n. 335815xxx, attive”*, quindi, nel merito ha eccepito:

- l'*“infondatezza della richiesta di indennizzo per la presunta applicazione di condizioni contrattuali diverse da quelle pattuite e per la presunta attivazione non richiesta delle utenze n. 335745xxx e n. 335815xxx”* precisando che *“parte istante sostiene genericamente di avere richiesto l'attivazione di una offerta che prevedeva, appunto, la mera attivazione di una utenza fissa e che invece l'operatore, disattendendo quanto contrattualmente pattuito, avrebbe attivato due utenze mobili non richieste fatturando per i servizi forniti degli importi illegittimi.”*

- *“In primo luogo, occorre rilevare che parte istante non indica né quali sarebbero state le condizioni pattuite con l’operatore, né tantomeno quali divergenze ci sarebbero state con l’offerta effettivamente applicata. Senza volontà alcuna di sanare le omissioni dell’istante occorre precisare che, in verità, la ricostruzione avversaria risulta in contrasto con i sistemi interni di Tim”.*

- *“Da quello che consta all’operatore, parte istante in data 14 settembre 2020 richiedeva, in aggiunta all’utenza fissa n. 05065xxx della quale era già intestatario, anche l’attivazione di due utenze mobili (nello specifico n. 3357455xxx e n. 335815xxx) al fine di poter usufruire delle offerte “Tim Small” e “Tim Large” e quindi di una promozione che prevedeva sia la fornitura del servizio telefonico fisso che mobile (doc.1). Tale offerta, come si evince dalla voce “APPARATI” a pag. 2 del contratto in parola (doc.1 cit.), prevedeva anche la fornitura di due modem in vendita rateizzata. Ed infatti, Tim, a seguito della richiesta ricevuta, provvedeva immediatamente all’attivazione del servizio in parola”.*

- *“Parte istante avrebbe potuto esercitare il proprio diritto di recesso entro 14 giorni dall’attivazione delle predette utenze, tuttavia, non ha esercitato tale diritto, ciò dimostra che il servizio fornito era confacente alle proprie esigenze”.*

- *“Si precisa, infine, che se effettivamente la volontà dell’istante fosse stata quella di non usufruire delle utenze di cui trattasi, avrebbe potuto inoltrare una regolare richiesta di disdetta in tal senso. Ed invece, parte istante non ha mai inoltrato la predetta richiesta all’operatore, né tantomeno sarebbe in grado di dimostrare il contrario stante l’assenza di allegazioni probatorie sul punto.”*

- *“Peraltro, l’utente ha regolarmente usufruito dei servizi forniti da Tim e non ha mai contestato i conti telefonici ricevuti. Sul punto è opportuno precisare che ai sensi dell’art. 14 comma 4 della dell’allegato A alla Delibera 347/19/CONS “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”.*

- *“Se l’istante non avesse ritenuto idoneo il servizio fornito dall’operatore o nel caso in cui avesse riscontrato la presunta applicazione di condizioni contrattuali diverse da quelle pattuite oppure l’attivazione di due utenze non richieste avrebbe potuto inoltrare opportuno reclamo. Non solo l’istante non ha mai inoltrato alcuna segnalazione in tal senso all’operatore ma è evidente che lo stesso non ha segnalato il presunto disservizio “entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l’ordinaria diligenza”. Le contestazioni avversarie oltreché infondate sono quindi tardive”.*

- *“In ogni caso le condizioni contrattuali applicate risultano coerenti con quelle pattuite e le utenze delle quali l’istante contesta la presunta attivazione non richieste sono state, invece, espressamente richieste dal Sig. xxx”.*

L’operatore, quindi, precisando che *“le avverse domande di indennizzo in tal senso sono, evidentemente, infondate, pertanto, dovranno essere inesorabilmente rigettate”*, ha evidenziato che *“tenuto conto della condotta diligente dell’operatore non v’è ragione alcuna per disporre lo storno della posizione debitoria o il rimborso delle somme asseritamente pagate, come invece richiesto da controparte”.*

