

DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/97276/2019

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Gencarelli X - TIM X (Kena mobile) IL DIRETTORE

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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito Regolamento;

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 Regolamento Indennizzi;

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 Gencarelli X, del 14/03/2019 acquisita con protocollo N. 0111707 del 14/03/2019

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:

L’istante rappresenta di aver aderito telefonicamente all’offerta Tim Smart (Fibra), che prevedeva un Modem Fibra più due Cordless ed una scheda telefonica con un nuovo numero mobile, con telefonate illimitate verso i numeri fissi nazionali e i cellulari a € 52,80 al mese. L’utente, dopo aver accettato la proposta telefonica, senza però aver fatto nessuna registrazione vocale, evidenzia di aver chiesto più volte all’operatore l’invio del contratto cartaceo in cui venivano specificate le condizioni dell’offerta, ma tale contratto non è mai pervenuto. Evidenzia altresì che il 29 maggio 2018 hanno smesso di funzionare, sia il modem fibra sia i cordless, e di aver segnalato il problema al servizio assistenza chiedendo la sostituzione di entrambi, ma gli sarebbe stato risposto che, trattandosi di prodotti acquistati a rate, si sarebbe dovuto recare nel centro Tim più vicino per la loro sostituzione, che però dista circa 50 km dalla sua abitazione. Lamenta ancora l’addebito nell’ultima fattura ricevuta della voce Intenet Pay - contenuti web per il periodo 12 giugno - 21 luglio 2018 per un importo di euro 40,00, in relazione ad un servizio mai richiesto. Ricorda solo di aver ricevuto nella prima settimana di giugno 2018 una telefonata dal servizio clienti con cui veniva comunicata l’attivazione gratuita di un’offerta per tutti i possessori di linea fibra, relativa alla possibilità di usufruire di una seconda linea telefonica e che sarebbe stato contattato successivamente per la comunicazione del numero della nuova linea, ma non è stato più ricontattato. In ogni caso l’istante dopo aver ricevuto la fattura con l’addebito dei costi per un servizio non richiesto ha contattato telefonicamente l’operatore per avere chiarimenti, ma quest’ultimo lo ha rassicurato confermandogli che sulla sua linea non era attivo alcun servizio a pagamento. L’istante infine rappresenta di aver contestato la fattura contenente l’addebito illecito con il reclamo, a mezzo FAX, del 10 agosto 2018 e di aver provveduto a pagare solo il dovuto. Sulla base di tale ricostruzione dei fatti, l’istante ha presentato le seguenti richieste: 1) Riattivazione dei servizi con sostituzione degli apparati (modem e cordless); 2) Storno degli abbonamenti

dal 29 maggio c.a. sino a data riparazione servizio; 3) Indennizzo per disservizio; 4) Indennizzo per mancata risposta ai reclami; 5) Indennizzo per attivazione servizi non richiesti oltre le spese di procedura.

