

DETERMINA 6 Fascicolo n. GU14/664081/2024**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 21/02/2024 acquisita con protocollo n. 0054456 del 21/02/2024.

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. 33927xxxxx. In particolare, facendo seguito

all'istanza per tentativo di conciliazione, depositata il 24 gennaio 2024 e conclusasi con mancato accordo, il 21 febbraio 2024, il ricorrente ha depositato istanza per la definizione della controversia, affermando quanto segue: "Tim Kena ha bloccato per oltre 3 mesi senza motivazione e senza preavviso la linea indicata. Più volte è stata fatta richiesta a Tim Kena di prova documentale anche da parte del conciliatore ma nulla è stato documentato". Per quanto appena esposto, l'istante ha così esplicitato le proprie richieste, quantificate nella somma di € 9.000,00: "Alla luce dei fatti si richiede un giusto risarcimento per il disservizio ricevuto in oltre 90 giorni di blocco così come prevede la legge."

La società resistente, tempestivamente costituita, ha respinto ogni addebito, specificando quanto segue. Preliminarmente, l'operatore ha eccepito la genericità dell'istanza, in violazione dell'art. 6 della Delibera n. 203/2018/Cons. Secondo parte resistente, l'anzidetta norma sarebbe stata violata in quanto l'utente non avrebbe indicato neanche l'arco temporale di riferimento del disservizio. In tal senso l'art. 6 succitato espressamente recita: "Nell'istanza che introduce il procedimento di conciliazione dinanzi al CORECOM devono essere indicati, a pena di inammissibilità: i fatti che sono all'origine della controversia tra le parti". L'operatore, sempre in via preliminare, ha altresì eccepito "l'inammissibilità dell'istanza in merito alla richiesta di risarcimento danni", posto che "sia la valutazione, che la liquidazione del danno, esulano dalle competenze dell'Autorità, e quindi dalle competenze del Corecom, che in sede di definizione delle controversie, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può ordinare all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o di corrispondere indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità", come previsto espressamente dall'art. 20, comma 4, del Regolamento di cui alla delibera n. 353/19/CONS. Nel merito Tim ha riconosciuto di aver disposto il blocco del solo servizio SMS, effettuato dal competente settore "Fraud Operation"; la sospensione del servizio sarebbe da imputare al mancato rispetto delle norme d'uso, secondo cui: "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". In particolare, secondo l'operatore, essendo stato riscontrato un traffico anomalo sull'utenza in questione, "è stato disposto il blocco degli sms il 6 novembre 2023, poi sbloccato l'1 febbraio 2024 dal settore Frodi". Più specificatamente, Tim ha affermato di aver legittimamente disposto il blocco degli SMS, in quanto l'azione è dipesa da un "uso improprio da parte dell'utente, il quale risulta regolarmente informato a mezzo sms, così come previsto dalla normativa di settore". A tale proposito, il gestore ha allegato copia nel fascicolo documentale, degli SMS di preavviso della sospensione del servizio SMS, contenenti la motivazione dell'azione cautelativa intrapresa, nonché lo screenshot attestante la gestione amministrativa delle anomalie di traffico. Tim ha altresì eccepito la violazione del ne bis in idem stante che la stessa controversia sarebbe stata "già ampiamente" trattata e indennizzata "con un precedente verbale di accordo di conciliazione, e nonostante l'utente fosse stato informato sul corretto utilizzo della sim, ha reiterato nuovamente lo stesso illecito". L'operatore, inoltre, ha dedotto che l'utenza era priva di offerte, appalesando siffatta scelta, la presumibile volontà dell'istante di non utilizzare il servizio. Tim, poi, ha eccepito l'inesistenza di reclami scritti o telefonici, precisando come, ai sensi dell'art. 14 della Delibera n. 347/18/Cons, vadano esclusi gli indennizzi ove l'utente non abbia segnalato il disservizio entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza, o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza. Da ultimo l'operatore ha rilevato il presunto mancato assolvimento all'onere probatorio posto a carico dell'utente, il quale non avrebbe offerto prova della fonte del diritto vantato. Il gestore, pertanto, ha concluso per l'integrale reiezione delle avverse domande. L'utente non ha depositato memorie di replica, né ha partecipato all'udienza ritualmente convocata alle ore 10:45 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, va rigettata l'eccezione dell'operatore di genericità dell'istanza, ai sensi dell'art. 6 della Delibera n. 203/2018/Cons. A tale proposito, pur dovendo osservare come l'istante abbia formulato una istanza priva di elementi precisi e dettagliati e a volte lacunosa, astenendosi dall'indicare il preciso periodo temporale di riferimento, sussistono elementi sufficienti ad appalesare l'oggetto della domanda e le richieste. Il fatto storico, pertanto, pur essendo poco dettagliato, è esplicitato a sufficienza e la questione controversa è ricostruibile attraverso l'analisi dell'istanza, del procedimento GU5 instaurato

