

DETERMINA Fascicolo n. GU14/203588/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXX G. 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 XXXX G. , del 13/11/2019 acquisita con protocollo n. 0488950 del 13/11/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante L’istante, cliente della Soc. Tim S.p.a. con codice n°690xxx, esprimeva di essere cliente Telecom Italia S.p.a da oltre trent’anni, avendo aderito all’offerta commerciale “TUTTO VOCE”, con riferimento alla linea telefonica allo stesso intestata ed identificata con il numero 06/901xxx. L’istante avrebbe sempre provveduto al pagamento delle fatturazioni allo stesso recapitate. Nel mese di gennaio 2018, il Sig. XXXXX si avvedeva dell’addebito in fattura di importi a titolo di “Decoder TIMVISION”, mai richiesto dall’istante e mai entrato in possesso dello stesso, il quale pertanto, provvedeva immediatamente a contattare il call center del

gestore telefonico. In detta occasione, l'operatore riferiva che l'addebito in fattura avveniva dal mese di giugno 2017 a seguito dell'asserita consegna del decoder a mezzo corriere. Da allora i reclami telefonici e scritti da parte dell'istante sarebbero stati molteplici. Nel mese di maggio 2018, alla contestazione dell'ultima fattura pervenuta, un operatore del call center riferiva che, a far tempo dalla fatturazione di maggio 2018 con scadenza giugno 2018, avrebbero provveduto alla risoluzione del problema, decurtando ab origine l'importo non dovuto. Successivamente, nonostante ciò, il Sig. XXXXX riceveva la fattura n°RW01586094, emessa in data 4.5.2018 dell'importo di Euro 139,41. Come è possibile evincere dal dettaglio rapporti, l'importo de quo deriverebbe dall'addebito di Euro 110,63, a titolo di "Decoder TIMVISION n°37 rate residue". All'udienza del 28.10.2019, le parti formulavano le proposte di componimento: Tim S.p.a. proponeva una chiusura transattiva con storno integrale dell'insoluto e indennizzo di Euro 200,00, con modalità di erogazione vincolante ad una determinata opzione aziendale (o versamento su Iban dell'utente o assegno intestato all'utente da recapitarsi al suo indirizzo di fatturazione); il Sig. XXXXX accettava la transazione, ma non anche le modalità vincolanti, dal momento che: 1. l'Iban non sarebbe utilizzato dal ricorrente per il pagamento delle fatture e conseguentemente non ritiene di doverlo comunicare al gestore neppure in detto frangente 2. l'altra modalità di ricezione dell'assegno all'indirizzo di fatturazione avrebbe un alto rischio di smarrimento del titolo in quanto lo stabile sarebbe privo del servizio di portierato. Si concludeva il procedimento per l'esperimento del tentativo di conciliazione e si dava atto che le parti non raggiungevano alcun accordo. All'udienza del 4.2.2020, nell'ambito del contenzioso, il responsabile, considerato che l'istante insisteva nel richiedere che l'indennizzo venisse corrisposto tramite assegno circolare da recapitarsi presso il domicilio eletto, mentre il gestore non concordava con detta richiesta, preso atto dell'impossibilità di addivenire ad una soluzione transattiva, rimetteva gli atti al Collegio. L'utente chiedeva quindi: "fornire ad horas al Signor XXXXX copia dei files di registrazione telefonica ove si evince il consenso dell'utente all'acquisto del Decoder TIM VISION; a fornire ad horas copia della ricevuta di consegna del Decoder TIM VISION, asseritamente effettuata dal corriere, a mani del consumatore ovvero a persona dallo stesso incaricata alla ricezione; a ritenere illegittima come in effetti è illegittima la fatturazione emessa ovvero in corso di emissione nei confronti del Sig. Giancarlo XXXXX, con particolare -ma non esclusivo- riferimento alla seguente bolletta che quivi si indica a titolo meramente esemplificativo: Fattura n.RW01586094 del 04.05.2018 dell'importo di Euro 139,41; previo storno degli importi non dovuti, restituire a mezzo emittende note di credito intestate al Signor Giancarlo XXXXXX, da corrispondersi allo Studio Legale Perciballi in 00195/Roma alla Via Tommaso Campanella n.14/g, le somme a tutt'oggi in eccesso, rispetto alle pattuizioni inter partes ovvero a titolo di Decoder TIMVISION, versate ed indebitamente ritenute da Telecom Italia S.p.a., a far tempo dal mese di giugno 2017; a corrispondere gli indennizzi per mancata risposta ai reclami inoltrati, nonché per i comportamenti aggressivi e scorretti posti in essere dal gestore Telecom Italia S.p.a.; a risarcire tutti i danni patrimoniali e non, subiti e subendi a causa delle condotte illegittime poste in essere da Telecom Italia S.p.a. che in detta sede, bonariamente, si quantificano in Euro 1000,00".

