

DETERMINA 5 Fascicolo n. GU14/654588/2024**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA C. - 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;

VISTA la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, “Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni - Corecom” e succ. modif. e int.;

VISTA la "Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni al Comitato regionali per le comunicazioni tra l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Calabria" sottoscritta dalle parti in data 14 febbraio 2023;

VISTA la Delibera n. 358/22/CONS del 12 ottobre 2022, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche o fornitori di servizi di media audiovisivi”, articolo 20 (Decisione della controversia), comma 7: “La definizione delle controversie di modesta entità, che hanno a oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 euro alla data di presentazione della domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Responsabile della struttura(...);

VISTA l’istanza dell’utente C., del 08/01/2024 acquisita con protocollo n. 0005816 del 08/01/2024.

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante si è rivolto al Co.Re.Com. e, dopo aver esperito il tentativo di conciliazione con esito negativo, ha depositato un’istanza di definizione della controversia, riferita a un rapporto contrattuale di somministrazione di servizi di telefonia mobile, tipologia consumer per l’utenza n. 34069xxxxx. In particolare, facendo seguito

all'istanza per tentativo di conciliazione, depositata il 12 dicembre 2023 e conclusasi con mancato accordo l'8 gennaio 2024, in pari data il ricorrente ha depositato istanza per la definizione della controversia, affermando quanto segue: «Buongiorno, Purtroppo ad oggi 08-01-2024 Tim non ha ancora attivato la mia linea 34069xxxxx correttamente. Non funziona il servizio SMS. Inoltre la mia utenza non mi compare nell'app MyTim insieme alle altre mie linee per cui non posso controllare il mio credito e l'utilizzo delle mie promozioni attive che sto pagando a vuoto. Si precisa che prima del blocco la mia linea era presente correttamente sull'App MyTim. Si precisa che la linea 34069xxxxx è collegata a un sistema di allarme con avviso via SMS ed è utilizzata come sistema di SOS di emergenza dai miei genitori invalidi al 100%». Per quanto appena esposto, l'istante ha così esplicitato le proprie richieste, quantificate nella somma di € 3.300,00: 1) “Riattivazione completa della linea con tutti i servizi completi. Tim non ha rispettato il provvedimento Gu5 emesso a Dicembre 2023”; 2) “Risarcimento a partire dal 06-12-2023 fin quando la linea in questione non sia riattivata completamente.”. Il 14 febbraio, scrivendo sul fascicolo documentale, l'utente ha rappresentato quanto segue: “Si comunica che la linea oggi risulta bloccata. Non funzionano telefonate, SMS e nemmeno internet”. A tale proposito l'istante, con nota iscritta sul fascicolo documentale ha così precisato: “Si chiede a Tim documentazione comprovante, compreso l'invio dell'avviso di sospensione (Legge 27 dicembre 2019, n. 160 ENTRATA IN VIGORE 1.1.2020 Articolo 1 291. I gestori di servizi di pubblica utilita' e gli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche hanno l'obbligo di trasmettere agli utenti le comunicazioni con cui si contestano, in modo chiaro e dettagliato, gli eventuali mancati pagamenti di fatture e si comunica la sospensione delle forniture in caso di mancata regolarizzazione, con adeguato preavviso, non inferiore a quaranta giorni, tramite raccomandata con avviso di ricevimento ovvero mediante posta elettronica certificata al domicilio digitale del destinatario ai sensi dell'articolo 6 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.). Si ricorda che la linea è rimasta bloccata per mesi e che per ogni giorno di blocco è previsto un risarcimento. Da mesi si richiede prova documentale della violazione delle condizioni generali di contratto. Da mesi si richiede prova documentale dell' avviso preventivo del blocco linea vedi sopra. L' inadempimento contrattuale di Tim Kena risulta nei fatti e i fatti dicono che per l'ennesima volta senza preavviso la linea è stata bloccata. Oggi è di nuovo bloccata. Inoltre si ricorda che precedentemente Tim non ha ottemperato ad un GU5 emesso dal Corecom e il documento si trova nel precedente tentativo di conciliazione fallito”.