in prime cure, oltre a quanto documentato con memoria e atti dalla resistente TIM S.p.A. Sempre in via preliminare, va accolta l'eccezione dell'operatore rispetto alla domanda di risarcimento del danno spiegata dall'istante. 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 pertinente 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. Ancora in via preliminare l'oggetto della presente controversia viene circoscritto al periodo successivo al deposito dell'istanza di conciliazione, in quanto l'utente, dopo aver raggiunto un accordo in negoziazione il 15 novembre 2023, non ha indicato la data di ripresa del disservizio o a partire dalla quale ha iniziato ad avere interesse alla risoluzione della problematica. Né l'istante ha allegato reclami o segnalazioni, successivi al periodo coperto dalla precedente conciliazione definita con accordo, diversi quello dedotto con l'istanza di definizione (24 gennaio 2024). Nel merito, si osserva quanto segue. In primo luogo, trova parziale accoglimento l'eccezione dell'operatore con cui il medesimo afferma di aver sospeso il solo servizio SMS. Le affermazioni dell'utente sulla presunta sospensione integrale dei servizi, sono state debitamente confutate da Tim S.p.A. (Kena Mobile), la quale, nella propria memoria difensiva ha dedotto di aver sospeso il solo servizio SMS fino all'1 febbraio 2024, depositando all'uopo prova documentale (in specie lo screenshot dei messaggi informativi), senza essere smentito dall'utente. Quest'ultimo, infatti, oltre a non aver replicato alle difese dell'operatore, non ha partecipato all'udienza di definizione ritualmente convocata. Può trovare accoglimento l'eccezione riguardante il ne bis in idem, relativamente al periodo sovrapponibile. La questione affrontata nella diversa istanza di conciliazione, poi definita con accordo in negoziazione (e non con verbale di conciliazione in udienza), ne preclude la trattazione nella presente istanza di definizione, per tutto il periodo di sospensione già trattato e definito transattivamente. Non può essere preclusa, di contro, all'utente, la presentazione di un'istanza relativa a una sospensione amministrativa riguardante un periodo diverso da quello per il quale si è raggiunto un accordo, fatte salve eventuali limitazioni, pattuite nell'accordo medesimo, che non si rinvengono nel caso di specie. Non merita accoglimento, invece, la richiesta di esclusione dell'indennizzo per la mancata segnalazione del disservizio entro tre mesi dal suo verificarsi. Tra l'accordo recante pari oggetto e la successiva istanza di conciliazione, certamente assimilabile negli effetti a un reclamo/segnalazione, non sono decorsi, infatti, più di tre mesi. Tim, dal canto suo, oltre ad averlo allegato tra i fatti riportati nella propria memoria, avendo depositato gli screenshot riferiti all'utenza, recanti i messaggi di sospensione, ha fornito indizi documentali idonei a far ritenere che fino all'1 febbraio 2024 fosse stato disposto il blocco del solo servizio SMS e che, come vedremo più avanti, a partire da quella data fosse stata sospesa l'intera utenza. Questo Co.Re.Com., per completezza istruttoria, nonostante la mancata partecipazione dell'istante all'udienza di definizione, ha inteso approfondire la questione, valutando quanto emerso in occasione procedimento GU5 avviato in primo grado, nel corso del quale l'operatore ha affermato di aver risolto la problematica il 5 febbraio 2024 senza essere smentito dall'utente. Dall'analisi dello screenshot in atti, poi, si osserva come a far data dall'1 febbraio fosse stata sospesa l'utenza per intero e non solo il servizio SMS. Il secondo SMS inviato l'1 febbraio alle ore 17:13:25 ("Gentile Cliente abbiamo rilevato traffico SMS anomalo sulla sua SIM, che è stata precauzionalmente bloccata. La preghiamo di contattare il 181"), infatti, fa riferimento al blocco completo dei servizi, sicché in relazione a tale periodo va riconosciuto il corrispondente indennizzo. Come visto in precedenza, inoltre, la linea mobile risulta ripristinata a far data dal 5 febbraio, dando seguito al provvedimento d'urgenza di questo Co.Re.Com. 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. Invero il gestore ha documentato l'invio, tramite SMS, di un'informativa sulla sospensione del servizio, depositandola debitamente agli atti del fascicolo. Tuttavia, come anticipato, siffatta documentazione non si rivela sufficiente a rendere accoglibili le eccezioni dell'operatore. Pur essendo l'informativa elemento doveroso e necessario - benché la schermata di sistema non integri, ex se, prova piena, ma costituisca una mera presunzione, liberamente apprezzabile dall'organo decidente - 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 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 dello 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 del servizio SMS prima, e della linea mobile 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. L'accoglimento tuttavia è parziale, riguardando il riconoscimento dell'indennizzo l'effettivo disagio subito e il solo periodo temporale da ritenersi utile. L'utente deduce all'interno della propria istanza di definizione di aver presentato a fronte della sospensione dei servizi due reclami: il primo, il 20 ottobre 2023, l'altro il 24 gennaio 2024. Il primo dei reclami, però e come visto in precedenza, è coperto da una precedente istanza di conciliazione conclusasi con accordo in negoziazione tra le parti. Per il periodo successivo l'utente nulla deduce, né se la problematica fosse stata risolta, né a partire da quale momento è riaffiorato l'interesse alla risoluzione della medesima e, in tal senso, l'esposizione in fatto si presenta lacunosa ai limiti dell'ammissibilità. A partire dal 24 gennaio, invece, data in cui l'utente deposita l'istanza di conciliazione, è dimostrato il ricorrere dell'interesse alla risoluzione della problematica. Di talché, l'istante avrà diritto alla liquidazione dell'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 8 giorni, computati in riferimento al periodo compreso dal 24 gennaio (data del deposito dell'istanza di conciliazione) all'1 febbraio 2024 (data di provvisoria riattivazione del servizio indicata dall'operatore), nonché all'indennizzo per la sospensione amministrativa dell'intera utenza dall'1 al 5 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 4 giorni, per un totale complessivo di € 50,00.

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 21/02/2024, è tenuta a è tenuta a liquidare all'istante, mediante assegno o bonifico bancario, la somma di € 50,00 (cinquanta/00), a titolo di indennizzo per la sospensione amministrativa del servizio SMS e dell'utenza, 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