2. La posizione dell'operatore Tim S.p.a. L'operatore eccepiva l'infondatezza, in fatto ed in diritto delle richieste ex adverso formulate dal momento che l'istante avrebbe fondato la propria istanza sulla presunta attivazione di servizi non richiesti e sull'asserita illegittima fatturazione dei relativi costi da parte di TIM. La doglianza avversaria risulta completamente infondata generica e comunque non provata ed inoltre, l'istante si limiterebbe a formulare una domanda di rimborso, senza tuttavia segnalare né le fatture contestate, né tantomeno gli importi asseritamente non dovuti. "...In particolare, a fronte di una tale richiesta, la controparte non deposita alcuna ricevuta di pagamento a supporto della propria richiesta. 3 La completa genericità degli addebiti, indeterminati e per nulla circoscritti, basterebbe a comportare l'integrale rigetto dell'avversa domanda, risultando peraltro l'esponente società impossibilitata a replicare adeguatamente alle pretese avversarie, perché impedita nelle verifiche degli eventi da cui originano queste ultime. Risulta dunque preclusa la ricostruzione logico giuridica che consente all'organo giudicante – nel caso di specie il Corecom – di fondare il proprio convincimento ed esercitare, in ultima analisi, la propria funzione decisoria. Invero, in caso di domanda di storno o, comunque, di rimborso alla parte istante è sempre richiesto di depositare tutte le fatture contestate, precisando le singole voci per le quali si richiede il rimborso o lo storno. È altresì necessario che l'istante documenti l'effettivo pagamento delle cifre per le quali eventualmente domandi il rimborso. In mancanza di documentazione a sostegno delle richieste formulate dall'utente, l'istanza risulta generica e indeterminata "...stante l'impossibilità di accertare l'"an", il "quomodo" ed il "quantum" della fatturazione asseritamente indebita" (ex multis Delibera Agcom n. 73/17/CONS). Del resto, tale impostazione è seguita in maniera condivisa da molteplici precedenti pronunce, in virtù delle quali è stato appunto stabilito che il mancato accoglimento della domanda "non avendo l'utente prodotto copia delle fatture di cui chiede lo storno" (v., ex

multis Corecom Lazio, Delibera DL/193/15/CRL e Delibera DL 186/15/CRL, ai sensi della quale "la richiesta di storno delle fatture non può essere accolta per il mancato deposito delle stesse"; ed anche Agcom, del. n. 161/16/CIR per la quale "non possono essere disposti rimborsi di fatture qualora l'istante non depositi in atti copia delle fatture contestate e prova dell'avvenuto pagamento, risultando in tal caso la domanda generica"). A ciò si aggiunga che la controparte, pur avendo ricevuto il decoder TIM VISION non solo non ha mai esercitato il diritto di recesso rispetto al relativo contratto, ma non ha mai neppure restituito l'apparato che, dunque correttamente viene fatturato da TIM ed addebitato all'istante. Sia consentito, peraltro, per mero tuziorismo anche rilevare che la contestazione avversaria sulle legittimità delle somme addebitate risulta anche poco tempestiva in quanto, in applicazione dell'art. 23 - Reclami riguardanti gli importi addebitati in fattura- delle condizioni generali di abbonamento (Doc.1) "1. I reclami relativi ad importi addebitati in fattura dovranno essere inviati all'indirizzo indicato sul Conto Telecom Italia entro i termini di scadenza della fattura"; tempistica che nel caso di specie comunque non risulta rispettata. Le somme addebitate ed oggi contestate, dunque, sono legittime e dovute e, come tali, ferma la mancata prova del relativo pagamento, in ogni caso non possono formare oggetto di rimborso in favore dell'istante. 4 La domanda di rimborso e, tanto più, quella di storno delle somme legittimamente addebitate non è, dunque, fondata e come tale dovrà essere recisamente rigettata. Medesime osservazioni valgano per le richieste di indennizzo. Invero, da tutto quanto sopra emerge come, in ogni caso, TIM abbia tenuto un comportamento diligente e corretto non avendo determinato l'insorgenza di fattispecie suscettibili di valutazione ai fini della liquidazione di un indennizzo. A ciò si aggiunga che è stato dimostrato come TIM si sia limitata ad applicare le condizioni di contratto addebitando in fattura solo somme legittime relative ad apparati forniti e comunque ricevuti e fruiti dalla controparte la quale, per quanto dedotto, non ha mai contestato tempestivamente alcuna fattura e, comunque, non ha neppure esercitato il recesso. Pertanto, è evidente che non sia possibile liquidare alcun indennizzo in favore dell'istante. Non risulta fondata, infine, neppure la richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo, in quanto, diversamente da quanto affermato ex adverso, TIM ha immediatamente e tempestivamente riscontrato le infondate doglianze avversarie mediante lettera del 22.2.2018 allegata dalla stessa controparte al fascicolo istruttorio".

