

DELIBERA N. 64/2024/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

XXX /TIM S.p.A. (Kena mobile)

(GU14/540538/2022)

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione dell'11 aprile 2024;

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. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante *“Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”*, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/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. 358/22/CONS;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 *“Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni”*, in particolare l’art. 30, e il *“Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni”* (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: *“Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione”*;

VISTO il vigente Accordo Quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza

dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1° gennaio 2023;

VISTA la “Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni al Comitati Regionali per le comunicazioni tra L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Toscana” sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l'art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l'incarico di responsabile del Settore “Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione”, con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l'istanza dell'utente XXX, del 22/07/2022 acquisita con protocollo n. 0027254 del 22/07/2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

Parte istante, titolare di un contratto privato, contesta all'operatore Tim S.p.A. (Kena mobile) di seguito, per comodità, Tim, per l'attivazione di una SIM non richiesta n. 338 403xxxx.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l'istante ha dichiarato che:

- titolare di un contratto con TIM denominato “*business Large*”, riceveva (ottobre 2020) contatto telefonico durante il quale aderiva ad un “*Contratto Business Delux per fisso e mobile, proposto da operatore telefonico TIM con l'affermazione che allo stesso costo del contratto business Large (....) avre[bbe] avuto più giga (cosa che [la] interessava)*”;
- le venivano prospettati, come inclusi nell'offerta e, l'istante rappresentava che non erano di suo interesse. Chiariva questo punto alla *promoter* telefonica, la quale assicurava sul fatto che fossero inclusi nell'offerta.
- Sulla base di tali informazioni, “*per lo stesso importo che già stav[a] pagando con il Large er[a] disposta a passare al Deluxe anche se non avre[bbe] mai usato tutto il resto*”.
- Tuttavia l'offerta proposta non si rilevò così come era stata descritta dall'operatrice del *call center*. “*L'equivoco generato dall'operatrice era sul fatto*

che tra i servizi aggiuntivi del Deluxe c'era anche un'altra scheda sim che (...) sarebbe stata addebitata e che quindi avre[bbe] dovuto pagare in più oltre [a quella di cui era già titolare]. Quindi l'importo complessivo non sarebbe stato lo stesso del contratto precedente". In altre parole, l'utente "difatti dav[a] per scontato che il contratto deluxe andasse a sostituire il vecchio contratto fatto sui numeri di fisso e mobile esistenti e che quindi il mobile oggetto del nuovo contratto fosse lo stesso del vecchio contratto".

- Durante la prospettazione dell'offerta tale condizione non veniva chiarita e, contrariamente a quanto ritenuto, le *"sono state addebitate due utenze mobili, la vecchia e la nuova sim che invece doveva essere compresa nell'offerta, insieme agli altri servizi in più"*.
- La nuova SIM non veniva mai attivata;
- riceveva, dunque, le fatture: *"quella unica del deluxe con la nuova sim e quella del vecchio mobile entrambe con la stessa scadenza di pagamento)"*.
- *"Dopo innumerevoli tentativi di parlare con l'amministrazione attraverso i 191"; tali chiamate risultavano infruttuose in quanto le veniva detto che le avrebbero passato "l'amministrazione la quale [la] metteva sempre in attesa lasciando cadere la linea senza risponder[le]"*
- Si recava, quindi, *"ad un negozio Tim [dove le veniva] detto di mandare una Pec, dando[le] l'indirizzo pec della Tim"*
- Inviava, quindi, una PEC in data 1° aprile 2021 e, a seguito di tale reclamo, le giungeva *"dopo più di un mese, una raccomandata per posta cartacea, in cui si afferma che il contratto è valido e che quindi [doveva] pagare tutto"*.
- Inviava, pertanto, *"un'altra pec il 5 Maggio 2021 chiedendo di riformulare le fatture uniche (cioè comprensive di fisso e mobile non attivato 331135xxxx) relative a gennaio e febbraio 2021, stornando l'importo del mobile indicato, in modo da poter pagare la parte del fisso di cui invece usufruivo. Dopo circa 40 gg. [le] arriva[va] l'importo senza il mobile, come richiesto, che h[a] provveduto a saldare"*.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto, quantificando i *"rimborsi o indennizzi richiesti (in euro): 800.00"*:

- i) *"il rimborso delle cifre pagato e non dovute a Tim Spa",*
- ii) *"la cessazione del contratto sim"*.

In data 15 giugno 2022 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore TIM tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore TIM, nell'ambito del contraddittorio, con deposito della memoria difensiva del 10 ottobre 2022, ha richiamato, innanzitutto, che *“[l]a controversia verte, nella ricostruzione fornita dall'istante, sull'asserita applicazione di condizioni differenti rispetto a quelle promesse all'atto della conclusione del contratto con TIM. Assume la controparte di aver rinvenuto in fattura costi molto superiori rispetto a quelli pattuiti”*.

