

DETERMINA Fascicolo n. GU14/371323/2020
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA 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;

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”;

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 della società Caseificio XXX, del 28/12/2020 acquisita con protocollo n. 0549500 del 28/12/2020

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante rappresenta: “La sottoscritta Lopez XXX C.F.: XXX – P.IVA: XXX , nata il 20.02.1992 a XXX (CS) ed ivi residente in via XXX 54 , titolare delle utenze telefoniche TIM s.p.a business, 0984304XXX (linea fissa) e linea mobile 3896912XXX – 3291387XXX, con reclamo proposto, a mezzo pec, dall’Avv. XXX Cozza (espressamente delegato dalla richiedente), ha chiesto l’annullamento e/o storno della fattura del 11.05.2020, di € 190,56, riferita all’utenza fissa menzionata, in quanto prevede costi assolutamente non dovuti. Inoltre ha chiesto il rimborso delle somme pagate e non dovute per le fatture che si riferiscono alle linee mobili 3291387XXX e 3896912XXX, ciò in quanto

i costi e/o spese indicate non rispettano gli accordi contrattuali. Tuttavia, la fattura non è stata stornata e la società Gestione rischi s.r.l - incaricata al recupero del credito – ha nuovamente, con missiva datata 11 Agosto 2020, reiterato la richiesta di pagamento, aggiungendo la fattura di € 29,16 con scadenza 10.07.2020. Inoltre, nessun rimborso è stato disposto, ragion per cui, ha presentato richiesta di esperire il tentativo di conciliazione con Telecom Italia XXX, affinché venissero stornate le fatture di cui sopra, venissero rimborsate le somme pagate e non dovute che si riferiscono alle utenze mobili, e venissero corrisposti gli indennizzi dovuti – compreso quello di mancato riscontro al reclamo proposto -. Per quanto concerne la fattura di € 190,56 del 11/05/2020, si specifica che non sono assolutamente dovuti i costi di cessazione anticipata e gli altri costi ivi indicati “ TIM tutto, Tim sale, opzione fast, contributo di attivazione “, ciò in quanto, per come stabilito dalla delibera Agcom n. 487/18/Cons, le spese di recesso devono essere commisurate al valore del contratto e ai costi realmente sopportati dall’azienda. All’udienza del 10/12/2020 non è stato raggiunto nessun accordo ed è stato redatto verbale di mancato accordo. Con la presente, pertanto, ai sensi dell’art. 14 Delibera AGCOM n. 173/07/CONS, il Caseificio XXX in persona del legale rappresentante P.T. Lopez XXX, insiste nell’accoglimento delle richieste formulate: -storno di tutte le fatture sopra menzionate e comunque dell’intero insoluto: - rimborso delle somme pagate e non dovute che si riferiscono alle utenze mobili; - corresponsione dell’indennizzo dovuto. - il rimborso delle spese riguardanti la definizione della controversia. Si produce: 1)Fatture Tim riguardanti le utenze mobili 2)Fattura Tim di € 190.56 del 11.05.2020 riguardante l’utenza fissa 3)Costituzione in mora Gestione Rischi s.r.l. (soc. recupero crediti) 4) Reclamo del 25/05/2020 trasmesso a mezzo pec alla Tim tramite l’avv. XXX Cozza 5) Istanza tentativo di conciliazione Corecom Calabria 6) Verbale di mancato accordo Corecom Calabria La sottoscritta Lopez XXX conferisce all’ Avv. XXXCozza, (C.F.: XXX) con Studio sito in via XXX 22/A Cosenza il potere di rappresentarla all’udienza fissata di definizione della controversia.”. A fronte di quanto riportato, l’istante ha domandato: “Si chiede lo storno della fattura di € 190,56 del 11.05.2020 di euro 190,56 che si riferisce all’utenza fissa, lo storno di altro eventuale insoluto, il rimborso di quanto pagato e non dovuto relativamente alle utenze mobili, la corresponsione dell’indennizzo.”.

