

**DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/145261/2019**  
**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX- 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 della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., "Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

VISTA la deliberazione del Corecom Piemonte n. 87-2016 del 28 novembre 2016, n. 4, con la quale, ai sensi dell’art. 19, comma 7, del Regolamento e dell’Allegato alla deliberazione AGCOM 276/13/CONS, punto III.5.5., il Comitato ha delegato al Dirigente dell’Ufficio la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la "Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale del Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte data in 28 dicembre 2017, e in particolare l’art. 5, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, "Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte";

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;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 05/07/2019 acquisita con protocollo N. 0295164 del 05/07/2019 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:

Parte istante, nell’atto introduttivo, lamenta il progressivo aumento delle tariffe dopo aver attivato la tecnologia fibra proposta dal gestore al medesimo prezzo. In particolare l’istante riferisce l’aumento di € 4 al mese. Tutto ciò premesso, l’istante richiede: 1) il ripristino delle condizioni contrattuali precedenti; 2) lo storno/ il rimborso delle somme pagate e non dovute; 3) l’indennizzo per il mancato riscontro al reclamo; 4) gli indennizzi previsti dal Regolamento; 5) le spese di procedura. Nella memoria di replica agli scritti difensivi del gestore l’istante riferisce che Tim non ha rispettato l’offerta prospettata in fase precontrattuale, né ha adeguatamente informato l’istante sulle modifiche unilaterali del contratto. Si contesta la documentazione prodotta da controparte in merito alle asserite comunicazioni di variazioni contrattuali inviate all’istante, in quanto non risultano pervenute allo stesso, né Tim ha fornito prova della loro ricezione. In particolare viene contestato il fatto che le comunicazioni di variazione tariffaria costituissero un unico documento con le fatture. In sintesi il ricorrente contesta poi il fatto che quello prodotto da Tim non è un contratto, ma una semplice “lettera di benvenuto”, che si riferisce ad un periodo precedente al passaggio alla fibra, avvenuto a maggio 2018. L’istante ha accettato il passaggio a fibra allo stesso prezzo dell’Adsl, senza, tuttavia, mai ricevere un contratto scritto, con l’indicazione della tariffa. L’aumento tariffario sarebbe avvenuto immediatamente

dopo il passaggio a fibra. Riferisce poi che ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. 206/2005 lett. e) nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, il prezzo totale include i costi totali per periodo di fatturazione; quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale equivale anche ai costi mensili totali; se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo". In tale caso, invece, non risulta alcun contratto scritto con l'indicazione del canone mensile. In aggiunta l'art. 50 comma 1 del d.lgs. 206/2005 prevede che le informazioni di cui all'art. 49 comma 1 siano fornite su supporto cartaceo, o, se il consumatore è d'accordo, su altro supporto durevole. L'onere della prova concernente l'adempimento degli obblighi di informazione incombe sul professionista, come disposto dall'art. 49 comma 10 del Codice del Consumo. L'art. 51 comma 6 del d.lgs. 206/2005 stabilisce che "6. Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta

o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole." Inoltre, nonostante l'attivazione della fibra, il profilo tariffario fatturato da Tim è rimasto sempre "internet senza limiti". Si tratterebbe, secondo l'istante, di un'attivazione di profilo tariffario non richiesto con conseguente diritto al relativo indennizzo di cui all'art. 9 comma 2 dell'All. A della Delibera 347/18/CONS. Contesta infine l'asserita risposta al reclamo prodotta da Tim, che non è pervenuta all'istante, né controparte ha fornito prova dell'invio

o della ricezione delle stesse. Ancora. A seguito dell'eccezione sollevata dall'operatore di tardività nel deposito della memoria replica, il ricorrente, mediante un'ulteriore memoria, insiste sul fatto che la stessa sia stata depositata entro i termini previsti dal Regolamento.