Con la propria memoria *“TIM, nel contestare tutto quanto ex adverso dedotto, prodotto e richiesto eccepisce l'infondatezza nel merito dell'istanza presentata dalla Sig.ra XXX, per le (...) genericità ed indeterminatezza nella descrizione dei fatti ed assenza di allegazioni probatorie in punto di rimborso”*.

Al riguardo ha sostenuto quanto segue:

“La parte istante, infatti, sostiene di aver subito l'applicazione di condizioni contrattuali differenti rispetto a quelle approvate all'esito dell'attivazione del nuovo piano e, sulla scorta di tali presupposti, domanda di ottenere storni e rimborsi. Tuttavia, nella descrizione dei fatti, controparte si limita a rivolgere all'operatore contestazioni generiche, anche sotto il profilo temporale. Invero, non viene nel dettaglio specificata la tipologia di servizi attivati e asseritamente non richiesti, la data di decorrenza del presunto piano non voluto e, infine, la durata della presunta applicazione di servizi contesati; informazioni tutte indispensabili anche per consentire alla società una adeguata difesa. La Sig.ra XXX, inoltre, non ha fornito prova alcuna degli addebiti contestati e, soprattutto, non ha allegato né provato la fonte negoziale del rapporto che si pretende inadempito da TIM. La controparte, poi, non specifica sotto quale profilo, le condizioni economiche attivate risulterebbero deteriori rispetto a quelle asseritamente pattuite e non quantificata mai la differenza degli importi maggiori, asseritamente addebitati da TIM. A ciò si aggiunga che la parte istante non ha neppure depositato tutte le fatture contestate per le quali oggi viene richiesto lo storno/rimborso, né tantomeno la prova del relativo pagamento. Invero, in termini generali, in caso di domanda di storno/rimborso, sulla parte istante grava sempre l'onere di depositare tutte le fatture contestate, precisando le singole voci per le quali si richiede il rimborso o lo storno. L'istante deve inoltre puntualmente documentare gli importi corrisposti per i quali domanda la restituzione. In mancanza di tale allegazione a sostegno delle richieste formulate, l'istanza risulta generica e indeterminata “... stante l'impossibilità di accertare l'“an”, il “quomodo” ed il “quantum” della fatturazione asseritamente indebita” (ex multis Delibera Agcom n. 73/17/CONS). Del resto, tale impostazione è seguita in maniera condivisa da molteplici precedenti pronunce, in virtù delle quali è stato appunto stabilito che il mancato accoglimento della domanda “non avendo l'utente prodotto copia delle fatture di cui chiede lo storno” (v., ex multis Corecom Lazio, Delibera DL/193/15/CRL e Delibera DL 186/15/CRL, ai sensi della quale “la richiesta di storno delle fatture non può essere accolta per il mancato deposito delle stesse”; ed anche Agcom, del. n. 161/16/CIRper la quale “non possono essere disposti rimborsi di fatture qualora l'istante non depositi in atti copia delle fatture contestate e prova dell'avvenuto pagamento, risultando in tal caso la domanda generica”)”.

L'operatore ha, quindi, rappresentato che l'istante *“non ha adempiuto l'onere di allegazione e men che meno quello di produzione documentale gravante sulla stessa [e] confida pertanto, già sotto tale profilo, che tutte le domande avversarie vengano rigettate”*.

La società TIM ha, inoltre, evidenziato l'*“Infondatezza della richiesta di storno. Applicazione delle condizioni contrattuali regolarmente volute e assentite dall'istante”*. Al riguardo, pur tenendo fermo quanto già dedotto, la società TIM ha *“reputa[to] opportuno fornire le seguenti considerazioni nel merito della vicenda controversa, alla luce anche delle verifiche effettuate all'interno dei propri sistemi”*:

- *“A nome dell'istante, risultano attivate le seguenti linee: numero 058334xxxx tipologia fibra giusta contratto sottoscritto il 18.9.2019 (Doc.1), oggi cessata per migrazione ad OLO dal 12/05/2021; n. 331135xxxx attivata a seguito di sottoscrizione di contratto 88801216xxxx del 29.10.2020 (Doc.2), oggi cessato per morosità; n. 333854xxxx attivata giusta contratto 88801195xxxx del 29.10.2020 oggi cessato dal 9.5.2021 per migrazione (Doc.3)”*.
- *“Le linee attivate a nome della Sig.ra XXX ed i relativi servizi, oggi tutti cessati, dunque, risultano espressamente richiesti, voluti e, soprattutto, fruiti dalla parte istante. Pertanto, gli addebiti operati da TIM, in tutti conti emessi per la linea fissa e per le linee mobili, sono coincidenti con le condizioni economiche relative ai pricing richiesti/approvati in contratto”*.
- *“Emerge con chiarezza, pertanto, come TIM abbia correttamente applicato le sole condizioni approvate e volute dall'istante e, soprattutto, come le doglianze avversarie siano totalmente destituite di fondamento”*.
- *“A ciò si aggiunga che nessun reclamo perveniva a TIM in merito ad alcuna delle problematiche oggi sottoposte all'attenzione del Corecom”*.
- *“In ragione di quanto sopra, tutte le fatture emesse da TIM, sono legittime e dovute e, come tali, dovranno restare ad integrale carico di parte istante. Non potranno, pertanto, essere riconosciuti rimborsi o storni a favore dell'istante il quale dovrà anche restare obbligato al saldo degli insoluti a sistema, ammontanti allo stato ad € 629,42, come portati dai conti emessi da TIM da gennaio 2021 sino alla chiusura del ciclo di fatturazione”*.

L'operatore ha concluso, insistendo nella richiesta *“di respingere l'avversa istanza in quanto infondata in fatto e in diritto e, comunque, in quanto non provata per i motivi sopra esposti”*.

L'operatore ha allegato i seguenti documenti:

- *“Contratto linea FISSA del 18.9.2019”*;
- *“Contratto mobile n. 88801216xxxx per la linea 331135xxxx del 29.10.2020”*;
- *“Contratto mobile n. 88801195xxxx per la linea 333854xxxx del 29.10.2020”*.

3. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dall'istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

In primis si rileva, con riferimento alla domanda *sub ii)*, la cessata materia del contendere, atteso che il contratto risulta cessato come da dichiarazione dell'operatore in atti: "n. 331135xxxx attivata a seguito di sottoscrizione di contratto 88801216xxxx del 29.10.2020 (Doc.2), oggi cessato per morosità".

In *favor utentis* tale domanda sarà intesa in relazione alla doglianza complessivamente considerata come attivazione di una SIM con profilo tariffario non richiesto.

Ciò premesso si rappresenta che la *res controversa* s'incentra sulla lamentata applicazione di condizioni contrattuali difformi da quelle prospettate dal *promoter* commerciale e sull'attivazione di una SIM mai richiesta in virtù della suddetta difformità.

Per quanto riguarda le contestazioni relative all'applicazione di condizioni contrattuali diverse da quelle sottoscritte e alla violazione degli obblighi informativi, si precisa che l'istante ha contestato sostanzialmente l'attivazione dell'utenza n. 331135xxxx con profilo Tim Deluxe (utenza a detta dell'utente mai attivata e mai richiesta).

Ciò premesso le domande *sub i)* e *sub ii)*, considerate congiuntamente, possono essere accolte nei limiti di seguito indicati.

In via generale, con riferimento alla contestazione dell'istante, giova richiamare l'orientamento consolidato secondo cui, in base ai principi sull'onere della prova in materia di adempimento delle obbligazioni di cui alla consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387; 26 gennaio 2007 n. 1743; 19 aprile 2007 n. 9351; 11 novembre 2008 n. 26953, 3 luglio 2009, n.15677 e da ultimo Cass., sez. II, 20 gennaio 2010 n. 936), "*il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi*".

Sempre in via generale, si richiama ancora l'articolo 2, comma 2, lettera c) del decreto legislativo n. 206/2005, c.d. Codice del Consumo e successive modificazioni, il quale annovera tra i diritti fondamentali del consumatore quello "*ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*" nei rapporti di consumo.

Ancora, con riferimento all'ambito delle telecomunicazioni, la Delibera Agcom n. 417/01/CONS, allegato A), detta le linee guida relative alle comunicazioni al pubblico delle condizioni di offerta dei servizi di telecomunicazioni che gli operatori devono rispettare. In particolare, dalla citata delibera si evince che le informazioni rivolte al pubblico devono essere ispirate al necessario principio di trasparenza e garantire la comprensibilità dell'informazione, della comunicazione pubblicitaria e facilitare i processi di comparabilità dei prezzi. Inoltre, la Delibera Agcom n.179/03/CSP, Allegato A), all'articolo 4 evidenzia che: *“gli utenti hanno diritto ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi (...) la diffusione di qualsiasi informazione, in particolare di quelle relative alle condizioni tecniche ed economiche dei servizi (...) avviene secondo criteri uniformi di trasparenza, chiarezza e tempestività, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà, valutati alla stregua delle esigenze delle categorie di consumatori più deboli”*. Ne consegue, che gli utenti hanno diritto ad essere informati in modo chiaro, esatto e completo, perché solo in questo modo viene realmente tutelato il diritto di scelta dell'utente finale e la conseguente possibilità di orientamento consapevole verso una diversa offerta commerciale.

L'operatore, nel caso di specie, a fronte della contestazione dell'utente, ha dedotto che *“[a] nome dell'istante, risultano attivate le seguenti linee: numero 058334xxxx tipologia fibra giusta contratto sottoscritto il 18.9.2019 (Doc.1), oggi cessata per migrazione ad OLO dal 12/05/2021; n. 331135xxxx attivata a seguito di sottoscrizione di contratto 88801216xxxx del 29.10.2020 (Doc.2), oggi cessato per morosità; n. 333854xxxx attivata giusta contratto 88801195xxxx del 29.10.2020 oggi cessato dal 9.5.2021 per migrazione (Doc.3)”*.

L'operatore ha, altresì, aggiunto che *“[l]e linee attivate (...) ed i relativi servizi, oggi tutti cessati, dunque, risultano espressamente richiesti, voluti e, soprattutto, fruiti dalla parte istante”*, concludendo che *“gli addebiti operati da TIM, in tutti conti emessi per la linea fissa e per le linee mobili, sono coincidenti con le condizioni economiche relative ai pricing richiesti/approvati in contratto”*.

Dalla documentazione, tuttavia, non si evince che l'operatore abbia informato in maniera esaustiva l'utente circa i costi che sarebbero stati presenti in fattura in relazione all'utenza contestata. Va precisato che l'offerta era stata prospettata come più vantaggiosa e che, inoltre, il contratto non riporta l'indicazione della numerazione 331 135xxxx non voluta dall'utente. La parte istante ha contestato che tale SIM non è mai stata *“attivata”* e quindi mai utilizzata.

Sul punto il gestore ha dichiarato la fruizione dei servizi da parte dell'utente senza depositare la documentazione comprovante l'attivazione della SIM (consegna della stessa) e i tabulati del traffico voce e dati.

Quindi, atteso che, in ragione della natura contrattuale del rapporto di fornitura, incombe sul gestore telefonico l'onere probatorio del corretto computo dei costi contenuti in fatturazione, in linea con le condizioni stabilite nel contratto concluso tra le parti; deve ritenersi non provata l'applicazione delle condizioni economiche accettate dall'utente, il

quale non risulta essere stato informato circa la fatturazione di una ulteriore SIM agganciata al rapporto contrattuale in corso.

Quindi, in accoglimento della domanda *sub i)* deve disporsi la regolarizzazione della posizione contabile-amministrativa dell'istante mediante lo storno/rimborso, dal sorgere del rapporto contrattuale, fino alla fine del ciclo di fatturazione, delle somme fatturate a titolo dell'utenza n. 331 135xxxx. L'operatore è tenuto, altresì, al ritiro a propria cura e spese della connessa pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Viceversa, non può essere riconosciuto all'istante alcun indennizzo per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti ai sensi dell'art. 9 del Regolamento sugli indennizzi, atteso che, nel caso di specie, trova applicazione la preclusione di cui all'art. 13, comma 1, del citato regolamento secondo cui *“il calcolo dell'indennizzo è effettuato tenuto conto della data di presentazione del reclamo da parte dell'utente”*.

Nel caso di specie, si osserva che non risulta agli atti la prova che l'istante abbia inviato reclami all'operatore in costanza di disservizio. Infatti si deve evidenziare che i reclami asseritamente inviati per PEC dall'istante al gestore, non risultano depositati in atti. Inoltre, a nulla vale la dichiarazione dell'utente di aver effettuato delle segnalazioni telefoniche, se non viene indicata la data o il codice identificativo del reclamo, al fine di tracciare la telefonata.

TUTTO ciò premesso;

UDITA la relazione del Dirigente, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata da XXX, nei confronti dell'operatore TIM S.p.A. (Kena mobile) per le motivazioni di cui in premessa.
2. La società TIM S.p.A. (Kena mobile) è tenuta, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento alla regolarizzazione della posizione amministrativa - contabile mediante il ricalcolo delle fatture emesse da TIM con lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento, secondo le modalità indicate in istanza, oltre agli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia) dal sorgere del rapporto contrattuale, fino alla fine del ciclo di fatturazione, delle somme fatturate a titolo dell'utenza n. 331 135xxxx. L'operatore è tenuto, altresì, al ritiro a propria cura e spese della connessa pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

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

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale 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 entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Firenze, 11 aprile 2024

Il Presidente
Marco Meacci

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)