3. Motivazione della decisione Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di procedibilità ed ammissibilità previsti dall'art.14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. Nel merito, l'istanza può essere parzialmente accolta, nei termini seguenti. L'istante eccepisce l'attivazione da parte dell'operatore di servizi non richiesti. Agcom nella Delibera n.68/10/CIR stabilisce che "qualora l'utente disconosca il contratto di attivazione di un'utenza, e l'operatore non sia in grado di esibire la prova dell'avvenuta sottoscrizione, deve disporsi lo storno delle fatture illegittimamente emesse. Devono infatti trovare attuazione le misure disposte dall'articolo 7, comma 5, della direttiva di cui alla delibera Agcom n. 179/03/CSP, in forza del quale "fatti salvi i casi di inadempimento da parte degli utenti, gli organismi di telecomunicazioni non pretendono da questi alcuna prestazione corrispettiva in caso di attivazioni o disattivazioni di linee o contratti o di forniture di beni o servizi da essi non richiesti e provvedono, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti o al ritiro di detti beni. Tutti i costi, tra i quali quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione, sono a carico dell'operatore che ha disposto l'attivazione o la disattivazione della prestazione non richiesta dall'utente". Conformi a detta Delibera: Agcom Delibera n.84/10/CIR Agcom Delibera n.12/11/CIR Agcom Delibera n.125/11/CIR Agcom Delibera n.155/11/CIR Agcom Delibera n.31/12/CIR. Ancora, in tema di attivazione dei servizi non richiesti, il quadro normativo di riferimento unitamente ai principi di certezza giuridica ed affidamento contrattuale, sono chiari nel prescrivere al gestore telefonico la salvaguardia dell'effettiva conclusione del contratto mediante l'acquisizione del consenso informato, espresso e consapevole dell'utente; in assenza di tale consenso "volontario e consapevole", nessun corrispettivo è dovuto dall'utente che pertanto avrà il diritto di ottenere il rimborso di ciò che è stato pagato sine titulo (Delibere Agcom n°179/03, 664/06, Codice delle Comunicazioni Elettroniche art.70, Codice del Consumo art.57). Orbene, il gestore non avrebbe fornito prova alcuna circa l'esistenza di una valida richiesta all'attivazione dei servizi, ma solamente mere argomentazioni, assumendo che l'attore avrebbe ricevuto brevi manu l'apparecchio decoder in questione, omettendo altresì di produrre documentazione atta a dimostrare l'accettazione da parte dell'utente, la presunta consegna allo stesso del decoder e l'asserita utilizzazione del servizio a pagamento oggetto di contestazione. La prova di aver ricevuto il consenso favorevole da parte dell'utente spetta pertanto all'operatore, dal momento che il contratto di utenza telefonica rientra nella categoria giuridica del contratto di somministrazione e va inquadrato nei contratti di adesione di stampo privatistico, in quanto tali, soggetti al regime contrattuale di diritto comune ed alle regole di adempimento e di prestazione secondo buona fede (Corte Costituzionale n°4/98). A fronte della contestazione dell'utente circa l'esistenza e la valida richiesta di attivazione di un

