

DETERMINA N. 5 Fascicolo n. GU14/482923/2021**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA capolupo XXX - TIM XXX (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 l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Co.Re.Com Calabria in data 19/21 dicembre 2017;

DATO ATTO della deliberazione Co.Re.Com. Calabria n. 234 del 17 luglio 2014, con cui il Comitato ha conferito al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all’adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (cinquecento/00) euro;

VISTA l’istanza dell’utente capolupo XXX, del 13/12/2021 acquisita con protocollo n. 0481952 del 13/12/2021

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell'istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante, titolare dell’utenza telefonica 0968/77XXX, ha rappresentato che: “a partire dal mese di Dicembre 2019 l’anzidetta linea veniva gravata in fattura di costi per offerte e servizi mai richiesti (...) Nello specifico, veniva attivata una tariffa internet (ADSL TIM SUPER MEGA) con aggravio di costi aggiuntivi per i servizi accessori (quali ad esempio la rata modem), pertanto, vedeva considerevolmente aumentato, da un giorno all’altro, il suo canone telefonico da euro 22,00 circa, ad euro 63,00 - a causa dell’attivazione di una tariffa telefonica mai richiesta dallo stesso e di servizi internet mai, nel tempo, utilizzati (...) appena

accortosi della modifica del proprio piano contrattuale, inviava formale disdetta, via fax, in data 22.01.2020, dell'abbonamento ADSL TIM SUPER MEGA, illegittimamente attivato sulla sua utenza. Tale reclamo non trovava alcun riscontro. Inoltre, dal mese di aprile 2020 (...) non riceve più le fatture telefoniche, non potendo, quindi, verificarne il contenuto. Dagli estratti conto corrente risultano comunque addebitati (...) costi elevati e comunque di gran lunga più alti rispetto a quelli precedenti all'indebita attivazione di ADSL TIM SUPER MEGA. A nulla sono valsi i numerosi reclami effettuati anche attraverso il servizio clienti anche sui costi dell'apparecchio modem, mai utilizzato (...) e da subito messo a disposizione di Tim per la restituzione, comunque ritenuta, a detta degli operatori del servizio clienti Tim, più volte contattati, non necessaria. Si lamenta, inoltre, dell'illegittima fatturazione a cadenza di 28 giorni nel periodo compreso dal mese di Giugno 2017 e Marzo 2018". Sulla base di tali premesse, ha chiesto: 1) "l'indennizzo per l'illegittima attivazione di tariffe e servizi non richiesti"; 2) "l'indennizzo illegittima attivazione di profili tariffari non richiesti"; 3) "l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami"; 4) "il risarcimento di tutti i danni subiti e subendi"; 5) "gli indennizzi di Legge per l'indebita fatturazione a 28 giorni"; 6) "il ripristino del recapito, presso l'abitazione delle fatture telefoniche in veste cartacea e la restituzione delle somme eventualmente percepite in assenza di tale servizio". Il tentativo obbligatorio di conciliazione è stato eseperto 26 ottobre 2021.