La società TIM S.p.A., nella propria memoria, ha rappresentato nel merito quanto segue: " Le rimodulazioni tariffarie e le modifiche contrattuali sono state adeguatamente comunicate all'istante mediante apposite informative, riportate anche in fattura, vedasi le Telecom News presenti nei conti maggio 2018 (doc.n.1 e doc.n.2), agosto 2018 (doc.n.3 e doc.n.4) e settembre 2018 (doc.n.5). In ogni caso Tim ha applicato l'art. 70, comma 4, CCE, consentendo all'utente finale il recesso, senza aggravii di oneri e spese, qualora il recesso fosse stato comunicato entro e non oltre una tale data. A ciò si aggiunga che le modifiche oggetto di contestazione sono dunque avvenute nel pieno rispetto di quanto previsto dall'articolo 70 comma 4, del D. lgs. 259/2003 e dall'articolo 5 della delibera Agcom n. 179/03/CSP e nessun inadempimento e/o inesatto adempimento può essere ascritto al riguardo nei confronti dell'operatore. TIM si è infatti limitata ad applicare e dare esecuzione alle clausole contrattuali regolanti il rapporto di fornitura – vedasi le condizioni contrattuali inviate all'utente in data 29.05.2017 (doc.n.6) – e gli addebiti conseguenti alla modifica del pricing non possono ritenersi illegittimi perché espressamente previsti dal contratto all'epoca in essere fra le parti, così come modificato successivamente alla manovra tariffaria approvata dall'AGCOM e, in ogni caso, subordinati, come detto, all'esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente finale, il quale, non esercitando il diritto di recesso, come avrebbe dovuto, ha tacitamente acconsentito a tutte le variazioni contrattuali nel tempo intervenute. Le domande articolate in questa sede da controparte non possono quindi che ritenersi infondate in fatto e in diritto. Sembra opportuno citare in proposito la seguente delibera del Corecom Lazio, conforme alla giurisprudenza univoca dell'Ag.com (Agcom, delibera 132/11/CIR; conf. Agcom delibere 58/11/CIR, 114/11/CIR, 40/12/ CIR), secondo cui "è noto che ai sensi dell'articolo 70, comma 4, del Codice delle Comunicazioni elettroniche (CCE), gli operatori hanno la facoltà di modificare le proprie offerte sul mercato, purché rispettino, di volta in volta (vale a dire in occasione di ogni rimodulazione, a prescindere dai giustificati motivi generali indicati "a monte" nella contrattualistica, in ottemperanza a quanto previsto dal Codice del consumo), gli adempimenti stabiliti nella predetta norma speciale (comunicazione all'utente del contenuto delle modifiche con preavviso di almeno 30 giorni rispetto alla loro efficacia e riconoscimento del diritto di recedere senza penali qualora l'utente non accetti le nuove condizioni). Pertanto, una volta che l'operatore abbia adempiuto al disposto dell'articolo 70, comma 4, CCE, la rimodulazione è da ritenersi legittima (nonché espressione di uno ius variandi attribuito per legge) e lo strumento di tutela a disposizione dell'utente è quello del recesso senza penali, per permettergli una agevole migrazione verso offerte di altri operatori ritenute più convenienti". Più esattamente, non avendo controparte esercitato il diritto di recesso dal contratto entro i termini ha soggiaciuto automaticamente alle nuove condizioni contrattuali adottate da TIM e non ha quindi alcun titolo per reclamare gli asseriti aumenti tariffari o chiedere il rimborso di quanto saldato. Parimenti da rigettarsi sarà la domanda relativa all'asserito mancato riscontro al reclamo. Infatti l'operatore ha debitamente risposto alla missiva inviata dall'utente con comunicazione del 13.11.2018 (doc.n.7).".