servizio, è onere probatorio dell'operatore telefonico fornire la prova positiva dell'avvenuto, espresso consenso a conclusione del contratto ed in difetto di tale prova deve affermarsi l'esclusiva responsabilità per indebita attivazione di un servizio non richiesto (Corecom Lazio delibere n°51/2010 e n°92/13). Quanto sopra trova specifica conferma con la riforma del Codice del Consumo, entrata in vigore nel giugno 2014, che conferma espressamente che è sul fornitore del servizio che grava l'onere della prova riguardante l'adempimento degli obblighi di informazione del consumatore e la prestazione del consenso del consumatore alla conclusione del contratto (Art.49 e 67 vices del D.Lg. n°206/05). L'operatore Tim innanzi alla contestazione sollevata dall'utente circa il suo mancato utilizzo dei servizi a pagamento non richiesti ed in contestazione, come già sopra evidenziato, non ha provveduto a depositare la documentazione atta a dimostrare l'effettivo utilizzo, presuntamente effettuato dal Sig. XXXXX di detti servizi; non solo, l'operatore non avrebbe neanche provveduto a dimostrare l'effettiva consegna del dispositivo presso l'abitazione dell'utente. Da ciò deriva la responsabilità della Tim per indebita attivazione di servizi non richiesti ed il diritto all'indennizzo a favore del Sig. XXXXX, anche in base a quanto prescritto dall'art.9 dell'allegato A alla delibera indennizzi n.347/18/CONS: "Indennizzo per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti .1.Nelle ipotesi di attivazione dei servizi non richiesti, fatto salvo il diritto degli utenti di non pagare alcun corrispettivo per tali servizi o di ottenere lo storno o il ricalcolo degli addebiti fatturati, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo pari ad Euro 5 per ogni giorno di attivazione. 2.Nei casi di servizi accessori o di profili tariffari non richiesti, l'indennizzo è applicato in misura pari a Euro 2,50 per ogni giorno di attivazione. Nel caso di fornitura non richiesta di apparecchiature terminali o di Sim si applica un indennizzo forfettario di Euro 25,00 per ogni apparecchiatura o Sim". Nel caso de quo pertanto, l'indennizzo a favore del Sig. XXXXX sarà pari ad Euro 25,00 per l'apparecchio Decoder TIM VISION, del quale non è stata mai provata la ricezione nelle mani dell'utente e relativamente al quale l'operatore non ha neanche prodotto i files di registrazione telefonica ove si evince il consenso dell'utente all'acquisto del Decoder stesso, nonché la documentazione atta a dimostrare l'avvenuto, presunto, effettivo utilizzo da parte dell'utente del servizio non richiesto; a ciò deve essere aggiunto anche lo storno dell'importo non dovuto e che, in assenza di documentazione probatoria e di fatture prodotte in atti da parte dell'utente, è limitato ad Euro 139,41, corrispondenti alla fattura n°RW01586094, emessa in data 4.5.2018, unica fattura specificamente indicata dall'utente. Per quanto riguarda l'eccezione dell'utente relativa alla mancata risposta ai reclami, si rileva che l'art.8, comma 4 della delibera n°179 del 2003 CSP, stabilisce che: "La risposta al reclamo deve 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. La mancata o ritardata risposta al reclamo inviato, da cui è derivata per l'utente una mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle previsioni di cui all'art.11, comma 2, della delibera 179/03/CSP 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" e che le delibere Agcom sono chiare sul punto, evidenziando che "meritano l'accoglimento le istanze relative alla liquidazione dell'indennizzo per la mancata risposta ai reclami" (Agcom nn.9/10/CIR, 13/10/CIR, 32/12/CIR, 58/12/CIR). Ciò nonostante, nel caso de quo, non risultando agli atti alcun reclamo scritto, prodotto dal Sig. XXXXX a prova della denuncia per cui oggi è controversia, la richiesta di indennizzo non può essere accolta. In relazione alle spese della procedura, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni e le difese, nonché il valore della controversia, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 50,00 a titolo di rimborso spese.

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in accoglimento dell'istanza del 13/11/2019, è tenuta a 1. stornare dalla posizione debitoria del Sig. XXXXX Giancarlo l'importo di Euro 139,41 di cui alla Fattura n°RW01586094 del 4.5.2018, nonché a corrispondere l'importo di Euro 50,00 a titolo di rimborso per le spese della procedura. 2. La Società Tim S.p.a. è tenuta a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente Determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della stessa.

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