

DETERMINA 51 Fascicolo n. GU14/587208/2023

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX / TIM S.p.A. (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

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;

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;

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);

VISTO il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: “*Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione*”;

VISTO il vigente Accordo Quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1° gennaio 2023;

VISTA la “Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni al Comitati Regionali per le comunicazioni tra L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Toscana” sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del Settore “Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione”, con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 15/02/2023 acquisita con protocollo n. 0042042 del 15/02/2023;

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 del contratto n. 1-29Cxxxx denominato “*impresa semplice*” in relazione all’utenza fissa n. 0586 86xxxx contesta all’operatore Tim S.p.A. (Kena mobile) di seguito, per comodità, Tim, l’illegittimo addebito del costo acquisto di un Router, ritenuto in comodato d’uso e la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- di essere cliente Tim, titolare del contratto n. 1-29Cxxxx denominato “*impresa semplice*” in relazione all’utenza fissa n. 0586 86xxxx, stipulato in data 9 giugno 2011 e “*disdetto in data 03/03/2022*”;
- che le condizioni contrattuali prevedevano il pagamento di un canone mensile internet 7 mega di euro 20,00 in aggiunta ai canoni relativi agli accessi telefonici di base, un contributo di attivazione pari a complessivi euro 129,00, pagabile n 6 rate, pari a euro 21,50 a bimestre ed il costo di euro 75,00 per l’installazione opzionale del servizio con tecnico
- che nel contratto n. 1-29Cxxxx era altresì prevista la consegna di un “*router compreso nell’offerta*” in comodato d’uso con la specificazione che “*in caso di cessazione dell’offerta il Richiedente (...) [fosse] tenuto a restituir[lo] a proprie spese entro e non oltre 30 giorni dalla cessazione del Servizio (...)*”;
- di avere indebitamente ricevuto dal gestore l’addebito di “*euro 521,28 suddiviso in 48 rate mensili*”;
- di avere provveduto a contestare al gestore tale addebito mediante l’invio di “*5 lettere pec certificate [in data 7/9/2022, 23/10/2022, 21/11/2022, 22/11/2022 e 14/12/2022] ed una raccomandata RR [con ricevuta di ritorno, in data 8/11/2022, alle quali] non (...) è stata data alcuna risposta [dall’operatore]*”;
- di avere quindi ricevuto, in data 2 e 21 novembre 2022, delle richieste di pagamento di euro 134,94 da “*una società per il recupero crediti che, successivamente, [parte istante, provvedeva] (...) [a] paga[re] (...) per non andare incontro ad un lungo ed estenuante contenzioso legale*”.

In data 3 febbraio 2023 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:

i) la “restituzione in toto della somma pagata”.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore Tim, nell'ambito del contraddittorio, ha depositato in data 31 marzo 2023 la propria memoria difensiva, con allegata documentazione, nella quale ha contestato tutto quanto *ex adverso* dedotto come di seguito esposto.

- in relazione alla “contestazione da parte dell'Istante del costo del router che ha dovuto sostenere pur non essendo, a Suo dire, previsto nel contratto” Tim ha dedotto che “il contratto sottoscritto dal Signor XXX, in data 21/11/20219, (...) allega[o] in ConciliaWeb, prevede espressamente la vendita del router in 48 rate”. A sostegno della propria posizione, Tim ha precisato che il fatto “che si sia trattato di acquisto rateizzato è dimostrato dalla fattura inviata da TIM all'Istante il 20/12/2019, ricevuta da quest'ultimo direttamente sul cassetto fiscale per l'eventuale recupero dell'IVA. [Inoltre] da tale fattura emerge che il costo del modem è pari a 292,80 euro e non 521,28 euro, come dichiarato dall'Istante nel GU14”, precisando al riguardo che in relazione alle condizioni generali di abbonamento, “in caso di cessazione, i piani rateali in essere permangono a meno che non vi sia esplicita richiesta da parte del cliente di versare l'importo dovuto in un'unica soluzione. In ogni caso, i prodotti in vendita devono essere pagati a TIM”.