L'operatore evidenzia che da verifiche effettuate negli applicativi in uso Telecom Italia, si rileva che l'utenza è stata trasformata in fibra il 15 giugno 2017, con la fornitura di un modem e due cordless in vendita rateizzata in 48 mensilità. In merito al lamentato disservizio la società convenuta precisa che dal retro cartellino guasti si evince una sola segnalazione di assistenza del 15 giugno 2018, dalle cui note si rileva che il guasto segnalato era causato dal malfunzionamento dei prodotti di proprietà dell'istante e non da guasti alla rete Telecom e che " in tale occasione l'istante è stato invitato a recarsi in un centro per la sostituzione, gratuita, degli apparati malfunzionanti, ma lo stesso si è rifiutato". Esclude perciò ogni responsabilità trattandosi di disservizi non imputabili alla stessa, ravvisandosi nel caso de quo un'ipotesi di eccezionalità tecnica prevista dal comma 2 dell'art. 4 delle C.G.A., nonché la rinuncia da parte dell'istante. Tali circostanze escludono il riconoscimento di un indennizzo, in quanto l'art. 4, comma 3, delle C.G.A. stabilisce che: " il cliente ha diritto all'indennizzo previsto dall'art. 26, fermo restando che Telecom Italia X non sarà in alcun caso responsabile per ritardi attribuibili a forza maggiore o eventi (mancato/ritardo rilascio dei permessi di scavo, autorizzazioni) non direttamente attribuibili alla stessa Telecom". La stessa conclude, evidenziando che, non essendo presenti altre segnalazioni di guasto all'istante non spetta alcun tipo di indennizzo. Ciò in quanto, secondo un orientamento confermato da diverse delibere Agcom, la segnalazione è un elemento indispensabile, ai fini della conoscibilità dei disservizi che potrebbero interessare le migliaia di utenze dallo stesso gestite in quanto in assenza di reclamo il gestore non può avere contezza del guasto né provvedere alla sua risoluzione. Perciò, la mancanza di reclami esime gli operatori da ogni responsabilità riguardo eventuali disservizi alla linea telefonica. L'operatore in merito agli addebiti relativi al servizio Internet Pay, rileva che gli stessi si riferiscono a servizi di acquisto via web di contenuti digitali (video, immagini, suonerie e loghi) con addebito dei costi direttamente sul proprio conto di linea fissa. Inoltre evidenzia che per acquistare tali contenuti digitali è necessario essere connessi da casa dalla propria linea adsl o fibra e completare il percorso di acquisto previsto online. L'identificazione del cliente avviene attraverso il riconoscimento automatico della linea adsl o fibra e attraverso l'inserimento del proprio numero di telefono della linea fissa in qualità di titolare, per cui, secondo la società resistente, appare evidente che i servizi contestati in questa sede non possono essere stati attivati arbitrariamente, in quanto l'attivazione avviene tramite connessione dalla propria linea adsl o fibra. Infine, l'operatore rappresenta che dalla documentazione in atti, non appare l'esistenza di reclami telefonici o scritti concernenti addebiti illegittimi in fattura, nel termine previsto dall'art. 23 delle C.G.A., secondo cui i reclami che riguardano importi addebitati in fattura devono essere inviati entro " i termini di scadenza della fattura in contestazione all'indirizzo indicato sulla stessa", evenienza che non si rileva essersi verificata nel caso di specie e inoltre sull'utenza è presente una morosità pari ad € 126,56. Alla luce di tali considerazioni la società convenuta evidenzia che non è possibile imputare alla stessa nessun tipo di responsabilità, mentre appare discutibile il comportamento dell'utente, il quale omettendo il pagamento dei conti telefonici, oltretutto mai reclamati, è venuto meno ai propri obblighi contrattuali, in quanto il rapporto d'utenza telefonica si fonda sullo scambio di due ordini di prestazioni: da una parte vi è la prestazione del gestore del servizio, diretta alla somministrazione continuativa di quanto richiesto, dall'altra l'obbligazione dell'utente al pagamento delle utilità godute. Per tali motivi la resistente ha chiesto il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, perché infondate sia in fatto sia in diritto. Successivamente, l'istante 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, una memoria con cui, oltre ad insistere nelle richieste già formulate, ha contestato le deduzioni avversarie, rappresentando che l'operatore non ha depositato alcun contratto scritto a conferma della proposta accettata telefonicamente. Inoltre l'istante evidenzia di aver fatto presente al servizio assistenza contattato telefonicamente di non poter recarsi al centro Tim più vicino in quanto distante circa 50 Km dalla propria abitazione, e ciò nonostante l'operatore non ha proceduto a sostituire gli apparecchi guasti inviandoli presso il suo domicilio. L'utente inoltre in merito agli addebiti relativi al servizio Internet Pay, contesta l'attivazione dello stesso da parte sua con la propria linea adsl o fibra, secondo quanto sostenuto dall'operatore, atteso che il servizio risulta attivato il 12 giugno 2018 ma il modem non funzionava già dal 25 maggio 2018. Infine l'istante rappresenta di aver inviato due reclami a mezzo FAX il 10 agosto e il 13 settembre 2018, per contestare l'addebito del servizio non richiesto.

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste della parte istante possono essere accolte parzialmente. In relazione al lamentato mancato funzionamento degli apparati forniti dall'operatore per usufruire del servizio Fibra, quest'ultimo eccipe l'assenza di responsabilità ad esso imputabili in quanto