L’operatore, con memoria pervenuta fuori dal termine di cui all’art. 16, comma 2, del nuovo Regolamento di procedura, delibera n. 203/18/CONS e successive modifiche ed integrazioni, rileva che l’utenza n. 0984304XXX risulta attivata in data 22 gennaio 2019 e cessata il 16 febbraio 2020 per migrazione. Evidenzia che sul conto n. 3/20, contestato dall’istante, sono presenti i costi di disattivazione linea, nonché i costi per cessazione anticipata e la regolarità di tali addebiti, in quanto previsti e regolamentati dalla normativa vigente e dalle condizioni contrattuali. Gli addebiti relativi al costo per disattivazione linea, secondo la società, sono legittimi, in quanto corrispondono esattamente ai costi sostenuti dall’operatore per la gestione della procedura di disattivazione in conformità a quanto previsto dall’art.1, comma 3, della L. n. 40/2007, nonché al costo di gestione previsto e riportato nella tabella riepilogativa che si trova pubblicata nel sito dell’operatore e nel sito dell’AGCOM, in cui la società telefonica ha riportato i costi di disattivazione che sono stati preventivamente sottoposti alla verifica e l’approvazione dell’Autorità stessa nel corso dell’istruttoria finalizzata all’accertamento dei costi effettivamente sostenuti per la gestione della procedura di disattivazione, in conformità a quanto previsto dall’ art. 1, comma 3, dell’anzidetta legge. Sottolinea altresì la correttezza anche dei costi relativi all’annullamento sconto, secondo quanto previsto dal Consiglio di Stato con Sentenza n. 1441 del 11.03.10. Rappresenta che dal conto n. 4/2020 a seguire sono presenti le rate del router e le rate del contributo di attivazione, la cui fatturazione proseguirà fino alla fine delle rateizzazioni e che a carico dell’istante è presente una morosità pari ad € 330,26 relativa ai conti dal 3/2020 al 2/2021. Rileva che “l’utenza mobile n. 3896912XXX risulta attivata in data 18/01/19 e si riferisce al contratto n. 888011833XXX stipulato in data 19/12/18 e cessato per MNP DONOR il 15/11/19. Il profilo attivato era Promo AL/MNP-5 TIM Senza Limiti_INI_00847, come da contratto regolarmente sottoscritto in data 08/01/19, il cliente in data 19/12/18 ha accettato la MNP da Tim Consumer a Business al costo di € 25,00/mese, costi corrispondenti in fattura. Nel conto n.X/20 sono presenti i corrispettivi per recesso servizi opzionali pari ad € 83,33, costi dovuti e conformi all’art. 13.2 delle Condizioni generali di contratto multibusiness. Rileva inoltre che “l’utenza n. 3291387XXX risulta attivata in data 16/10/18 e fa riferimento al contratto n. 888011782XXX sottoscritto in data 26/09/18 e cessato per MNP 15/11/19. Il profilo attivato era Promo MNP TIM Special 15 20GB_INI_00821 (TIM EUROPA UNLIMITED + 20 EUROGIGA VIP). Il profilo attivato corrisponde a quello richiesto dall’istante come si evince dal contratto regolarmente sottoscritto in data 26/09/18 il quale ha accettato MNP da Vodafone a Tim al costo di e 15,00/mese + 5,00 EURO/MESE 20 EU GB VIP con sconto Tim Tutto Excliseve 5 al costo complessivo di € 14.99”. Conclude nel senso che non si riscontrano addebiti difforni da quelli pattuiti

avendo la società resistente attivato quanto richiesto dall'istante. Evidenzia inoltre la genericità dell'istanza che secondo il loro asserto sarebbe priva di elementi precisi e dettagliati, e di adeguata documentazione, da cui non emergerebbero elementi probanti e circostanziati tali da rendere condivisibili le doglianze asserite, in violazione delle regole in materia di onere probatorio circa l'adempimento di obbligazioni, richiamate anche dalla delibera Agcom n. 276/13/CONS. La resistente esclude pertanto alcun tipo di responsabilità contrattuale a suo carico e, afferma che l'utente non ha diritto a nessun tipo di indennizzo. Per tali motivi ha chiesto il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, perché infondate sia in fatto sia in diritto. Successivamente, il ricorrente ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini una nota con cui, oltre a insistere nelle domande già formulate, ha contestato le deduzioni avversarie, rilevando di non aver mai ricevuto la missiva del 18 giugno 2020.