- In merito alla mancata risposta ai reclami, l'operatore ha dedotto che l'utente “non ha inoltrato reclamo a TIM per contestare le rate del router ante disdetta, (...) [precisando, altresì che] (...) i reclami sono tutti successivi a settembre 2022 in prossimità della presentazione dell'UG /574848/2022”

- L'operatore dopo avere formulato “senza attribuzione di responsabilità ed a meri fini transattivi” una proposta conciliativa peraltro già “comunicata da TIM in fase di negoziazione diretta” ed avente ad oggetto la “corresponsione [all'utente] di un importo omnicomprendivo pari a 200 euro” ha concluso con la richiesta, in caso di mancata accettazione della stessa, per il rigetto dell'istanza.

3. La replica dell'istante

Parte istante, nell'ambito del contraddittorio ha replicato alla memoria dell'operatore precisando che:

- nel “contratto datato 21/11/19 (...) firmato [dall'utente], (...) come si può verificare facilmente non è riportato alcun acquisto di router, nè l'importo da rateizzare [mentre] a distanza di un mese (20/12/19) è [stata] (...) [inviata] [da Tim] una fattura [la n. 682019120800xxxx di euro 292,80] dove è specificato l'acquisto di un router con modalità di pagamento”.

- “i due documenti [ovvero il contratto del 21/11/2019 e la fattura del 20/12/2019] sono completamente disgiunti in quanto il contratto non specifica la volontà di acquisto, mentre la fattura, che [parte istante dichiara di] non (...) [avere] mai ricevuto, sembrerebbe indicare un acquisto (...) autorizzato [dal cliente]” e che “i due documenti sono comunque palesamente disgiunti. Non c'è attinenza tra le (...) firme [dell'utente] e la volontà di acquisto del router specificata nel contratto come riferisce l'allegato di TIM SPA”.

- “il router, a quanto indicato (...) è stato cambiato perchè non più efficiente, in sostituzione di quello [consegnato] in comodato d'uso del contratto n. 1-29Cxxxx del 09/06/2011 e di cui è tenuta la restituzione a fine contratto”.

Infine, l'istante ha rappresentato di avere *“pagato n. 48 rate di 10,86 euro ciascuna, per un totale di euro 521,28 per un apparecchio [Modem]che ritenev[a] in sostituzione gratuita in quanto [il suo acquisto] non appare in nessun contratto specifico (...) [e di] (...) esser[s]i accorto solo dopo la disdetta che (...) [gli] era stato addebitato un router, che ritenev[a] in comodato d'uso, come da contratto n. 1-29CCT3R del 09/06/2011, sostituito perchè non più funzionante”*

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, a fronte della contestazione dell'operatore, che in memoria ha eccepito la tardività della contestazione dell'utente poiché l'istante *“non ha inoltrato reclamo a TIM per contestare le rate del router ante disdetta, (...) [precisando, altresì che] (...) i reclami sono tutti successivi a settembre 2022 in prossimità della presentazione dell'UG /574848/2022”*, preme qui ricordare come il comma 4 dell'art. 14 della Delibera AGCOM n. 347/18/CONS nell'escludere *“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”* ribadisce chiaramente che viene comunque *“fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte”*.

Sempre in via preliminare, si rileva la tardività delle repliche difensive di parte istante, risultando presentate in data 1° giugno 2023 (il giorno stesso dello svolgimento della relativa udienza di discussione, tenutasi appunto il 1/06/2023) ovvero dopo la scadenza del termine assegnato nella comunicazione di avvio del procedimento del 16 febbraio 2023. Nel caso di specie, infatti, il termine entro il quale l'utente poteva presentare le proprie repliche scadeva il 22 aprile 2023, pertanto la memoria difensiva in questione risulta presentata oltre il termine concesso. Ciò detto, si rileva che, nel caso specifico, le argomentazioni contenute nella memoria del 1° giugno 2023 di parte istante, risultano già conosciute da parte del gestore (Delibera Agcom n. 121/17/CIR) per cui non introducono nuovi elementi relativi all'oggetto della controversia. In altre parole, l'utente nelle suddette repliche si limita, infatti, a ripercorrere circostanze già espresse e rappresentate in istanza e nei reclami ad essa allegati pertanto, quanto in essa indicato, sarà, in tale ottica, preso in considerazione, in applicazione del generale criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione amministrativa, esclusivamente ai fini della ricostruzione cognitiva e di completamento istruttorio della *res controversa*.