Nel rispetto dei termini procedurali, la resistente ha fatto pervenire la propria memoria difensiva, con documentazione in allegato, ove ha rappresentato, in sintesi, quanto segue: "Da verifiche effettuate sugli applicativi in uso in data 07.11.2019 viene attivato sull'utenza in contestazione il profilo Tim Super Mega con voce e modem. Il servizio ADSL Tim Super Mega prevedeva un costo di euro 35,00 mensili più euro 5,00 di modem in vendita per 48 rate". La stessa ha precisato che all'istante sono state inviate le condizioni contrattuali ed economiche del piano tariffario attivato sull'utenza, fornendogli tutte le informazioni tecniche ed economiche inerenti all'offerta, unitamente alle modalità per recedere dal contratto, in ossequio a quanto prescritto dalla normativa di settore. Nel merito, ha stigmatizzato che, nonostante la corretta informazione, l'utente, non ha esercitato il diritto di recesso, entro i 14 giorni dall'attivazione del profilo tariffario. Invero, la prima richiesta di cessazione è pervenuta il 16 gennaio 2020 - dopo circa due mesi -, con cui l'odierno istante contestava solo l'attivazione dell'offerta "ADSL Tim Super Mega", in quanto non corrispondente a quanto pattuito, senza alcuna cenno all'attivazione di servizi non richiesti. Inoltre, ha dichiarato che "la richiesta di conversione inversa - servizio solo fonia - è stata effettuata il 28 marzo 2020", allegando, a tal proposito, il conto telefonico del mese di aprile 2020, e che il modem è ancora in possesso dell'odierno istante. Per ultimo, ha evidenziato che l'istante ha presentato un'istanza priva di elementi precisi e dettagliati dalla quale non emergono elementi probanti e circostanziati tale da rendere condivisibili le doglianze asserite. Ha richiamato pure le regole in materia di onere probatorio circa l'adempimento di obbligazioni, appellandosi alla delibera Agcom n. 276/13/CONS. Alla luce di tali considerazioni, l'operatore ha declinato ogni responsabilità dal momento che - a dire dello stesso - non si riscontrano inadempimenti contrattuali, chiedendo il rigetto, poiché la domanda risulta infondata sia in fatto sia in diritto. Successivamente, il ricorrente ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2, del nuovo Regolamento di procedura, delibera n. 203/18/CONS e successive modifiche ed integrazioni, la memoria di replica con cui, oltre a insistere nelle domande già formulate, ha contestato le deduzioni avversarie, affermando che non è stata data prova dell'invio all'utente della Welcome Letter, in cui erano contenute tutte le informazioni relative all'offerta "ADSL Tim Super Mega". Inoltre, ha rappresentato che dopo la ricezione della fattura n. RU03005XXX, relativa al mese di dicembre 2019, ha inoltrato formale disdetta, a mezzo fax, con cui ha chiesto il ripristino dell'offerta precedente. Nello specifico, ha insistito nella restituzione delle seguenti somme: - aumento illegittimo delle fatture da Dicembre 2019 ad oggi, pari ad euro 227,72 salvo errori e/o omissioni; - canone modem (euro 5,00 dal mese di Dicembre 2019 ad oggi); - la cessazione dell'addebito in fattura della rata modem; - la corresponsione degli indennizzi previsti per l'applicazione di condizioni contrattuali diverse da quelle prospettate/pattuite; - la corresponsione degli indennizzi automatici di cui all'art. 12 della Delibera 347/18/Cons, pari ad euro 300,00 per mancata risposta ai reclami; - la corresponsione degli indennizzi automatici di cui all'art. 9 del Regolamento indennizzi (allegato A) DELIBERA 347/18 CONS) "per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti", pari ad euro 5,00 per ogni giorno di attivazione della linea internet dalla data del 1° Novembre fino alla data di disattivazione della stessa; - la corresponsione, per l'illegittima fatturazione a 28 gg, dell'indennizzo forfettario pari ad euro 50, in favore di ciascun utente interessato dalla illegittima fatturazione, maggiorato di 1 euro per ogni giorno successivo alla scadenza del termine assegnato dall'autorità ai sensi del comma 1-quinquies" di cui all'art 19 quinquiesdecies, comma 4-bis della Legge n. 172/17, precisando che il predetto termine assegnato dall'Autorità è il 31.12.2018 (art. 1 comma 1 della Delibera n. 269/18/CONS) o della somma che verrà ritenuta equa e

di giustizia da Codesta Spett.le Autorità. In occasione dell'udienza di discussione, tenutasi davanti a questo Co.Re.Com. il 16 febbraio 2022, le parti, presenti a mezzo dei propri delegati, hanno esposto e precisato le rispettive posizioni. Il gestore ha formulato una proposta conciliativa della controversia, che non è stata accettata dall'istante. Il Responsabile del procedimento, comunque, ha acquisito elementi utili ai fini della decisione.