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste della parte istante possono essere accolte parzialmente. Nel caso di specie, la memoria trasmessa dalla resistente, per quanto se ne sia dato atto, acquisisce veste di semplice riferimento, giacché prodotta oltre i termini previsti dall'articolo 16, comma 2, della delibera Agcom n. 203/18/CONS, atteso che, a fronte della comunicazione di avvio del procedimento inviata il 4 gennaio 2021, la memoria difensiva dell'operatore è stata inviata il successivo 15 aprile, fuori dal termine assegnato alle parti per inviare memorie e documentazione. Si rammenta, a tale proposito, che, per costante orientamento dell'Autorità, la documentazione tardiva può essere tenuta eventualmente in considerazione ai fini della più compiuta ricostruzione del quadro istruttorio. Si ritiene, dunque, che la documentazione allegata alla memoria dell'operatore meriti una valutazione sotto tale profilo (Cfr. Delibere Agcom n. 157/11/CIR e n. 45/12/CIR e, in ultimo, n. 157/20/CIR). Ciò nondimeno, il responsabile del procedimento ha ritenuto opportuno convocare le parti per una udienza di discussione, ai sensi dell'art.16, comma 4, del Regolamento di procedura, nell'intento di acquisire ulteriori elementi di valutazione, utili per una corretta ricostruzione della fattispecie. In udienza, l'operatore ha confermato, ribadendo quanto dedotto nella memoria difensiva, la regolarità degli addebiti contestati dal ricorrente. Tanto puntualizzato, in primo luogo, si evidenzia la genericità e indeterminatezza della richiesta di rimborso delle somme pagate in relazione alle utenze mobili, atteso che non sono stati specificati i costi ritenuti non dovuti e le motivazioni. Inoltre, a fronte delle deduzioni della società resistente con cui questa ha rilevato la correttezza degli importi addebitati, in quanto corrispondenti ai contratti allegati, l'utente si è limitato a replicare nelle note inserite nel fascicolo documentale che "per quanto concerne le utenze mobili, all'istante sono state addebitate somme non dovute, per come emerge dalle fatture già prodotte, di gran lunga superiori ai costi menzionati da TIM nella memoria difensiva", non indicando nemmeno in tale occasione i costi, a suo dire, non dovuti. In ogni caso i profili tariffari applicati e i relativi costi addebitati nelle fatture corrispondono a quelli pattuiti, secondo quanto si evince oltre che dall'esame dei contratti allegati dall'operatore da quanto indicato da quest'ultimo nella memoria, contro cui l'istante ha replicato alquanto genericamente. In relazione alla richiesta di storno della fattura dell'11 maggio 2020 dell'importo di € 190,65 relativa all'utenza fissa, l'istante contesta innanzitutto gli importi addebitati per i servizi accessori "TIM tutto, Tim sale, opzione fast". Sul punto, si osserva che l'operatore in tale caso ha violato l'art. 67 quinquiesdecies Codice del Consumo che statuisce al comma 1 che: "Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso, l'assenza di una risposta non implica consenso del consumatore", nonché l'art. 7, comma 5, della Direttiva di cui alla Delibera Agcom 179/03/CSP che 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". Entrambe richiedono il consenso espresso dell'utente all'attivazione del servizio. Quindi, in difetto di prova contraria, deve affermarsi la responsabilità della resistente ex art. 1218 del codice civile per l'indebita attivazione di un servizio non richiesto, con il conseguente diritto per l'utente a un indennizzo proporzionato al disagio causatogli e allo storno (o al rimborso, qualora il relativo pagamento risulti essere già stato effettuato) di quanto addebitatogli a tale titolo. Invero, nel caso di specie, la resistente non ha fornito alcun documento da cui risulti l'esistenza di una manifestazione di volontà dell'utente di attivare i servizi de quo i cui costi andranno stornati. Il gestore è dunque responsabile, e l'istante ha diritto alla corresponsione dell'indennizzo previsto dall'art. 9, comma 2, del Regolamento Indennizzi, di cui all'All. A della Delibera 347/18/CONS per attivazione dei servizi accessori non richiesti. Per quanto riguarda il periodo di riferimento per il calcolo degli indennizzi, in assenza di date precise circa l'attivazione e la disattivazione dei servizi, atteso che l'istante ha prodotto una

