DETERMINA 27 Fascicolo n. GU14/432961/2021

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. 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. 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 11/06/2021 acquisita con protocollo n. 0264002 del 11/06/2021;

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 parte istante, titolare di un contratto residenziale sull'utenza fissa n. 0583 2xxxx con l'operatore TIM S.p.A. (Kena mobile) (di seguito, per brevità, TIM), contesta l'acquisto obbligato del modem TIM al momento della sottoscrizione del contratto.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- era stato obbligato ad acquistare il modem TIM *“alla sottoscrizione del servizio”*.

In data 10 maggio 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 mancato accordo.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto, per complessivi euro 119,52, di:

- i) *“restituire e ricevere un rimborso per il modem Tim”*.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore TIM, nell'ambito del contraddittorio, tramite deposito in data 27 luglio 2021 di memoria difensiva con documentazione allegata, ha eccepito l'infondatezza dell'istanza per le ragioni di seguito esposte.

L'operatore ha rilevato che *“relativamente alla numerazione 05832xxxx, in data 08.06.2017 è stato variato su richiesta dell'istante il profilo tariffario da Internet Senza Limiti a Tim Smart con Modem in vendita rateizzata in 48 rate mensili da 2,49 euro ciascuna”* e ha precisato, quindi, che *“l'attivazione del profilo Tim Smart con Modem è anteriore al 1.12.18”*. L'operatore ha sostenuto che *“[a]decorrere da tale ultima data (...) in ottemperanza alla delibera AGCom n. 348/18/CONS, garantisce alla clientela il diritto di scegliere il terminale (modem) per l'accesso ad Internet (in cosiddetto “modem libero”). Pertanto, nel caso in esame non trova applicazione la decisione del TAR Lazio del 29/1/2020 relativa al ricorso sulla delibera Agcom n. 348/18/Cons”*.

L'operatore ha quindi affermato che *“[i]l prodotto consegnato al Signor XXX, per le motivazioni suesposte, essendo stato consegnato prima dell'1.12.2018, non era soggetto a diritto di recesso”* e ha allegato il relativo *“documento in Conciliaweb”*.

L'operatore ha inoltre evidenziato che *“non sono mai pervenuti reclami a TIM da parte dell'Istante per contestare il Modem”* e ha riportato l'articolo 23 delle Condizioni Generali di Abbonamento secondo il quale i reclami relativi ad importi addebitati in fattura devono essere inviati entro i termini di scadenza della fattura in contestazione all'indirizzo indicato sulla stessa, salvo eventuali casi di ritardo nel recapito opponibili validamente dal cliente, sottolineando che il cliente è comunque tenuto al pagamento di tutti gli importi non oggetto del reclamo addebitati nella fattura entro la data di scadenza della stessa. Al riguardo, l'operatore ha affermato che *“[i]l Modem è stato completamente pagato dal Signor XXX (e che) la fattura di Maggio 2021 contiene l'addebito dell'ultima rata mensile del modem (48esima rata)”*. L'operatore ha aggiunto che *“[i]n data 05.02.20 si riscontra la variazione dell'Offerta Commerciale in “Nuova TIM Super Mega Fibra””* e ha concluso sostenendo che *“[a]ppare evidente che non sussistono le motivazioni per il rimborso del modem considerato, peraltro, che per 48 mesi il “contestato” modem è stato sicuramente utilizzato dall'Istante”*.

Infine, l'operatore ha concluso con la richiesta di rigettare l'istanza in quanto infondata per le ragioni sopra esposte.

3. La replica dell'istante.

La parte istante, in data 6 agosto 2021, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria di replica, nella quale ha evidenziato che *“dagli ultimi documenti, si deduce che nel caso il modem sia stato venduto a rate prima di una determinata data non sia soggetto al diritto di restituzione e rimborso”* mentre allo stesso risulterebbe che *“nei casi in cui non sia stata data la possibilità al cliente di scegliere se utilizzare o meno il modem di TIM vi è*

la possibilità di restituire il modem con relativo rimborso”.

L'istante ha affermato di non aver mai avuto la possibilità di decidere se utilizzare o meno il modem di TIM dato che lo stesso era obbligatorio e ha precisato che erano stati proprio i tecnici TIM nei vari interventi tecnici a dirgli che il modem fosse di scarsissima qualità e di cambiarlo altrimenti la linea avrebbe continuato a funzionare male e a dare problemi.

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 primis si osserva che parte della domanda *sub i*) volta a poter “restituire (...) il modem Tim” esula dal contenuto c.d. vincolato del provvedimento di decisione così come previsto dall'articolo 20, comma 4, del Regolamento a mente del quale il Corecom può condannare l'operatore unicamente al rimborso (e/o allo storno) di somme risultate non dovute e al pagamento di indennizzi nei casi previsti. D'altro canto, questa Autorità non può imporre alle parti un'attività che è rimessa alla libera disponibilità negoziale delle parti da esercitare nei modi e nelle forme disposte dalle Condizioni generali di contratto (Cfr. Delibera Agcom n. 169/19/CIR).

Ciò premesso la presente disamina attiene alla richiesta di rimborso degli importi versati a titolo “*Rata addebito SMART modem wi-fi*” (48 rate).

La domanda dell'utente è fondata e merita accoglimento nei termini di seguito esposti.

Ai fini di una migliore comprensione delle fattispecie oggetto di contestazione sembra utile premettere una sintetica descrizione del quadro normativo di riferimento.