il guasto segnalato dall'istante era dovuto al malfunzionamento dei prodotti di proprietà dello stesso e non da guasti alla rete Tim, e l'utente ha rifiutato di recarsi in un centro Tim per la sostituzione gratuita degli apparecchi. A tale proposito la società resistente richiama l'art.15 delle Condizioni generali di contratto che al punto 2 stabilisce che "TIM si impegna a ripristinare gratuitamente gli eventuali disservizi della rete e/o del Servizio non imputabili direttamente o indirettamente al Cliente entro il secondo giorno successivo a quello della segnalazione" e al punto 4 che "Nel caso di ritardo imputabile a Tim, rispetto al tempo massimo di riparazione, quest'ultima corrisponde su richiesta del cliente, gli indennizzi di cui al successivo art. 33..... fermo restando che Tim non è in alcun caso responsabile se il ritardo è attribuibile a forza maggiore o ad eventi non direttamente attribuibili alla stessa Tim". Sul punto va rilevato peraltro come, ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP, gravi sugli operatori l'obbligo di fornire ai propri clienti i servizi acquistati in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, spetta all'operatore convenuto fornire la prova del fatto estintivo del diritto vantato dal creditore ovvero che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ. A fronte del dedotto mancato funzionamento dei servizi spetta dunque all'operatore provare di averli forniti regolarmente ovvero di aver svolto tutte le attività necessarie alla risoluzione della problematica. Nel caso di specie l'operatore ha fornito la prova che il proprio inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile, in quanto, nelle note relative alla segnalazione di guasto del 15 giugno 2018, riportate nel retrocartellino depositato dall'operatore, viene evidenziato che "il cliente dovrebbe mandare in sostituzione gli apparecchi Mini Duo ma dice che non può arrivare al centro Tim perchè distante da dove sta lui. Allora poichè la riparazione non è possibile è stato invitato a chiamare il commerciale per farli cessare commercialmente ma chiude il telefono in faccia dicendo all'operatore telefonico che non sa svolgere il suo lavoro- Linea Tim perfetta". Invero, il rifiuto a recarsi presso un centro Tim è confermato dallo stesso istante, anche nel corso dell'udienza di discussione, attesa la distanza dello stesso dalla propria abitazione, ma egli non ha fatto ulteriori segnalazioni ovvero inoltrato reclamo al fine di chiedere la riattivazione dei servizi e che gli apparecchi in sostituzione gli fossero inviati presso il domicilio, atteso che il reclamo allegato agli atti dall'istante ha ad oggetto solo l'addebito di un servizio non richiesto. L'onere della prova della risoluzione della problematica lamentata ricade sul gestore, ma è inconfutabile che sul cliente incombe l'onere della segnalazione del disservizio. A tal proposito, si ricorda un unanime orientamento dell'Autorità in materia, che ha ritenuto che non sia possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore per malfunzionamento qualora l'utente non provi di aver inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore poichè, in assenza di un reclamo, il gestore non può avere contezza del problema e non può, quindi, provvedere alla sua risoluzione (ex multis delibere Agcom nn. 100/12/CIR, 113/12/CIR). L'utente peraltro non ha neppure chiesto un provvedimento temporaneo a questo Ufficio per ottenere la sostituzione degli apparati ovvero il ripristino dei servizi e non ha restituito gli apparecchi non funzionanti, mostrando disinteresse per il disservizio subito e di aver rinunciato alla soluzione del problema. Pertanto in assenza di responsabilità della società resistente l'istante non ha diritto alla corresponsione di un indennizzo a ristoro del disservizio subito. Si rigetta altresì la richiesta di storno degli abbonamenti, atteso che dalle fatture allegate agli atti emerge la presenza di traffico telefonico e inoltre gli apparati non sono stati restituiti dall'istante. In merito alla richiesta di indennizzo per un servizio mai attivato dall'utente, dalla verifica delle fatture depositate agli atti emerge che in esse vengono addebitati i costi per il servizio Internet PAY- contenuti web. Si tratta, secondo quanto affermato dall'operatore, di servizi di acquisto via web di contenuti digitali con addebito in fattura. L'attivazione dei suddetti servizi a sovrapprezzo avviene da parte dell'utente seguendo una procedura che presuppone il suo consenso. La compagnia telefonica preventivamente deve richiedere all'utente di voler aderire all'offerta in modo esplicito e non può attivare alcun servizio senza che lo stesso sia reso edotto d'aver attivato servizi a pagamento. A tale proposito occorre evidenziare che il Codice del Consumo, così come da ultimo riformato in attuazione della Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, in particolare stabilisce che prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista deve chiedere il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha dedotto utilizzando opzioni prestabilite, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento. Ancora, l'art. 7, comma 5, della Direttiva di cui alla Delibera Agcom 179/03/CSP stabilisce che: "gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalle conseguenze economiche e pregiudizievoli delle attivazioni di servizi non richiesti e che in caso di contestazione, ove l'operatore non sia in grado di dimostrare, nelle forme dovute, la ricezione di una richiesta dell'utente ovvero le eventuali problematiche tecniche – non imputabili all'operatore stesso – che hanno determinato l'attivazione contestata, l'utente ha diritto allo