La società resistente, tempestivamente costituita, ha respinto ogni addebito, specificando quanto segue. «in data 20.11.2012 rientra in Tim, in seguito a MNP da Altro Operatore Mobile; in data 12.10.2023 viene attivata l'offerta 500 SMS Plus, che fornisce 500 sms al mese, canone mensile € 1,99. In data 06.12.2023 la linea viene temporaneamente bloccata per richiesta Tim, in quanto vi era la presenza di traffico anomalo rispetto a quanto stabilito dalle condizioni generali di contratto ...omissis... In data 12.12.2023 l'utente presenta GU5/650xxx/2023 e domanda di conciliazione al Corecom Calabria, per medesimo oggetto del contendere del presente GU14 (sospensione linea del 06.12.2023), UG/650yyy/2023, conclusasi in data 08.01.2024 con VERBALE DI MANCATO ACCORDO. In data 27.12.2023 Viene inviato il provvedimento Corecom, viene aperta nuova segnalazione a Fraud Operation e la linea viene riattivata lo stesso giorno. In data 08.01.2024 perviene ulteriore GU5/654***/2024 presentato al Corecom Calabria per mancata completa riattivazione linea dal 27.12.2023 (cliente non riesce ad inviare sms e non visualizza più la sua utenza nell'APPMYTIM). Per la problematica esposta viene inviato ticket 17461/2024, chiuso in data 22.01.2024 “Consistenza allineata”. Falliti contatti telefonici al cliente, effettuati il tardo pomeriggio del 22.01.2024 e la mattina e il primo pomeriggio del 23.01.2024, sia sul numero in oggetto, sia sul recapito alternativo ...omissis.... In data 23.01.2024 su sollecito ricevuto, per cliente che scrive su conciliaweb si fornisce il seguente riscontro in piattaforma “Salve, si conferma che, come da esito ticket, la linea è correttamente abilitata all'invio degli sms. La mancata ricezione sms da parte dei destinatari non è un problema attribuibile alla linea che li invia correttamente. Per gli eventuali rimborsi e indennizzi, non gestibili in GU5, si ri-manda a gestione seconda istanza. Grazie per riscontro risoluzione anche per APPMYTIM”. Dalle verifiche effettuate dal settore competente Fraud Operation, la sospensione della linea è dovuta al mancato rispetto delle Norme d'uso Tim contenute nelle Condizioni Generali di Contratto, in particolare dell'art. 9: “Il cliente è tenuto ad utilizzare il servizio esclusivamente per uso personale e solo unicamente mediante un dispositivo radiomobile. Inoltre, il cliente è tenuto ad utilizzare il servizio secondo buona fede e correttezza e deve astenersi, pertanto, dal conseguire vantaggi diversi da quelli connessi alla normale fruizione del servizio per comunicazione interpersonale.” Non si riscontrano inadempimenti contrattuali da parte della società convenuta, in quanto il blocco della Sim è dipeso da un uso in proprio da parte dell'utente». Il gestore, pertanto, ha concluso per l'integrale reiezione delle avverse domande. Per quanto concerne l'ulteriore periodo di sospensione, lamentato dall'odierno istante sul