In via preliminare, deve dichiararsi l'inammissibilità delle pretese risarcitorie formulate dal ricorrente, poiché esse esulano dalla competenza dell'Organo adito, ai sensi dell'articolo 20 del Regolamento, essendo di competenza esclusiva dell'Autorità giudiziaria ordinaria. Le richieste di risarcimento dei danni, tuttavia, possono essere interpretate come richieste di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, qualora se ne ravvisino i presupposti, come statuito "dal paragrafo III.1.3 delle - Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", di cui alla delibera n. 276/13/CONS. Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato; si evidenzia in ogni caso la difficoltà incontrata dall'ufficio scrivente nella disamina delle argomentazioni esposte, in quanto l'impostazione generale dell'istanza difetta spesso di chiarezza. Posto quanto sopra, l'istante ha lamentato l'applicazione di un profilo tariffario avente condizioni economiche difformi e maggiormente gravose rispetto a quelle prospettate dall'operatore, dichiarando: "veniva attivata una tariffa internet (ADSL TIM SUPER MEGA) con aggravio di costi aggiuntivi per i servizi accessori (quali ad esempio la rata modem), pertanto, vedeva considerevolmente aumentato, da un giorno all'altro, il suo canone telefonico da euro 22,00 circa, ad euro 63,00". Di contro, l'operatore ha dedotto che tutti gli importi addebitati sui conti telefonici risultano corretti, in quanto conformi a quanto pattuito e, dunque, integralmente dovuti. Inoltre, ha dichiarato che l'istante non ha esercitato il diritto di recesso, entro i 14 giorni, e che la richiesta di cessazione è pervenuta il 16 gennaio 2020 - dopo circa due mesi dall'attivazione -, senza alcun cenno all'attivazione di servizi non richiesti. Ha dichiarato, altresì, che "la conversione inversa - servizio solo fonia - è avvenuta il 28 marzo 2020", esibendo il conto telefonico del mese di aprile 2020. A fronte di tutto ciò, le argomentazioni difensive dell'operatore non risultano sufficienti, in primis, perché non ha fornito validi riscontri probatori per provare la comunicazione resa all'utente in ordine alle condizioni economiche applicate relative all'offerta "ADSL Tim Super Mega", compromettendo il diritto di scelta dell'utente, il quale, con tutta probabilità, non avrebbe preso in considerazione tale offerta; in secundis, perché avrebbe dovuto quantomeno indicare, a seguito delle segnalazioni dell'utente - pur non allegati dall'utente alla presente istanza-, quale fosse il costo dell'offerta applicata ed allegare il prospetto riepilogativo dei relativi costi con l'indicazione delle condizioni economiche. L'utente era convinto di mantenere un canone mensile omnicomprensivo di euro 22,00, come riportato nella disdetta inoltrata all'operatore il 22 gennaio, a mezzo fax: "... si fa presente che il passaggio dal mio precedente abbonamento "TIM VOCE" all'attuale "TIM SUPER MEGA è avvenuto dopo contatto telefonico in cui mi è stato detto che il costo sarebbe stato uguale al precedente, cosa che non è vera". In merito alla contestazione relativa all'attivazione di profilo tariffario non richiesto si richiama l'orientamento generale seguito da Agcom per cui gli utenti hanno diritto all'applicazione dell'offerta per come descritta al momento della conclusione del contratto, ovvero, ove le condizioni pattuite non fossero quelle effettivamente offerte, l'utente ha diritto al recesso senza penali, nonché, in ogni caso, alla restituzione della eventuale differenza tra gli importi addebitati e quelli risultanti dall'applicazione delle condizioni pattuite. Sul punto già con la decisione 14/15/CIR (indirizzo confermato nelle successive delibere 116/17/CIR e 3/18/CIR), l'Autorità ha statuito in questo senso: " non può essere accolta la richiesta dell'istante inerente la corresponsione di ulteriori indennizzi per la fornitura di un servizio non richiesto, in quanto, a fronte della fatturazione indebita non sussistono gli estremi per la liquidazione di un indennizzo, bensì la possibilità di richiedere lo storno e/o il rimborso degli importi fatturati, ma non dovuti". Per questo, la determinazione dell'indennizzo risulterebbe ingiustamente sproporzionata rispetto al pregiudizio concretamente subito dall'istante, per il quale si ritiene che lo storno/rimborso degli importi indebitamente fatturati costituiscono idoneo e sufficiente ristoro del disagio patito. Per questo motivo, la richiesta di indennizzo per attivazione di profilo tariffario non richiesto e/o servizi non richiesti non può essere accolta, in quanto le contestazioni mosse dall'istante sono imputabili ad una errata fatturazione e, come tali, si ritengono assorbite dal rimborso delle fatture come esposto ut supra. Di conseguenza, l'operatore è tenuto a ricalcolare le fatture emesse nel periodo in contestazione, a partire dalla data di attivazione dell'offerta "ADSL Tim Super Mega" (11 novembre 2019) sino al ripristino della precedente offerta "TIM VOCE" (28 marzo 2020), rimborsando le somme contabilizzate in eccesso, rispetto a quelle pattuite. In aggiunta, è tenuto a rimborsare e/o stornare le somme addebitategli per il modem dopo il

