

DETERMINA Fascicolo n. GU14/484594/2021**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA L. Vxxx - 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 L. Vxxx, del 18/12/2021 acquisita con protocollo n. 0489823 del 18/12/2021

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’utente, titolare con TIM della linea mobile privata 3xxxxxxxx di tipo “ricaricabile”, assumeva che alla scadenza dell’offerta "TIM Special Smartphone Edition" attivata 30 mesi prima, l’Operatore attivava con decorrenza 9.06.2019, nuovo piano tariffario denominato “TIM Special 15”. In particolare, l’utente deduceva che il Gestore inviava dapprima un SMS nel quale comunicava l’attivazione di una tariffa più economica di €11,00/mese + 2GB di dati (anziché €15,00/mese + 4 GB, come da piano precedentemente applicato), ma che tuttavia oltre ad un traffico dati inferiore aveva continuato ad addebitare la maggior somma di

€15,00/mese. Sul punto, assume di aver reclamato a mezzo mail del 10.06.2019 e successivamente a mezzo call center, senza mai ricevere riscontro e la risoluzione della problematica. Poste tali premesse richiedeva: i. l'applicazione del piano tariffario più favorevole: 1000 minuti, 4 GB di dati al costo mensile di €11,00; ii. Rimborso di € 4,00 mensili (differenza tra quanto addebitato ed il costo indicato nell'SMS); iii. Indennizzo per attivazione piano tariffario non richiesto/non conforme; iv. Indennizzo per mancata risposta al reclamo del 10.06.2019 v. Rimborso delle spese di procedura; così per un importo complessivo richiesto (rimborso + indennizzi) per € 2.800,00.

Con memoria difensiva di parte del 3.02.2022, si costituiva l'Operatore il quale, in via preliminare contestava come le avverse deduzioni e richieste fossero generiche, infondate e, comunque, totalmente prive di allegazioni e riscontro documentale. Sul punto TIM eccepiva come il Sig. LEONE, inoltre, non avesse fornito prova alcuna degli addebiti contestati e, soprattutto, come non avesse allegato né provato la fonte negoziale del rapporto che si pretendeva inadempito da TIM. La controparte non avrebbe altresì specificato sotto quale profilo le condizioni economiche attivate risulterebbero deteriori rispetto a quelle asseritamente pattuite, così come e non avrebbe quantificato mai la differenza degli importi maggiori addebitati. In merito alla contestata applicazione di condizioni difformi da quelle contrattualmente TIM osserva che in data 9.06.2019 veniva reso operativo, sulla linea 3xxxxxxxxx, il piano TIM SPECIAL 15, alle condizioni in commercio alla data dell'attivazione che venivano puntualmente comunicate all'istante nel sito "MY TIM". Pertanto, stando alla ricostruzione dell'Operatore, la TIM attivava in maniera diligente e trasparente il piano contrattuale in commercio e, nel contempo, rendeva edotto l'istante delle condizioni economiche applicate alla linea, ponendolo in condizioni di inoltrare reclami o, comunque, di recedere o modificare il profilo. Poste tali premesse, il Gestore rilevava come le fatture emesse da TIM, per l'intero ciclo di fatturazione, fossero legittime ed integralmente dovute. Inoltre, la TIM contestava che l'utente non documentava l'invio di reclami o segnalazioni relative alle singole doglianze ed oggi sottoposte all'attenzione del Corecom, né venivano allegati i pagamenti per i quali viene formulata domanda di restituzione. In merito ai disservizi, infatti, TIM osservava che mancanza di prova circa l'invio di idonee segnalazioni/reclami assume rilievo in questa sede, secondo quanto stabilito dall'Autorità, attraverso una consolidata applicazione della delibera n. 179/03/CSP che pone in diretta correlazione l'obbligo dell'operatore di provvedere al proprio adempimento con l'obbligo dell'utente di porre la controparte nella condizione di provvedervi, attraverso una tempestiva segnalazione della problematica. Poste tali premesse, la società convenuta non potendo in alcun modo ritenersi responsabile dei presunti disservizi lamentati dall'istante ed in assenza dell'invio di reclami o contestazioni specifiche, chiedeva il rigetto dell'istanza in quanto infondata in fatto ed in diritto e, in ogni caso, non provata. In sede di repliche: con note datate 24.02.2022, l'utente nel contestare in fatto ed in diritto quanto rilevato dall'Operatore in sede difensiva, rilevava in sintesi come la TIM non avesse avvisato con il dovuto preavviso l'avvenuto cambio del piano tariffario e come il reclamo fosse stato correttamente inviato a mezzo mail in data 10.06.2019 ed allegato alla procedura. Premesso quanto sopra, l'utente insisteva per le proprie richieste di rimborso ed indennizzo così quantificate: "1) Rimborso di 4€ mensili (15-11) x 33 mesi (ad oggi): 132€; 2) Indennizzo mancata risposta al reclamo: €300,00; 3) Indennizzo profilo non richiesto 2,50€ pro die x 990 giorni (ad oggi): €2475,00; 4) Riconoscimento delle spese per l'espletamento della procedura".