Inoltre, prendendo in esame la domanda dell'istante, si osserva che, a prescindere dalla sua generica formulazione, in un'ottica di *favor utentis*, la stessa verrà presa in esame secondo il suo significato più logico e pertinente rispetto alla questione da esaminare ed interpretata in applicazione di un criterio di ragionevolezza ed efficienza dell'azione amministrativa, tenendo altresì conto della documentazione in atti.

Si rileva, quindi, che l'istante, nel formulare la richiesta *sub i)*, volta ad ottenere la *“restituzione in toto della somma pagata”*, si riferisca, come emerge con evidenza dalla documentazione in atti, all'indebito addebito per l'acquisto del router, tant'è che lo stesso utente riconduce i disservizi segnalati nel formulario all'alveo dell' *“[a]pplicazione di condizioni contrattuali diverse da quelle prospettate/pattuite”*.

Inoltre, si precisa che la predetta domanda deve inquadrarsi, complessivamente nell'ambito della vicenda descritta in istanza, anche alla luce della doglianza dell'utente sulla mancata risposta ai reclami.

Parte istante ha infatti dedotto in istanza, allegando altresì la relativa documentazione probatoria, la mancata risposta ai reclami trasmessi via Pec all'operatore, a partire dal 7 settembre 2022 e mediante raccomandata A/R in data 8 novembre 2022.

Tutto ciò premesso, all'esito delle risultanze istruttorie, la presente disamina s'incentra sulla contestazione al gestore telefonico dell'illegittimo addebito del costo di acquisto di un Router fornito, nella rappresentazione dei fatti dell'istante, in comodato d'uso, nonché sulla mancata risposta ai reclami.

Sulla contestazione dell'addebito del costo di acquisto di un Router

L'istante ha lamentato l'illegittimo addebito, da parte di Tim, del costo di acquisto di un Router ritenuto compreso nell'offerta contrattuale, a titolo di comodato d'uso. Di contro l'operatore ha dedotto la correttezza della fatturazione in quanto il contratto sottoscritto ne prevedeva la vendita rateale.

La domanda *sub i)* così come definita nella premessa, è meritevole di parziale accoglimento per le ragioni di seguito esposte.

Sul punto è opportuno precisare che al termine dell'istruttoria procedimentale, dopo aver esaminato la documentazione acquisita agli atti e ricostruito i fatti, deve evidenziarsi che il caso in esame verte sostanzialmente, su una mancanza di trasparenza e informativa precontrattuale da parte dell'operatore, a causa della quale l'istante ha lamentato l'illegittimo addebito del costo di acquisto di un Router ritenuto compreso nell'offerta contrattuale, a titolo di comodato d'uso

In via generale, con riferimento alla contestazione di parte istante, giova richiamare l'orientamento consolidato secondo cui, in base ai principi sull'onere della prova in materia di adempimento delle obbligazioni di cui alla consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387; 26 gennaio 2007 n. 1743; 19 aprile 2007 n. 9351; 11 novembre 2008 n. 26953, 3 luglio 2009, n.15677 e da ultimo Cass., sez. II, 20 gennaio 2010 n. 936), *“il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi”*.

Inoltre, viene in rilievo l'articolo 2, comma 2, lettera c) del Decreto legislativo n. 206/2005, c.d. Codice del Consumo e successive modificazioni, il quale annovera tra i diritti fondamentali del consumatore quello *“ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità”* nei rapporti di consumo.

Relativamente alla contestata fatturazione, si rammenta altresì (*ex pluribus*, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006), che 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).

Ancora, con riferimento all'ambito delle telecomunicazioni, la Delibera Agcom n. 417/01/CONS, allegato A), detta le linee guida relative alle comunicazioni al pubblico delle condizioni di offerta dei servizi di telecomunicazioni che gli operatori devono rispettare. In particolare, dalla citata delibera si evince che le informazioni rivolte al pubblico devono essere

ispirate al necessario principio di trasparenza e garantire la comprensibilità dell'informazione, della comunicazione pubblicitaria e facilitare i processi di comparabilità dei prezzi. Inoltre, la Delibera Agcom n.179/03/CSP, Allegato A), all'articolo 4 evidenzia che: *“gli utenti hanno diritto ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi (...) la diffusione di qualsiasi informazione, in particolare di quelle relative alle condizioni tecniche ed economiche dei servizi (...) avviene secondo criteri uniformi di trasparenza, chiarezza e tempestività, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà, valutati alla stregua delle esigenze delle categorie di consumatori più deboli”*. Ne consegue, che gli utenti hanno diritto ad essere informati in modo chiaro, esatto e completo, perché solo in questo modo viene realmente tutelato il diritto di scelta dell'utente finale e la conseguente possibilità di orientamento consapevole verso una diversa offerta commerciale