Sul rito. Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento. Quanto alla eccezione di tardività della memoria di replica del ricorrente svolta dall'operatore, essa è da considerarsi infondata. Si evidenzia infatti che, sia nel processo amministrativo sia nel processo civile, se il giorno di scadenza per un adempimento è festivo, il termine è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo (art. 52, comma 3 D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 e art. 155, comma 4, c.p.c.). Per analogia legis, pertanto, e anche secondo giurisprudenza di legittimità (Cass. II, 24 settembre 2010 n. 24375/10), tale principio deve ritenersi applicabile anche nel procedimento amministrativo, con la conseguenza che qualora i termini fissati con la lettera di avvio del procedimento scadano in giorno festivo, sono prorogati al primo giorno seguente non festivo. Si precisa tuttavia che la contestazione, eccepita per la prima volta nella memoria di replica da parte dell'istante, di non aver ricevuto un contratto scritto a seguito del passaggio alla tecnologia fibra è circostanza nuova in quanto sollevata dallo stesso appunto solo nella memoria di replica attraverso la quale le parti possono solo replicare alle deduzioni avversarie e illustrare ulteriormente le tesi difensive già enunciate nell'atto introduttivo, sicché, se è prospettata per la prima volta una questione nuova con tale atto, il giudicante non può e non deve pronunciarsi al riguardo (Cass. sez. I, n. 22970/2004). Si ribadisce che, con l'atto introduttivo del presente procedimento, parte ricorrente ha esclusivamente lamentato il progressivo aumento delle tariffe. Nel merito. Le domande formulate dall'istante si ritengono parzialmente accoglibili per i seguenti motivi. In via preliminare, si deve rilevare che la questione sollevata dall'istante inerente all'aumento delle tariffe, non investe il singolo rapporto contrattuale intercorrente tra il ricorrente e l'operatore, bensì, trattandosi di una modifica contrattuale, impatta sull'intero bacino di utenza gestito dalla piattaforma di Tim. L'art. 13 delle condizioni generali di abbonamento recante Modifica delle condizioni economiche e/o contrattuali dispone che "TIM ha facoltà di modificare unilateralmente le condizioni economiche, sia nella tipologia che nella misura e nella struttura dei corrispettivi e degli oneri a carico del Cliente comunque denominati, come anche di variare le condizioni contrattuali e di erogazione/ fruizione dei servizi, dandone comunicazione al Cliente con almeno 30 giorni di anticipo e assicurando al Cliente, per tale periodo di tempo, il diritto di recesso senza penali né costi di disattivazione. TIM potrà avvalersi della suddetta facoltà di modificazione unilaterale delle condizioni economiche sulla base della normativa applicabile e in ogni caso potrà avvalersi della facoltà di modificazione unilaterale delle condizioni contrattuali e di erogazione/fruizione dei servizi: (i) per esigenze tecniche, gestionali e/o economiche, quali, a titolo esemplificativo, mutamenti delle politiche commerciali e/o mutamenti tecnici delle piattaforme di rete e/o delle strutture di produzione o di commercializzazione; (ii) per mutamento della disciplina normativa e regolamentare di riferimento e/o dei pertinenti orientamenti giurisprudenziali anche connessi a aspetti tecnici e/o gestionali dei servizi forniti; (iii) per mutamenti delle condizioni del mercato che incidano sull'equilibrio economico e/o sui richiamati aspetti tecnici e/o gestionali dei servizi forniti; (iv) per variazione delle modalità e dei termini di attivazione e disattivazione delle Carte SIM e per aggiornamenti resi necessari al fine di assicurare il corretto uso delle stesse e dei servizi forniti in relazione a fenomeni abusivi e/o fraudolenti". Al riguardo, la rimodulazione tariffaria rientra nella manovra tariffaria adottata per esigenze commerciali dalla società Telecom Italia S.p.A., approvata dell'Autorità. E' quindi necessario accertare se l'operatore, nell'esercizio del proprio diritto di apportare variazioni alle Condizioni generali di contratto, abbia rispettato gli obblighi previsti dall'art. 70, comma 4 del d.lgs. 259/2003, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, ossia di comunicare all'utente il contenuto delle modifiche con preavviso di almeno 30 giorni rispetto alla loro efficacia e riconoscere il diritto di recedere senza penali qualora l'utente non accetti le nuove condizioni. Dalla documentazione in atti, risulta che Telecom, al fine di garantire un'adeguata informativa pro utentis, con le fatture RA01667887 del 4.5.2018, RA03618862 del 7.8.2018 e RA04262929 del 1.11.2018, ha inoltrato all'utente, nella sezione "Comunicazioni TIM per te" allegata alle rispettive fatture, le comunicazioni delle rimodulazioni tariffarie a partire dal 1° luglio 2018, 1° settembre 2018 e 1° novembre 2018, riconoscendo espressamente il diritto di recedere senza penali qualora l'utente non avesse accettato le nuove condizioni. L'istante nelle memorie di replica osserva di non aver ricevuto alcuna informativa dall'operatore mentre, in realtà, l'operatore ha prodotto, come già visto, proprio l'informativa, allegata alle fatture citate, che riportano quanto sopra evidenziato. La mancata ricezione di dette fatture, tutte pagate dall'istante, non è stata contestata dall'istante, né risulta che il ricorrente si sia avvalso del diritto di recesso senza costi comunicato con le stesse. Se l'inosservanza delle norme inerenti l'obbligo di preavviso rispetto al dies a quo di efficacia delle variazioni contrattuali e l'obbligo di comunicazione della facoltà di recesso ai sensi dell'art. 70, comma 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche soprarichiamato, rende illegittima la rimodulazione tariffaria, nel caso di specie, consegue, al contrario, la legittimità degli addebiti, avendo l'operatore comunicato la variazione contrattuale nel rispetto delle formalità e dei termini previsti dalla normativa richiamata. Stante quanto premesso, le domande