sola fattura e il reclamo ha ad oggetto solo questa, l'indennizzo può essere calcolato solo per il periodo cui la stessa si riferisce, ovvero dall'1 febbraio al 31 marzo 2020 ed è computato in misura unitaria in applicazione del principio di proporzionalità ed equità, stante l'esiguità dei costi addebitati peraltro una tantum. Perciò, la società è tenuta a liquidare all'istante, a titolo di indennizzo per attivazione di servizi accessori la somma di euro 150,00 (centocinquanta/00); così calcolato: 2,50 X 60 giorni. L'istante lamenta inoltre l'addebito illegittimo dei costi di disattivazione, nonché del costo di cessazione anticipata. Per quando riguarda tali addebiti occorre rilevare che il gestore non ha provato che le somme richieste a titolo di "Cessazione anticipata della linea" e di costi di disattivazione siano dovuti e siano stati calcolati secondo quanto stabilito della delibera 487/2018 "Linee guida sulle modalità di dismissione e trasferimento dell'utenza nei contratti per adesione. Giova ricordare che la citata delibera ha fornito un orientamento agli operatori per la corretta applicazione dell'art. 1, commi 1, 3 e 3-ter del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, come modificato e integrato dalla legge 4 agosto 2017, n. 124. Al titolo V, punto 17, per quanto riguarda i costi sostenuti dall'operatore per dismettere o trasferire l'utenza prevede che questi devono essere commisurati al valore del contratto e ai costi reali sopportati dall'azienda, ovvero ai costi sostenuti per dismettere la linea telefonica o trasferire il servizio, mentre al titolo VI, punto 26, prevede che le spese di recesso - la restituzione totale o parziale degli sconti sui servizi e sui prodotti - devono essere eque e proporzionate al valore del contratto e alla durata residua della promozione offerta. Inoltre al titolo VIII, punto 34, prevede che "le spese relative al recesso o al trasferimento dell'utenza ad altro operatore devono essere rese note al momento della pubblicizzazione dell'offerta e in fase di sottoscrizione del contratto". La società non avendo prodotto il contratto, né alcuna prova che l'istante sia stato informato dei costi contestati ovvero che questi siano stati calcolati secondo i criteri di cui alla Delibera sopra citata, dovrà stornare le somme addebitate a titolo di "Cessazione anticipata della linea" e di costi di disattivazione. Per quanto riguarda la richiesta di storno di altro eventuale insoluto, questa non può essere accolta in quanto l'istante non ha allegato altre fatture relative all'utenza fissa, e ciò non consente di valutare la legittimità dei costi addebitati. Tuttavia, da quanto si evince dalla memoria dell'operatore, l'insoluto a carico dell'istante ha ad oggetto le rate del router e le rate del contributo di attivazione. In relazione alle somme addebitate a titolo di rate residue del modem occorre richiamare la delibera n. 348/18/CONS, art. 5, la quale, ha previsto la possibilità per l'utente di restituire il terminale in vendita, recedendo dal contratto senza alcun altro onere. Pertanto, il ricorrente, laddove non lo avesse già fatto nelle more, dovrà restituire l'apparecchio in suo possesso all'indirizzo che la resistente dovrà comunicargli e successivamente avrà diritto allo storno, ovvero al rimborso degli addebiti a titolo di rate residue del terminale. Mentre in relazione ai costi del contributo di attivazione occorre rilevare che la società non ha fornito la prova della loro debenza non avendo allegato alcun contratto. A questo proposito, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 30 ottobre 2001 n. 13533 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva: cfr. sentt. nn. 2387/2004, 1743/2007, 9351/207, 26953/2008, 15677/2009 e 936/2010, nonché Cass., 20 gennaio 2015, n. 826), hanno stabilito che il creditore che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, o anche per l'inesatto adempimento, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare il mero inadempimento della controparte, gravando poi sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento. Per il che i costi devono essere stornati. Per gli addebiti illegittimi non ha diritto ad alcun indennizzo. Si rigetta infine la richiesta di indennizzo per la mancata risposta al reclamo, a mezzo PEC, del 23 maggio 2020, in quanto inammissibile non avendo formato oggetto del tentativo di conciliazione. In ogni caso la società resistente ha risposto al reclamo con la missiva del 10 agosto che l'istante non ha contestato d'aver ricevuto.

DETERMINA

- TIM XXX (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 28/12/2020, è tenuta a liquidare al Caseificio XXX, mediante assegno o bonifico bancario, la somma di € 150,00 (centocinquanta/00) a titolo di indennizzo per attivazione dei servizi accessori, oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia. E' altresì tenuta a rimborsare o a stornare le somme addebitate a titolo di rate del modem, laddove non siano state saldate e l'apparecchio le venga restituito, nonché le somme addebitate a titolo di cessazione anticipata e di costi di disattivazione.

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
ROSARIO CARNEVALE