fascicolo documentale TIM, senza essere smentito dall'utente ed allegando prova documentale, ha scritto come di seguito: "l'utenza è stata bloccata in ambito frodi, da controlli automatici su traffico anomalo, in data 13/02/2024 e riabilitata in data 14.02.2024 come da schermata allegata" L'utente non ha depositato memorie di replica, né ha partecipato alle udienze ritualmente convocate alle ore 10:30 dell'11 aprile 2024 e alle ore 10,30 del 14 maggio 2024.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate da parte istante possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato. La decisione è frutto di un'adeguata comparazione dei documenti prodotti e delle correlative allegazioni con i rispettivi oneri probatori. In via preliminare, ancor prima di entrare nel merito della res controversa, la domanda di risarcimento del danno spiegata dall'istante va riqualficata in termini corretti. Siffatta domanda, infatti, esula dalle competenze del Co.Re.Com, chiamato a disporre, se del caso, rimborsi o indennizzi, come chiarito dall'articolo 20, comma 4 del Regolamento. Tuttavia, a tale proposito, giova precisare come le "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", di cui alla delibera n. 276/13/CONS, prevedano la possibilità di interpretare le istanze nel loro significato più logico e pertinentiale rispetto alla vicenda trattata, sicché la domanda risarcitoria viene intesa come rivolta alla liquidazione di un indennizzo che comunque andrebbe erogato dall'operatore automaticamente al solo ricorrere dei presupposti regolamentari. Nel merito, si osserva quanto segue. In primo luogo, la richiesta dell'istante di cui al punto 1) risulta superata e di fatto soddisfatta a decorrere dal 23 gennaio 2024, come affermato dall'operatore e riconosciuto dall'utente. Quest'ultimo all'interno del fascicolo documentale relativo al procedimento GU5 correlato all'istanza di definizione, ha dedotto espressamente la riattivazione completa della linea a quella data. Successivamente a tale periodo, poi, l'odierno istante - scrivendo sul fascicolo documentale GU14 entro i termini delle repliche - ha lamentato l'ulteriore sospensione dei servizi, avvenuta il 13 febbraio 2024, con riattivazione avvenuta, come visto in precedenza, il 14 febbraio 2024. Quanto alla domanda di cui al punto 2), Tim, dal canto suo, ha riconosciuto la sospensione dell'utenza, che è stata completa dal 6 al 27 dicembre 2023 e, in seguito parziale, con sospensione del solo servizio SMS e perdita di visibilità dell'utenza nell'App MyTim. I servizi, come emerso nel procedimento GU5, sono stati completamente ripristinati il 23 gennaio 2024, fatta salva l'ulteriore giornata di sospensione amministrativa intervenuta a febbraio e documentata al capoverso precedente. Orbene, secondo il pacifico orientamento di questo Co.Re.Com., incombe sull'operatore l'onere di provare il rispetto della regolamentazione vigente in materia di sospensione dei servizi. Se è vero da un lato che il gestore telefonico, in caso di frode accertata e ove contrattualmente previsto, può disporre la sospensione del servizio, dall'altro lato, deve dimostrare di essersi mosso al ricorrere dei presupposti contrattuali e regolamentari. Nel caso di specie, giova evidenziare come Tim S.p.A. (Kena Mobile) abbia addotto, ma non provato, il superamento del limite di traffico via SMS da parte dell'utente. Il gestore, infatti, non ha depositato alcun elemento probatorio a sostegno delle circostanze assunte, non allegando neanche il dettaglio del volume di traffico anomalo rilevato. Né il gestore ha documentato l'invio, tramite SMS, di un'informativa sulla sospensione del servizio che si sarebbe rivelata anch'essa doverosa, benché ex se insufficiente ad accogliere le ragioni del medesimo. Pur essendo l'informativa elemento doveroso e necessario, infatti, al fine di accogliere le controdeduzioni del fornitore, sarebbe stato necessario accertare se, nel caso di specie, il cliente fosse effettivamente incorso nell'inadempimento contestato. In tal senso, Tim aveva l'onere di dimostrare, oltre all'invio dell'informativa, se l'utente avesse effettivamente sviluppato traffico giornaliero di SMS superiore al limite da considerarsi anomalo ai sensi dall'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS. Non avendo l'operatore offerto prova del superamento del limite, attraverso l'allegazione dei dettagli numerici riepilogativi del traffico inusuale rilevato (il volume) e il deposito della screenshot riepilogativo attestante il dato, la sospensione del servizio SMS, prima e dell'intera utenza poi, non può ritenersi legittima. Sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti, si giunge, quindi, a comporre gli interessi in conflitto, avvalendosi dei principi di ripartizione del carico probatorio concretamente applicati nel processo civile. In particolare, secondo giurisprudenza pacifica, l'onere della prova, in tema di fornitura del servizio nell'ambito del settore delle telecomunicazioni è ripartito tra utente (creditore) e gestore (debitore) in tal senso: "in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto,

esatto adempimento” (Cass. Civ. n.2387/04 e 936/10). Ciò posto, nella fattispecie odierna, gravava su Tim l’onere di provare il rispetto della regolamentazione vigente in materia di sospensione dell’utenza. Il quadro emerso dall’esame degli atti e il contenuto delle reciproche deduzioni delle parti, comprova l’illegittimità della sospensione della linea mobile prima e del servizio SMS e di quello riguardante l’APP MyTim poi, posta in essere dal gestore, in quanto non è stata provata la sussistenza dei presupposti regolamentari necessari per l’adozione della misura cautelativa. In conclusione, in assenza di prove circa l’esistenza dei presupposti per la sospensione del servizio per sospetta frode, la richiesta dell’utente può trovare parziale accoglimento, con rigetto delle ulteriori domande. Di talché, l’istante avrà diritto alla liquidazione dell’indennizzo per la sospensione amministrativa dell’intera utenza dal 6 al 27 dicembre 2023 e dal 13 al 14 febbraio 2024 (periodo di sospensione completa dei servizi, per come dimostrato in atti), ai sensi dell’art. 4, comma 1, del Regolamento sugli indennizzi, nella misura di euro 7,50 al giorno, per 21 giorni, nonché all’indennizzo di cui all’articolo 5, comma 2, del Regolamento sugli indennizzi, per la sospensione del servizio accessorio SMS, nella misura di euro 2,50 al giorno, per 27 giorni, computati in riferimento al periodo compreso dal 27 dicembre 2023 al 23 gennaio 2024, per un totale complessivo di € 225,00, con assorbimento dell’indennizzo per il servizio concernente l’APP MyTim in quanto accessorio

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell’istanza del 08/01/2024, è tenuta a liquidare all’istante, mediante assegno o bonifico bancario, la somma di € 225,00 (duecentoventicinque/00), a titolo di indennizzo per la sospensione amministrativa dell’utenza e per la sospensione amministrativa del servizio SMS, oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell’istanza di definizione della controversia, con rigetto delle ulteriori domande nei termini di cui in motivazione.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell’articolo 30, comma 12, del Codice.

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
Maurizio Priolo