dell'istante di cui ai punti 1) e 2) vengono respinte. Va parimenti respinta la generica domanda di corresponsione degli indennizzi previsti dal Regolamento di cui al punto 4), specificata nella memoria di replica come richiesta di indennizzo per attivazione di profilo tariffario non richiesto erogabile quando venga accertata l'attivazione di un servizio oppure di un profilo tariffario non richiesto, fattispecie che non trova corrispondenza nella fattispecie oggetto della presente controversia: dalle risultanze istruttorie, infatti, emerge che l'aumento dei costi è relativo ad una variazione del profilo tariffario già applicato all'istante ed espressione di uno ius variandi attribuito al gestore. Viceversa, relativamente alla domanda di cui al punto 3), di indennizzo per mancato riscontro al reclamo, la domanda di parte istante va accolta. Il ricorrente ha infatti depositato reclamo inviato a Tim in data 2.10.2018 e ricevuto in pari data, mentre sostiene di non avere ricevuto la lettera di riscontro del 13.11.2018 prodotta dall'operatore. Poiché Tim non ha fornito la prova contraria, non può ritenersi che la succitata lettera di riscontro sia stata ricevuta dalla medesima parte istante. L'articolo 8, comma 4 della delibera 179/03/CSP stabilisce 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. Quanto sopra, come più volte ribadito dall'Autorità, al 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. Per questi motivi, la mancata risposta al reclamo, da cui deriva la mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo". In relazione alla quantificazione dell'indennizzo, l'art. 12, comma 1 del Regolamento prevede che se l'operatore non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo pari ad € 2,50 al giorno per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di euro 300,00. Pertanto, verificato che l'operatore non ha dato prova di aver riscontrato il reclamo di parte istante, si ritiene che Tim dovrà liquidare a favore dell'istante, l'importo massimo pari a euro 300,00. Poiché gli indennizzi riconosciuti da questa Autorità devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, il requisito dell'equità e, quindi, devono tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura di risoluzione della controversia, l'indennizzo come sopra determinato deve essere maggiorato dell'importo corrispondente agli interessi legali da calcolarsi dalla data di presentazione dell'istanza di definizione fino al saldo effettivo. Da ultimo, non accoglibile deve ritenersi la richiesta di liquidazione di un indennizzo per gestione della pratica di cui al punto 5), in assenza di alcuna documentazione attestante le spese necessarie e giustificate sostenute per l'espletamento della presente procedura, ed in ragione della mancata accettazione da parte del delegato dell'istante della proposta conciliativa avanzata dall'operatore nel corso dell'udienza di discussione della presente controversia, in conformità a quanto previsto dall'articolo 20, comma 6, del Regolamento.

#### DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 05/07/2019, è tenuta a - corrispondere a mezzo assegno o bonifico bancario la somma di € 300,00, oltre interessi legali dalla presentazione della domanda al saldo, a titolo di indennizzo per mancato riscontro al reclamo. Respinge le domande sub 1), 2), 4) e 5).

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 direttore  
Nicola Princi