- In merito alla richiesta d’indennizzo per mancata risposta al reclamo, la società Tim ha evidenziato che *“parte istante lamenta genericamente anche il presunto mancato riscontro*

ai reclami asseritamente inoltrati all'operatore. Tuttavia, nel fascicolo documentale non v'è traccia dei predetti reclami. Sul punto, giova ricordare che, per costante giurisprudenza del Corecom, ai fini della corresponsione dell'indennizzo, è necessario che l'istante dimostri di aver effettivamente e validamente trasmesso il reclamo all'operatore. (cfr. Delibera DL/186/15/CRL, secondo cui, "il reclamo non può ritenersi validamente avanzato", non essendoci "prova dell'inoltro mediante A/R, cioè secondo la modalità prescritta"). A mente del regolamento applicabile, quindi, non è possibile riconoscere alcun indennizzo nell'ipotesi in cui il reclamo non sia tempestivo rispetto alla problematica oggetto di contestazione e, a fortiori, quando tale reclamo non è stato inoltrato o, comunque, non è stato opportunamente documentato, come nel caso di specie. Infatti, come evidenziato, manca in atti la prova dell'effettivo inoltro del reclamo in parola".

Infine, l'operatore ha concluso chiedendo il rigetto dell'istanza in quanto infondata in fatto ed in diritto e comunque sfornita di prova per i motivi sopra esposti".

3. La replica dell'istante.

La società istante, ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento, una replica con la quale ha precisato quanto segue:

- "mentre è pacifico che con il contratto del 14.09.2020 il cliente intendeva attivare l'offerta TIM SMALL sulle SIM 335 745xxxx e 335 815xxxx, il gestore non ha provato la richiesta di attivazione delle SIM 3341 134xxxx e 331 134xxx, pertanto si insiste nella richiesta di indennizzo per l'attivazione dei servizi non richiesti, oltre che di storno dell'insoluto ad oggi presente, di rimborso di quanto pagato indebitamente per i servizi non richiesti, di indennizzo per mancata risposta al reclamo che si produce in copia".

4. 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 via preliminare:

- con riferimento alla domanda *sub iii*) si osserva che la stessa non può formare oggetto della presente pronuncia in quanto trattasi di attività rimessa alla disponibilità negoziale delle parti da esercitare nei modi e nelle forme disposte dalle Condizioni generali di contratto (Cfr. Delibera Agcom n. 169/19/CIR).

- Con riferimento alle domande *sub i*) di "storno insoluto" e *sub ii*) di "rimborso indebito pagato" le medesime non possono essere accolte per le ragioni di seguito esposte.

Nel caso di specie occorre evidenziare che l'istante ha ommesso di produrre agli atti la documentazione indispensabile allo svolgimento e alla completezza della fase istruttoria da cui poter evincere quali fossero le fatture insolute e quanto fossero gli importi asseritamente indebitamente pagati. Sul punto l'utente avrebbe dovuto, infatti, specificare le singole voci di addebito contestate e a quale titolo, non fornendo, allo stato degli atti, alcun conforto probatorio utile alla comprensione, da parte di questo Corecom, della *res controversa* inerente alla contestata fatturazione.

Al riguardo si richiama l'orientamento costante di questo Comitato, così come della stessa Autorità Garante per le Comunicazioni, in virtù del quale l'istante è tenuto ad adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con un minimo grado di precisione, quali siano i fatti ed i motivi alla base della richiesta allegando la relativa documentazione. Sul punto, occorre ricordare, come ampiamente precisato nelle numerose delibere dell'Autorità,

che l'utente avrebbe dovuto depositare le fatture contestate, precisando le singole voci per le quali richiedeva il rimborso e lo storno, spettando all'operatore, per il principio dell'inversione dell'onere della prova, dimostrare la regolarità della fatturazione e del traffico addebitato. Al contrario, in mancanza di documentazione a sostegno delle richieste formulate dall'utente, l'istanza risulta generica ed indeterminata (*ex multis*, Delibera Agcom 68/16/CIR; Delibere Corecom Toscana n. 17/2017, n. 14/2016, n.156/2016 e n. 157/2016 e Determinazione Corecom Toscana n. 26/2015).

Pertanto, la richiesta della società istante *sub iii)* non può essere accolta, stante l'impossibilità di accertare l'"*an*", il "*quomodo*" ed il "*quantum*" della fatturazione asseritamente indebita (*ex multis* Delibera Agcom n. 73/17/CONS).

Nel merito.

Sulle condizioni contrattuali e sull'attivazione di servizi non richiesti.

L'istante lamenta l'applicazione di condizioni contrattuali diverse da quelle pattuite, l'attivazione non richiesta di SIM e di n. 2 modem non richiesti.

Le doglianze non sono fondate e devono essere rigettate per le motivazioni di seguito esposte.