Sul punto giova, inoltre, richiamare che le parti di uno stipulando (e, poi, stipulato) contratto sono tenute a comportarsi, ai sensi degli articoli 1175, 1337 e 1375 c.c., secondo buona fede e correttezza sia nella fase precontrattuale che nella fase dell'esecuzione del contratto. Il principio di buona fede contrattuale costituisce oggetto di un vero e proprio obbligo giuridico, che si considera violato dalla parte contrattuale che, anche non dolosamente, ometta di tenere un comportamento improntato alla diligente correttezza.

Nel caso di specie, l'istante ha rappresentato di aver aderito, in data 9 giugno 2011, al contratto n. 1-29Cxxxx denominato *“impresa semplice”* in relazione all'utenza fissa n. 0586 86xxxx, allegato agli atti, le cui condizioni contrattuali prevedevano il pagamento di un canone mensile internet 7 mega di euro 20,00 in aggiunta ai canoni relativi agli accessi telefonici di base, un contributo di attivazione pari a complessivi euro 129,00, pagabile in 6 rate, pari a euro 21,50 a bimestre ed il costo di euro 75,00 per l'installazione opzionale del servizio con tecnico. In tale contratto era altresì prevista la consegna di un *“router compreso nell'offerta”* in comodato d'uso con la specificazione che *“in caso di cessazione dell'offerta il Richiedente (...) [fosse] tenuto a restituire[lo] a proprie spese entro e non oltre 30 giorni dalla cessazione del Servizio (...)”*.

L'istante ha riferito che Tim avrebbe provveduto a consegnare un altro router *“in sostituzione di quello [fornito] in comodato d'uso del contratto n. 1-29Cxxxx del 09/06/2011 (...) perchè non più funzionante”* e che Tim *“a partire dal 01/01/2020 [avrebbe iniziato] (...) [ad] addebitare[re] mensilmente la somma di euro 10,86 [per una durata di 48 rate e per un costo complessivo di euro 521,28] per l'acquisto del router (...) [per il quale parte istante] (...) non [aveva] mai espresso la volontà di acquisto”*.

Parte istante ha inoltre precisato che tale contratto veniva *“disdetto in data 03/03/2022 per cessazione di attività”* e di non essersi accorto subito di tale addebito in quanto, fino al mese di luglio del 2022, la rata del router era passata inosservata al cliente perchè rientrante nell'importo totale della fattura.

Successivamente, a seguito della richiesta di Tim del pagamento della rata del router, l'istante ne aveva avuto contezza e, quindi, le aveva contestate all'operatore, prima a mezzo del call center dell'operatore, poi via Pec mediante l'invio di diversi reclami a partire dal 7 settembre 2022 e con quelli successivi del 23 ottobre 2022, del 21 e 22 novembre 2022, del 14 dicembre 2022, ed inoltre, anche mediante invio di raccomandata A/R in data 8 novembre 2022.

L'utente ha dichiarato, inoltre, di avere provveduto al pagamento di euro 325,80 pari ad un numero di 30 rate, delle quali chiede la restituzione.

Di contro il gestore telefonico ha sostenuto la correttezza del proprio operato deducendo che *“il contratto sottoscritto dal Signor XXX, in data 21/11/20219, (...) allegato in ConciliaWeb, prevede espressamente la vendita del router in 48 rate”*.

A sostegno della propria posizione, Tim ha precisato che il fatto *“che si sia trattato di acquisto rateizzato è dimostrato dalla fattura inviata da TIM all'Istante il 20/12/2019, ricevuta da*

quest'ultimo direttamente sul cassetto fiscale per l'eventuale recupero dell'IVA. [Inoltre] da tale fattura emerge che il costo del modem è pari a 292,80 euro e non 521,28 euro, come dichiarato dall'Istante nel GU14", precisando che come previsto "da[lle] condizioni generali di abbonamento, in caso di cessazione, i piani rateali in essere permangono a meno che non vi sia esplicita richiesta da parte del cliente di versare l'importo dovuto in un'unica soluzione. In ogni caso, i prodotti in vendita devono essere pagati a TIM".