Si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 20, comma 4, del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie, l'oggetto della pronuncia deve essere limitata al rimborso di somme risultate non dovute e al riconoscimento di eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Pertanto la domanda di cui al punto sub i. dell'istanza introduttiva, diretta ad ottenere l'applicazione del piano tariffario più favorevole (ovvero 1000 minuti, 4 GB di dati al costo mensile di €11,00) è inammissibile, in quanto la fattispecie non è contemplata dal Regolamento indennizzi ed è diretta ad ottenere una statuizione modificativa dello stato di fatto e di diritto che esula dal contenuto vincolato della pronuncia di definizione ai sensi dell'art.20, comma 4 cit. Altresì, la detta richiesta si palesa estranea alla cognizione del presente procedimento, poiché l'organo adito non è comunque competente in questa sede a pronunciarsi con provvedimenti contenenti obblighi di fare o non fare quale sarebbe la condanna dell'operatore all'applicazione di una determinata tariffa contrattuale asseritamente più favorevole per l'utente di quella commercialmente prevista o vigente. Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere accolte, ma nei limiti di seguito precisati. ii. Nel caso di specie l'istante lamenta l'asserita applicazione di un profilo

tariffario difforme a quello attivato dal Gestore all'esito della scadenza di un precedente piano tariffario denominato "TIM Special Smartphone Edition 15", chiedendo per tale ragione oltre il rimborso delle somme pagate in più anche l'indennizzo per l'attivazione di un profilo tariffario difforme e quello per la mancata risposta ai reclami. Specificato l'oggetto dell'istanza, nel caso di specie trova applicazione l'articolo 1218 c.c., per cui in caso di contestazione da parte dell'utente circa l'inadempimento o non esatto adempimento contrattuale da parte dell'operatore spetta a quest'ultimo fornire prova circa l'esatto adempimento contrattuale oppure circa l'assenza di colpa in ordine all'inadempimento verificatosi. L'utente, invece, è onerato di provare soltanto l'esistenza di un contratto e può limitarsi alla semplice allegazione dell'inadempimento o non esatto adempimento contrattuale. Nel caso di specie, se da un lato può dirsi che l'esistenza del contratto sia incontestata e che l'istante ha contestato il costo dell'offerta, dall'altro lato TIM non ha fornito prova di aver rispettato le condizioni contrattuali pattuite. Infatti, in merito alla contestata fatturazione oggetto della controversia risulta per tabulas e precisamente dall'esame degli addebiti sulla SIM e dall'SMS del 9.06.2019 inviato dal Gestore prodotti dall'istante, che l'offerta attivata dall'Operatore denominata "TIM Special 15" - applicata all'esito della scadenza di precedente piano tariffario - prevedeva un costo di euro 11,00 anziché 15,00, presumibilmente in ragione dell'avvenuto saldo delle rate di € 4,00/mese previste per il terminale smartphone di cui all'offerta originaria. Tuttavia dall'esame delle dette documentazioni è emersa una difformità di fatturazione rispetto al costo effettivo dello stesso profilo, vale a dire euro 15,00 in luogo di euro 11,00, quindi senza l'applicazione dello sconto previsto. D'altro lato, TIM non ha provato, e neppure dedotto, che la mancata applicazione della tariffa prevista di € 11,00 al mese sia dipesa da causa ad essa non imputabile, dovendone pertanto sopportare le conseguenze in termini di responsabilità; ne consegue quindi, in mancanza di prova contraria da parte dell'operatore, che l'istante ha diritto a vedersi riconosciuta la restituzione dell'importo di euro 4,00 al mese. All'utente, pertanto, dovrà essere riconosciuta la differenza di costo dovuta dall'applicazione del profilo tariffario previsto nelle condizioni prospettate nell'SMS di attivazione a far data dal 9.06.2019 (data di decorrenza del nuovo piano tariffario) fino al 2.12.2021 (data di celebrazione dell'udienza di conciliazione). In ragione di tale applicazione, l'utente ha diritto al rimborso e/ o allo storno delle somme indebitamente fatturate da TIM e pagate dall'utente a titolo di canone per il piano "TIM Special 15", eccedenti il canone mensile di € 11,00 applicabile a seguito della modifica del profilo tariffario, così per trentuno mesi di disservizio e complessivi € 124,00 di rimborso. La richiesta di indennizzo sub iii., di converso, non può invece essere accolta poichè da quanto emerso dall'istruttoria il caso di specie riguarda una fatturazione di costi non conforme a quanto proposto nell'offerta commerciale attivata e non anche l'attivazione di un profilo tariffario diverso da quello sottoscritto, ovvero di un profilo attivato in assenza del consenso dell'utente. Ed invero, il piano attivato dal Gestore non presupponeva il consenso o la sottoscrizione di diverso accordo tra le parti in quanto il profilo vigente veniva modificato – come peraltro pure riconosciuto dall'istante – alla naturale scadenza dei trenta mesi contrattualmente previsti per il precedente piano "TIM Special Smartphone Edition". Pertanto la fattispecie, pur implicando come visto il diritto al rimborso, esula da quella prevista dall'art. 9, comma 2 del regolamento indennizzi di cui all'allegato A della delibera Agcom 73/11/CONS s.m. e i.. Ne consegue quindi l'impossibilità di accogliere la richiesta di indennizzo per attivazione piano tariffario non richiesto. iv. Relativamente alla richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, la domanda risulta fondata, atteso che TIM non ha provato di aver inviato risposta al reclamo mail del 10.06.2019. Al riguardo, ai sensi di quanto previsto dall'art. 12 comma 1 all. A Del. 347/18/CONS "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 a euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 300". Va dunque accolta la richiesta di un indennizzo per la mancata risposta ai reclami nella misura edittale massima di € 300,00, prevista dall'art. 12 comma 1 All. A alla Delibera 347/18/Cons.

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 18/12/2021, è tenuta a corrispondere all'utente i seguenti importi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza ed entro 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento: i. Euro 124,00 (centoventiquattro/00) a titolo di rimborso per difformità dall'offerta "TIM SPECIAL 15" proposta in sede di rinnovo; ii. Euro 300,00

(trecento/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo, ex art. 12 dell'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS.

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

f.to