Nel merito della contestazione relativa all'applicazione di condizioni contrattuali diverse da quelle pattuite si evidenzia che l'istanza risulta generica e non documentata. In particolare, l'utente adduce di aver aderito ad un'offerta commerciale che prevedeva condizioni economiche diverse da quelle applicate, ma non precisa assolutamente i termini delle condizioni di cui richiede l'applicazione, tantomeno produce alcunché a suffragio delle proprie doglianze. La rappresentazione dei fatti formulata dall'operatore resta puntuale e non contraddetta, pertanto, rilevata la genericità delle contestazioni mosse e i profili di incompetenza dell'Autorità adita in merito alle questioni sollevate dall'istante le relative richieste non possono trovare accoglimento in questa sede (*c.fra* Delibera N. 197/18/CIR).

Con riferimento all'attivazione non richiesta di sim e di n. 2 modem in primo luogo occorre precisare che oggetto della presente disamina è il contratto n. 88810xxxx, come indicato nel formulario dall'istante, avente ad oggetto le utenze 335 745xxxx e 335 815xxxx, mentre rimangono fuori da questo procedimento le utenze n. 3341134xxx e n. 331134xxxx, peraltro evidenziate dall'istante per la prima volta nella replica e per le quali non è stato svolto il prodromico tentativo obbligatorio di conciliazione.

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. 41/09/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).

Nel caso in esame, dalla documentazione agli atti risulta che l'istante in data 14 settembre 2020 abbia sottoscritto un contratto per l'attivazione di due utenze mobili, ovvero le numerazioni 335745xxx e 335815xxx con profilo "*Tim Small*", comprensivo anche della fornitura di due modem in vendita rateizzata.

Ciò chiarito, la documentazione contrattuale prodotta dall'operatore recante la sottoscrizione da parte dell'istante, in assenza di un disconoscimento formale effettuato secondo il codice di rito, è da ritenersi valida ai fini della presente decisione atteso che la medesima documentazione è di per sé sufficiente a comprovare la volontà dell'utente di attivare il contratto e i relativi servizi e *“fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta se colui contro il quale è prodotta ne riconosce la sottoscrizione ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta”* (art. 2702 c.c.).

La domanda dell'istante relativa all'indennizzo per *“attivazione di servizi non richiesti”*, pertanto deve essere rigettata.

Sull'indennizzo per mancata risposta al reclamo.

L'istante lamenta la mancata risposta al reclamo inoltrato tramite il legale di fiducia, con comunicazione a mezzo pec del 29 gennaio 2021, laddove l'operatore contesta la mancanza *“in atti [del]la prova dell'effettivo inoltro del reclamo in parola”*.

La doglianza è fondata e merita accoglimento.

Agli atti risulta l'invio del reclamo a mezzo pec all'operatore, mentre non risultano risposte in merito al citato reclamo.

Ciò premesso, in accoglimento della domanda di cui al punto sub v), l'istante ha diritto all'indennizzo *“per mancata o ritardata risposta ai reclami”*, di cui all'art. 12, comma 1, dell'Allegato A) alla Delibera n. 73/11/CONS come da ultimo modificata dalla Delibera n. 347/18/CONS che, prevede, nel caso in cui l'operatore non fornisca risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità che sia, tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari ad euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di euro 300,00.

Atteso che il disposto dell'art. 8, comma 4, della Delibera n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), prevede che la risposta al reclamo debba essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto, la mancata risposta al reclamo giustifica il riconoscimento all'utente di un indennizzo *“da mancata risposta al reclamo”*.

Pertanto, ai fini del calcolo dell'indennizzo di cui sopra, detratto il tempo utile di 30 giorni previsto dalla carta dei servizi dell'operatore Tim per la risposta al reclamo del 29 gennaio 2021, si determina il *dies a quo* nella data del 2 marzo 2021 ed il *dies ad quem* nel giorno 3 giugno 2021, data dell'udienza di conciliazione (*c.fra* Determina Direttoriale 108/21/DTC/CW).

Quindi la società Tim è tenuta a corrispondere all'istante un indennizzo pari all'importo di euro 232,50 (euro 2,50 *pro die* x n. 93 giorni di mancata risposta al reclamo).

DETERMINA

TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 10/06/2021, è tenuta a corrispondere, per le motivazioni di cui in premessa, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, con le modalità di pagamento indicate nel formulario, in favore dell'istante l'importo maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza pari ad euro 232,50.

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.)