D'altro canto, parte istante ha invece sostenuto di non avere mai ricevuto alcuna fattura Tim, avente ad oggetto una richiesta di pagamento per l'acquisto di un router, da essa non autorizzato, avendo altresì richiesto più volte al gestore, sia telefonicamente al 191 che in sede di reclami, la produzione, poi effettuata solo in sede di memorie difensive del 31 marzo 2023, dell'ulteriore contratto non in suo possesso e nel quale, a detta di Tim, vi è la previsione dell'acquisto di un router, con vendita rateale in 48 mesi.

Inoltre, con riferimento alla copia del "contratto (...) [datato] 21/11/20219, (...)", allegato in memoria dal gestore telefonico, parte istante pur non contestando esplicitamente l'avvenuta sottoscrizione dello stesso ha rilevato che in esso non sarebbe "riportato alcun acquisto di router, né [sarebbe stato indicato] l'importo da rateizzare", confermando di non averne comunque autorizzato l'acquisto.

Ciò stante, si osserva che la copia contrattuale prodotta in memoria dal gestore, tra l'altro composta di sole due pagine, che l'utente assume di non avere mai ricevuto, risulta comunque "ictu oculi" incompleta poiché se da una parte risultano in essa selezionate con spunta la casella denominata "router" e quella relativa alla rateizzazione in 48 mesi, anche se non ben visibili, dall'altra non viene specificato in alcun modo, nella proposta contrattuale, se il router venga fornito all'utente in comodato d'uso oppure in vendita, la tipologia del router oggetto dell'offerta e da ultimo, il costo complessivo dello stesso e l'importo mensile previsto, in fattura, per ciascuna singola rata.

La stessa ricevuta dell'avvenuta restituzione al gestore del router effettuata, su indicazione degli operatori Tim del 191, in data 21 novembre 2022 ed allegata in atti dal cliente è da intendersi, ai fini di una ricostruzione cognitiva della vicenda, quale implicita convinzione della parte istante che il router di cui si controverte fosse, in realtà, ritenuto compreso nell'offerta contrattuale a titolo di comodato d'uso e non a titolo di acquisto, come sostenuto dal gestore telefonico.

A fronte di ciò, deve rilevarsi, che le argomentazioni difensive di Tim, secondo cui "il contratto sottoscritto dal Signor XXX, in data 21/11/20219, (...), prevede espressamente la vendita del router in 48 rate", non risultano di per sé sufficienti a ritenere giustificati i costi addebitati all'istante in relazione al router consegnato, atteso che la società Tim avrebbe dovuto quantomeno provare, a seguito dei numerosi reclami dell'utente, che il router compreso nell'offerta fosse stato fornito a parte istante a titolo di vendita e non a titolo di comodato d'uso informandolo, inoltre, in maniera esaustiva circa il dettaglio dei costi che sarebbero stati presenti in fattura, sulla base del contratto applicato, anche in relazione alla tipologia ed alle caratteristiche tecniche del router stesso.

È da notare, altresì, come il gestore telefonico, nei propri scritti difensivi, non abbia prodotto elementi probatori attestanti la regolare e corretta gestione del cliente in pendenza dei reclami inviati dall'istante. Infatti, a fronte delle segnalazioni documentate agli atti e delle richieste dell'utente, l'operatore non ha fornito evidenza di aver comunicato all'utente, in ossequio al principio per cui incombe sull'operatore l'onere probatorio della circostanza di aver computato i costi di cui alla propria fatturazione conformemente agli accordi negoziali, le risultanze delle operazioni di verifica effettuate (si confronti la Delibera Agcom n. 43/17/CIR).

Ne deriva che la società Tim è tenuta alla regolarizzazione della posizione amministrativa - contabile mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento, con le modalità indicate in istanza, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza)

dell'importo complessivo addebitato all'utente a titolo di acquisto dell'apparato router in relazione al contratto di cui al codice contratto n. 1-29Cxxxx.