In via preliminare, si osserva che il Regolamento (UE) n. 2015/2120, del 25 novembre 2015, ha inteso stabilire misure dirette a garantire l'accesso a un'Internet aperta, coerentemente con il principio di neutralità tecnologica. In tale prospettiva, in linea di continuità con quanto già definito dalla direttiva n. 2008/63/CE, l'art. 3 del Regolamento in parola, sancisce, tra l'altro, il principio di libertà di scelta delle apparecchiature terminali da parte degli utenti finali per il servizio di accesso a Internet, disponendo, al comma 1, che “[g]li utenti finali hanno il diritto di (...) utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta, indipendentemente dalla sede dell'utente finale o del fornitore o dalla localizzazione, dall'origine o dalla destinazione delle informazioni, dei contenuti, delle applicazioni o del servizio, tramite il servizio di accesso a Internet” e precisando, ai successivi commi 2 e 3, che “[g]li accordi tra i fornitori di servizi di accesso a Internet e gli utenti finali sulle condizioni e sulle caratteristiche commerciali e tecniche dei servizi di accesso a Internet quali prezzo, volumi di dati o velocità, e le pratiche commerciali adottate dai fornitori di servizi di accesso a Internet non limitano l'esercizio dei diritti degli utenti finali” e che “[i] fornitori di servizi di accesso a Internet, nel fornire tali servizi, trattano tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze, e a prescindere dalla fonte e dalla destinazione, dai contenuti cui si è avuto accesso o che sono stati diffusi, dalle applicazioni o dai servizi utilizzati o forniti, o dalle apparecchiature terminali utilizzate”.

Ai sensi dell'art. 5 del citato Regolamento (UE), inoltre, le Autorità nazionali di regolamentazione hanno il compito di stretto monitoraggio sul rispetto del richiamato articolato, nonché di promuovere “la costante disponibilità dell'accesso non discriminatorio a Internet a livelli qualitativi che siano al passo con il progresso tecnologico”, potendo, a tal fine, anche “imporre requisiti concernenti le caratteristiche tecniche, i requisiti minimi di qualità del servizio e altre misure adeguate e necessarie a uno o più fornitori di comunicazioni elettroniche al pubblico, incluso ai fornitori di servizi di accesso a Internet”.

Sulla base del quadro legislativo europeo sopra richiamato, l'Autorità ha adottato la delibera n. 348/18/CONS, con il fine precipuo di garantire la piena e uniforme applicazione del richiamato art. 3 del Regolamento (UE) n. 2015/2120 e di assicurare agli utenti la facoltà di poter liberamente

utilizzare un'apparecchiatura terminale di propria scelta senza dover subire qualsivoglia limitazione nella fruizione dei servizi compresi nelle offerte sottoscrivibili.

L'art. 5 (*Disposizioni transitorie*), comma 1, della predetta delibera, stabilisce che “[i] fornitori di servizi di accesso ad Internet, entro 120 giorni dalla pubblicazione del presente atto [termini prorogati di 30 giorni per effetto della Delibera Agcom n. 476/18/CONS], limitatamente ai contratti in essere che prevedono l'utilizzo obbligatorio del terminale a titolo oneroso per l'utente finale:

a. *Propongono all'utente la variazione senza oneri della propria offerta in una equivalente offerta commerciale che preveda la fornitura dell'apparecchiatura terminale a titolo gratuito o che non ne vincoli l'utilizzo attraverso l'imputazione di costi del bene o dei servizi correlati al terminale nella fatturazione;*

b. *In alternativa, consentono all'utente finale di recedere dal contratto senza oneri diversi dalla mera restituzione del terminale, dandone adeguata informativa”.*

Nel caso di specie, deve osservarsi che l'operatore TIM non ha provato di aver adempiuto agli oneri informativi sopracitati, rientrando nella fattispecie dei “*contratti in essere che prevedono l'utilizzo obbligatorio del terminale a titolo oneroso per l'utente finale*”. Infatti alla data di scadenza del termine per la comunicazione (30 dicembre 2018) il contratto era ancora in essere con le relative rate del modem ancora in corso di pagamento.

Sul punto l'operatore si è limitato ad evidenziare che “[i]l prodotto consegnato al Signor XXX, per le motivazioni suesposte, essendo stato consegnato prima dell'1.12.2018, non era soggetto a diritto di recesso”. L'operatore a supporto della propria posizione ha allegato un “*documento in Conciliaweb*”, che altro non è che uno *screenshot* estratto da una schermata del proprio sistemi aziendali priva di valore probatorio e inoltre non rilevante ai fini della normativa sopracitata.

Ne consegue, in accoglimento della domanda *sub i)* per la parte volta a “*ricevere un rimborso per il modem Tim*” pari a euro 119,52, che l'operatore è tenuto a regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell'istante mediante lo storno ovvero il rimborso (in caso di avvenuto pagamento) dell'importo di euro 119,52 (centodiciannove/52), corrispondente alla somma delle 48 rate di euro 2,49 (due/49) ciascuna, a titolo di “*Rata addebito SMART modem wi-fi*”. L'istante ha altresì diritto al ritiro, a cura e spese dell'operatore, della pratica di recupero dei crediti eventualmente aperta per l'insoluto.

DETERMINA

TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 11/06/2021, è tenuta a regolarizzare entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, per le motivazioni di cui in narrativa, la posizione amministrativa-contabile dell'istante in relazione all'utenza fissa n. 0583 2xxxx mediante lo storno (o il rimborso, in caso di avvenuto pagamento, con le modalità indicate in istanza, oltre agli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza) dell'importo di euro 119,52 (centodiciannove/52), corrispondenti alla somma degli addebiti a titolo di “*Rata addebito SMART modem wi-fi*”. L'operatore è tenuto altresì al ritiro, a propria cura e spese, della pratica di recupero del credito inerente all'eventuale insoluto relativo a tali somme.

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.)