ripristino dell'offerta "TIM VOCE". L'istante, da parte sua, è tenuto a restituire il modem all'operatore, mentre l'operatore sarà onerato ad indicare le modalità di consegna del prodotto. In ordine alla richiesta di indennizzo per mancata risposta ai reclami, l'istante ha affermato di aver contattato parecchie volte il servizio clienti dell'operatore, ma non c'è evidenza probatoria, né risultano indici presuntivi delle effettuate segnalazioni per contestare le presunte illegittime fatturazioni, quali, a mero titolo esemplificativo, l'orario di contatto, il codice del ticket, eventualmente aperto, il codice dell'operatore con cui è intervenuto il contatto che avrebbe posto a conoscenza l'operatore consentendogli di intervenire. Tuttavia, lo stesso ha fornito la prova di aver inviato un reclamo (diffida e messa in mora), a mezzo PEC, il 16 aprile 2021. Anche se in tale data l'operatore aveva già provveduto a ripristinare l'offerta "TIM VOCE", in ogni caso, non ha dato una risposta esaustiva alle altre richieste formulate dall'istante, per questa omissione, si accoglie la richiesta di indennizzo. Cosicché, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, della Delibera Agcom n. 179/03/CSP, secondo cui l'operatore deve fornire l'esito del reclamo entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto con motivazione adeguata, l'istante ha diritto al riconoscimento di un indennizzo per mancata risposta al reclamo, in quanto inadempimento contrattuale, ai sensi delle già citate previsioni. Per la determinazione dell'indennizzo, si applica l'art. 12, commi 1, dell'Allegato A della Delibera Agcom n. 347/18/CONS che ha modificato il Regolamento indennizzi, Delibera 73/11/CONS. Nel caso di specie, il ritardo accumulato dall'operatore, va rapportato al periodo compreso tra il 16 aprile 2021 (data del reclamo, trasmesso a mezzo PEC) e il 26 ottobre 2021 (data dell'udienza di conciliazione, quindi, prima occasione di confronto tra le parti), corrispondente a 149 giorni (decurtati i 45 giorni per dare seguito al reclamo). Conseguentemente si riconosce all'utente un indennizzo di euro 300,00 (trecento/00), tetto massimo previsto dal Regolamento. Di contro, non trova accoglimento la richiesta di indennizzo per mancato invio delle fatture, poiché tale fattispecie non è contemplata nel Regolamento indennizzi (delibera n.73/11/CONS ss.mm. ii, modificata dalla delibera 347/18/Cons). Analogamente, deve essere rigettata la richiesta di restituzione delle spese addebitate per il servizio di produzione e invio della fattura, dato che, ai sensi dell'art. 10, delle condizioni generali di contratto, le predette spese sono a carico del cliente, salvo che lo stesso non attivi i servizi che comportano l'eliminazione della copia cartacea (visualizzazione attraverso la sezione My TIM del sito tim.it oppure invio fattura digitale), circostanza quest'ultima di cui non vi è prova agli atti. Per quanto concerne la richiesta di indennizzo per la fatturazione a 28 giorni, la resistente non ha mosso alcuna difesa, controdeduzione o eccezione. Pertanto, assume rilievo il principio secondo cui, in assenza di contestazioni da parte dell'operatore, quanto dichiarato dal cliente va ritenuto provato. In tal senso dispone l'articolo 115, comma 1, c.p.c., da considerarsi come espressivo di un principio ordinamentale che consente di fondare la decisione sui fatti "non specificamente contestati". La stessa Corte di Cassazione, peraltro, ha statuito che i fatti non specificamente contestati liberano la controparte dall'onere di fornire la relativa prova (Corte di Cassazione, sez. III, n. 22837 del 10.11.2010). Anche se il Regolamento non prevede alcun indennizzo per tale fattispecie, neppure in via analogica, l'istante ha comunque diritto al rimborso delle somme non dovute. Egli, secondo l'orientamento dell'Autorità, atteso l'obbligo di fatturazione su base mensile imposto agli operatori a partire dal 23 giugno 2017 in virtù della delibera n. 252/16/CONS, come modificata dalla delibera n. 121/17/CONS, ha diritto alla restituzione delle differenze derivanti dalla modifica del ciclo di fatturazione, da calcolarsi secondo il criterio dei cosiddetti "giorni erosi", secondo le modalità stabilite dalla delibera n. 112/18/CONS, definitivamente confermata dal Consiglio di Stato (Cfr. Determina 20/19/DTC). La restituzione delle predette somme andrà effettuata nel primo ciclo di fatturazione successivo alla notificazione del presente provvedimento. Per tutto quanto sopra:

DETERMINA

- TIM XXX (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 13/12/2021, è tenuta a l'accoglimento parziale dell'istanza presentata dal Sig. Capolupo A., nei confronti della società Tim – (Kena Mobile), come indicato nella parte motiva. La società Tim (Kena Mobile) è tenuta a ricalcolare le fatture emesse nel periodo in contestazione, a partire dalla data di attivazione dell'offerta "ADSL Tim Super Mega" (11 novembre 2019) sino al ripristino della precedente offerta "TIM VOCE" (28 marzo 2020), rimborsando le somme contabilizzate in eccesso, rispetto a quelle pattuite. In aggiunta, è tenuta a rimborsare e/o stornare le somme addebitategli per il modem dopo il ripristino dell'offerta "TIM VOCE". L'istante, da parte sua, è tenuto a restituire il modem all'operatore, rispettando le modalità di consegna indicategli da quest'ultimo, che ha l'onere, appunto, di comunicare all'utente le modalità di consegna. L'anzidetta società è tenuta, altresì, a corrispondere la somma di euro 300,00 (trecento/00), a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo, come descritto nella parte

motiva. Inoltre, è tenuta a restituire all'istante i giorni erosi relativi al periodo giugno 2017- marzo 2018, con riferimento all'utenza in contestazione, secondo le modalità già stabilite dalla Delibera n. 112/18/CONS. Provvederà alla restituzione di tali somme nel primo ciclo di fatturazione successivo alla notificazione della presente determina. Tale somme dovranno essere corrisposte tramite assegno o bonifico bancario, oltre gli interessi legali, calcolati a decorrere dalla data di presentazione della domanda sino al saldo.

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
Maurizio Priolo