Sulla mancata risposta ai reclami

L'istante ha dedotto la mancata risposta ai numerosi reclami trasmessi via Pec all'operatore, a partire dal 7 settembre 2022 e mediante raccomandata A/R in data 8 novembre 2022. Sul punto il gestore nulla ha dedotto su tale contestazione specificando solamente che *“i reclami sono tutti successivi a settembre 2022”*.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, la richiesta di parte istante di indennizzo per mancata risposta al reclamo è meritevole di parziale accoglimento, come di seguito precisato.

Parte istante, a partire dal reclamo del 7 settembre 2022 e con quelli successivi del 23 ottobre 2022, del 21 e 22 novembre 2022, del 14 dicembre 2022, inviati mediante PEC al recapito xxxx@pec.telecomitalia.it del gestore ed inoltre, anche mediante invio di raccomandata A/R in data 8 novembre 2022, aveva specificatamente contestato a Tim, l'addebito del costo di un *“Router [che] era compreso [in comodato d'uso] nell'offerta promozionale al momento della stipula [del contratto n. 1-29Cxxxx, avvenuta in data 9 giugno 2011]”*. In tali reclami l'utente lamentava, inoltre, il fatto che il gestore *“a partire dal 01/01/2020 (...) avev[va] addebitato mensilmente la somma di 10,86 euro per l'acquisto di un router [per il quale, l'istante] non (...) [aveva] mai espresso volontà di acquisto”*

In tal caso, verrà dunque preso in considerazione il primo reclamo in atti, ovvero quello inviato dall'utente tramite PEC del 7 settembre 2022, trattandosi di reclami che fanno riferimento alla medesima *res controversa* (art. 11, comma 2, del citato regolamento sugli indennizzi).

A fronte dei reclami documentati agli atti dall'utente, non risulta che Tim abbia fornito alcun riscontro agli stessi.

Nel caso di specie il gestore telefonico, senza tuttavia entrare nel merito della presente contestazione di parte istante, si è limitato a dedurre in memoria che *“i reclami [dell'utente] sono tutti successivi a settembre 2022 (...) rileva[ndo] che l'Istante non ha inoltrato reclamo a TIM per contestare le rate del router, ante disdetta”*.

In concreto, la società Tim, al fine di escludere la propria responsabilità avrebbe dovuto fornire nel corso dell'istruttoria idonea documentazione attestante l'avvenuta corretta gestione dei reclami inviati dall'utente, a partire dal 7 settembre 2022. Documentazione, questa, non presente in atti in quanto non risulta allegato in memoria, da parte di Tim, alcun riscontro scritto e motivato, ai reclami stessi.

Ciò premesso, parte istante ha diritto all'indennizzo, di cui all'art. 12 dell'Allegato A alla Delibera n. 73/11/CONS come da ultimo modificato dalla Delibera n. 347/18/CONS che dispone quanto segue: *“l'operatore se non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità, è 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”*.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere fornita in forma scritta, adeguatamente motivata ed indicare gli accertamenti compiuti, 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.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata o ritardata risposta ai reclami inviati, come è da considerarsi la fattispecie, 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 "*per mancata o ritardata risposta al reclamo*", ai sensi delle citate previsioni.

Per la mancata risposta al reclamo del 7 settembre 2022, ai fini del calcolo dell'indennizzo di cui sopra, detratto il tempo utile di 30 giorni previsto dalla Carta dei servizi dell'operatore, si determina il *dies a quo* nella data del 7 ottobre 2022 ed il *dies ad quem* nel giorno 3 febbraio 2023, data della prima udienza di conciliazione.

Pertanto, l'istante ha diritto alla corresponsione dell'indennizzo, per i 119 giorni di mancata risposta al reclamo del 7 settembre 2022, corrispondente alla somma di euro 297,50 (duecentonovantasette/50), computata nella misura di euro 2,50 per ciascun giorno.

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 15/02/2023, è tenuta a corrispondere, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, con le modalità di pagamento indicate in istanza, in favore dell'istante l'importo maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, pari euro 297,50 (duecentonovantasette/50), a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 7 settembre 2022.

- La società TIM S.p.A. (Kena mobile) è tenuta alla regolarizzazione della posizione amministrativa - contabile mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento, con le modalità indicate in istanza, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza) dell'importo complessivo addebitato all'utente a titolo di acquisto dell'apparato router in relazione al contratto di cui al codice contratto n. 1-29Cxxxx.

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.)