storno dei corrispettivi addebitati per il traffico generato con l'operatore responsabile, nonché ad un indennizzo proporzionato al disservizio causato, per ogni giorno di attivazione del servizio non richiesto". In particolare l'utente che acquista i servizi digitali tramite internet PAY, come si evince dal sito dell'operatore, deve inserire il proprio numero di telefono, accettare le condizioni di acquisto e cliccare sul tasto conferma. Ad acquisto concluso Tim invia all'utente una mail per comunicare il buon esito dell'acquisto oltre alle caratteristiche del servizio e il prezzo dello stesso. Ma nel caso di specie l'operatore non ha prodotto alcuna documentazione (ovvero la mail di conferma) attestante l'espressa ed inequivocabile volontà dell'istante di attivare il servizio a sovrapprezzo de qua e di accettarne i costi e le condizioni contrattuali. Quindi, in difetto di prova contraria, deve affermarsi l'esclusiva responsabilità della resistente ex art. 1218 del codice civile per l'indebita attivazione di un servizio a pagamento non richiesto con il conseguente diritto per l'utente ad un indennizzo proporzionato al disagio causato ed allo storno (o al rimborso, qualora il relativo pagamento risulti essere già stato effettuato) di quanto addebitatogli a tale titolo. L'utente, nonostante la responsabilità dell'operatore, non ha però diritto ad alcun indennizzo per l'attivazione di un servizio non richiesto, in quanto si tratta di servizi digitali che, secondo quanto evidenziato di recente dall'Autorità nella Delibera 29/17/CIR, devono ritenersi diversi dai servizi di comunicazione elettronica cui si riferiscono gli indennizzi di cui all'All. A alla delibera n. 73/11/CONS e successive modifiche ed integrazioni. Tuttavia l'istante ha diritto al rimborso (ovvero, ove non fossero state saldate, allo storno) delle somme addebitate per servizi a sovrapprezzo. Per cui, relativamente alle fatture di luglio, agosto e settembre 2018, allegate agli atti, la società resistente dovrà restituire o/stornare gli importi addebitati a titolo di Internet Pay- contenuti web per un importo complessivo di € 120,00 (centoventi/00). In merito alla richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo, dalla documentazione in atti, emerge che i reclami inoltrati dell'istante a mezzo FAX il 10 agosto e il 13 settembre 2018, con cui ha contestato l'addebito illecito del servizio a pagamento Internet PAY e comunicato il pagamento della parte residua, non sono stati riscontrati. Ciò in quanto la missiva di riscontro del 28 agosto 2018 allegata dall'operatore, peraltro riferita ad una segnalazione del 21 agosto 2018, fornisce solo delle indicazioni per poter visualizzare e scaricare le fatture, ma non da alcun chiarimento in merito al servizio a pagamento non richiesto dall'istante. Cosicché ai sensi dell'articolo 8, comma 4, della Delibera Agcom n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), 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 di cui all'articolo 11, comma 2, della Delibera Agcom n. 179/03/CSP. Per la determinazione dell'indennizzo, si applica l'art. 12, comma 1 e 2, dell'Allegato A della Delibera Agcom n. 347/18/CONS che ha modificato il Regolamento Indennizzi di cui all'All. A) della Delibera 73/11/CONS. Nel caso di specie il ritardo accumulato dall'operatore va rapportato al periodo compreso tra il 10 agosto 2018 (data del reclamo) e il 4 marzo 2019 (data del tentativo di conciliazione) corrispondente a 175 giorni (decurtati i 30 giorni previsti dalla Carta servizi dell'operatore per dare seguito al reclamo). Conseguentemente si riconosce all'utente un indennizzo di € 300,00 (trecento/00) tetto massimo previsto dal Regolamento. Da ultimo, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 20, comma 6, del Regolamento, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00), considerato che tutta la procedura si è svolta tramite la piattaforma del "Conciliaweb", e che l'istante ha presenziato all'udienza di discussione tramite collegamento in audioconferenza.

DETERMINA

- TIM X (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 14/03/2019, è tenuta a stornare e/o rimborsare all'istante ut supra nominato le somme addebitate per il servizio a pagamento non richiesto nelle fatture di luglio, agosto e settembre 2018 per un totale pari ad € 120,00 (centoventi/00), con eventuale ritiro della pratica di recupero credito. La stessa società è tenuta altresì a liquidare in favore dell'utente, mediante assegno o bonifico bancario Euro € 300,00 (trecento/00), a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo, oltre gli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia; La società resistente è infine tenuta a liquidare, tramite assegno o bonifico a favore dell'istante, la somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento 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.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore
rosario carnevale