

DELIBERA N. 78/2021/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxxx vs TIM S.p.A. (Kena mobile)
(GU14/216418/2019)

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 5 luglio 2021;

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. 353/19/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);

VISTA la “*Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni*”, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 gennaio 2018”, e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 106 del 25 febbraio 2021 avente per oggetto “*Assetto organizzativo del Consiglio regionale XI Legislatura*” con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del “*Settore Cerimoniale, Eventi, Contributi. Biblioteca e documentazione. Assistenza generale al CORECOM. Tipografia*”, con decorrenza 1° marzo 2021;

VISTA l'istanza dell'utente xxxx, del 10/12/2019 acquisita con protocollo n. 0532211 del 10/12/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

Parte istante, titolare di un contratto residenziale sull'utenza n. 055 914xxxx, contesta all'operatore Tim S.p.A. (di seguito, per comodità, Tim) il prosieguo della fatturazione relativa ad un apparato modem non utilizzato e già restituito all'operatore.

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

- atteso l'utilizzo di un modem di proprietà contestava il noleggio del router da parte di TIM (con addebito di una rata mensile pari ad euro 5,00);
- *“a seguito di un precedente accordo conciliativo paritetico avvenuto nel corso dell'anno 2018 (28/9/2018), [si disponeva] la restituzione dell'apparato che (...) ha regolarmente effettuato”*;
- in data 2 ottobre 2018 riconsegnava il modem;
- la società Tim, nonostante l'avvenuta restituzione del modem, proseguiva nella fatturazione della rata di addebito relativa a detto apparato;
- in data 21 gennaio 2019 inviava a TIM un reclamo per il tramite dell'associazione dei consumatori di riferimento, nel quale contestava l'addebito in fattura delle rate del modem;
- riceveva un riscontro da TIM del 29 gennaio 2019 con cui veniva indicato che il Modem era stato asseritamente riconsegnato in ritardo rispetto al recesso effettuato;
- *“contesta[va] la posizione della compagnia che continua[va] la fatturazione di un apparato che non [era] più nella disponibilità della sig.ra xxxx [richiedendo] pertanto l'annullamento delle rate addebitate in fattura ed il rimborso di quanto saldato successivamente alla restituzione”*.

In base a tali premesse l'istante, quantificando la richiesta i rimborsi o indennizzi richiesti nella somma di euro 75.00, ha chiesto:

- i) *“l'annullamento delle rate residue del modem già restituito il 2 ottobre 2018 dalla cliente ed inoltre il rimborso delle quote saldate in fattura successive alla restituzione dell'apparato”*.

In data 20 novembre 2019 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore TIM tentativo obbligatorio di conciliazione presso l'organismo di negoziazione paritetica che prevede la partecipazione delle Associazioni di consumatori, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore TIM non ha prodotto né memorie, né documentazione difensiva agli atti. Nell'ambito del procedimento, con nota del 15 giugno 2020, ha eccepito l'ammissibilità dell'istanza in quanto *“la controversia non poteva [essere] espletata perché già risolta positivamente con verbale sett. 2018 [verbale del 28 settembre 2018] che si allega”*.

Con nota del 16 giugno 2020 parte istante respingeva quanto espresso dall'operatore rilevando *“di non aver mai ricevuto il 2° modem, per cui ritiene fondata la richiesta”*.

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 via preliminare non può trovare accoglimento l'eccezione di inammissibilità sollevata dal gestore per violazione del principio del *“ne bis in idem”* in quanto le contestazioni della presente controversia riguardano un arco temporale successivo all'istanza conclusasi con il verbale del 28 settembre 2018. Infatti la presente procedura si riferisce alla fatturazione di un apparecchio modem restituito in data 2 ottobre 2018 e non sostituito con nessun altro apparecchio fornito dall'operatore. Giova altresì precisare che la materia del contendere risulta innovata dal reclamo dell'utente del 21 gennaio 2019 e dal riscontro fornito da TIM all'utente in data 29 gennaio 2019, laddove l'operatore conferma la *“regolarità degli addebiti riferiti alle rate del Modem Smart in quanto lo stesso restituito oltre la tempistica prevista dalla procedura di recesso dai prodotti in acquisto”*.

Ciò posto la domanda *sub i)* può essere accolta nei termini di seguito esposti.

Preliminarmente deve evidenziarsi che il caso in esame verte sostanzialmente su una mancanza di trasparenza e informativa precontrattuale da parte dell'operatore, a causa della quale l'istante è incorso nella fatturazione inerente la rata di euro 5,00 per un apparecchio modem non richiesto.

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, ha lasciato incontestate le doglianze dell'utente che lamenta l'addebito per un apparato riconsegnato il 2 ottobre 2018, fra l'altro non necessario alla fruizione del servizio atteso l'utilizzo di un dispositivo di proprietà.

Dalla documentazione infatti, non si evince che l'operatore abbia informato in maniera esaustiva l'utente circa i costi che sarebbero stati presenti in fattura.

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 e che quest'ultimo non ha dato evidenza probatoria della correttezza degli importi fatturati, deve ritenersi non provata l'applicazione delle condizioni economiche accettate dall'utente.

Pertanto, alla luce di quanto premesso, in accoglimento della domanda *sub i)*, deve disporsi la regolarizzazione della posizione contabile-amministrativa dell'istante mediante il ricalcolo delle fatture emesse dalle fatture emesse da TIM dalla data del 2 ottobre 2018 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) degli importi fatturati a titolo di noleggio dell'apparecchio *“modem smart wi-fi”*. L'operatore è tenuto altresì al ritiro a propria cura e spese della connessa pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

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

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata da xxxx nei confronti di 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 dalla data del 2 ottobre 2018, con 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) degli importi fatturati a titolo di noleggio dell'apparecchio "modem smart wi-fi". L'operatore è tenuto altresì al ritiro a propria cura e spese della connessa pratica di recupero del credito eventualmente aperta.
3. La predetta società TIM S.p.A. (Kena mobile) è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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.

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.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito web dell'Autorità.

Firenze, 5 luglio 2021

Il Segretario
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi