

DELIBERA N. 4/2023/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**XXX /TIM S.p.A. (Kena mobile)
(GU14/112265/2019)**

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 12 settembre 2023;

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 della società XXX, del 16/04/2019 acquisita con protocollo n. 0169988 del 16/04/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

Parte istante, titolare del contratto *business* n. 88801166xxxx denominato “*Tim tutto business 2.0*” contesta all’operatore Tim S.p.A. (Kena mobile) di seguito, per comodità, Tim, l’indebita portabilità, da altro operatore, delle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx e la conseguente fatturazione emessa nonché la mancata risposta ai reclami.

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

- “Il giorno 19/03/2018 scriv[eva] al Sig. (...) Agente Business Wind con il quale aveva[a] 7 sim voce Wind, il quale a sua volta si appoggia[va] per i contratti Telecom al Sig (...) della xxx – Agenzia Business Telecom – [che proponeva] (...) la sottoscrizione [di un contratto avente ad oggetto la portabilità da Wind a Tim]di due sim voce [ovvero la n. 320 033xxxx e la n. 349 296xxxx](...) (vedi mail allegato 1)”;
- “nel mese di marzo [2018] la portabilità da Wind a Tim avv[eniva] su 3 sim voce [comprendenti le due utenze richieste, [ovvero il n.]320 033xxxx [ed il n.] 349 296xxxx [più, in aggiunta, il n. 389 267xxxx [non richiesto]”;
- “venerdì 6 Luglio 2018 avv[eniva quindi] la portabilità [non richiesta]di altre 3 sim voce da Wind a Telecom [ovvero del n.] 345 352xxxx, [del n.] 338 690xxxx e [del n.] 334 628xxxx, (...) [poi] nei giorni successivi avv[eniva] (...) la portabilità dell’ultima sim voce (...) [da] Wind [dell’utenza n.]389 264xxxx, anch’essa passata in tim”;
- “tra Venerdì 6 Luglio e Sabato 7 Luglio [2018] (...) [effettuava] diverse telefonate (...) [a]gli operatori Telecom (...) [i quali] ammette[vano]verbalmente che c’e[ra] un’anomalia in quanto non trova[vano] a sistema nessuna richiesta di portabilità [riferita alle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx] e che il sistema a[veva] attivato la portabilità secondo loro in maniera non corretta”;
- “Il giorno 11/07/[2018] scriv[eva] una mail a Telecom [chiedendo]di essere contattato da un loro legale per avere delucidazioni su quanto avvenuto (vedi mail allegato 2)”;

- *“Il giorno 30/07/[2018] contest[ava] nuovamente [a Telecom] l’accaduto, questa volta tramite PEC aziendale, (...) [ed in particolare di avere] (...) [effettuato] la portabilità di (...) [n. 5] sim [da] Wind senza che fosse da (...) [parte istante] autorizzato il trasferimento e senza che [fosse] firma[to] un contratto (...) chiedendo [inoltre a Tim] i (...) [inviare all’utente] copia del contratto firmato e di avere un colloquio con il loro ufficio legale (vedi mail allegato 3)”*;
- *“Il giorno 6/09/[2018] non [avendo] ricev[uto] nessuna risposta [dall’operatore](...) [parte istante aveva] nuovamente (...) scri[tto] tramite Pec a Telecom] per chiedere delucidazioni sulle 5 sim voce trasferite da wind a tim [ovvero la n.338 690xxxx, la n. 345 352xxxx, la n. 334 628xxxx, la n. 389 264xxxx e la n. 327 834xxxx] (...) senza che (...) [l’utente avesse]firma[to] mai un contratto (...). (vedi mail allegato 4)”*;
- *nella medesima comunicazione del 6 settembre 2018, parte istante, precisava che “questa portabilità (...) [aveva] fatto sì che Wind (...) addebitasse [all’utente] penali pari a 800 euro”*;
- *“Il giorno 11/9/[2018] ricev[a] da parte di Tim la prima risposta dopo mesi di richieste e solleciti (...) [con la quale il gestore] invia[va] il contratto firmato, ma solo quello relativo alle 2 sim per le quali aveva[no] richiesto la portabilità da Wind a Tim, [ovvero riferito alle utenze n. 320 033xxxx e n. 349 296xxxx] e non [il contratto, richiesto dall’istante, relativo alla indebita portabilità delle ulteriori](...) 5 sim [ovvero la n.338 690xxxx, la n. 345 352xxxx, la n. 334 628xxxx, la n. 389 264xxxx e la n. 327 834xxxx]. (Vedi mail allegato 5);*
- *“Il giorno 18/9/[2018] (...) [chiedeva ulteriormente a Tim l’invio del] (...) contratto relativo alle [sopraindicate] 5 sim voce [per le quali non era stata richiesta dall’utente la portabilità in Tim]allegando il (...) [relativo] documento d’identità [del rappresentante legale della società istante]”*;
- *“Il giorno 19/9/[2018] (...) scriv[eva ancora a Tim, informando l’operatore] (...) che il Sig (...) della xxx – [ovvero]l’agente che ha gestito l’operazione di portabilità –(...) [aveva] dichiara[to] telefonicamente [all’utente]che anche secondo lui c’era [stato]un errore in quanto lui non ha mai effettuato le altre richieste di portabilità [relative alle ulteriori utenze n.338 690xxxx, n. 345 352xxxx, n. 334 628xxxx, n. 389 264xxxx e n. 327 834xxxx] (Vedi mail allegato 6)”*;
- *“il giorno 19/10/[2018] scriv[eva a Tim] sempre tramite PEC per chiedere chiarimenti (...) [sugli]addebiti (...) [riferiti al] contratt[o] mai sottoscritt[o] e per sollecitare nuovamente l’invio dei contratti firmati relativi alle numerazioni aziendali (Vedi mail allegato 7)”*;
- *“nel mese di Ottobre [2018] (...) ricev[eva] una telefonata da parte di un operatore (...) di Telecom o del servizio clienti di xxx, [il quale] (...) [riferiva] che se [l’utente]non (...) [avesse] riconosci[uto] le firme sul contratto che (...) stavano per inviare [parte istante] avre[bbe] perso [tutti]i numeri telefonici”*;
- *“Il giorno 31/10/[2018] ricev[eva] finalmente una mail da parte di Tim con i due contratti relativi alla portabilità, quello (...) sottoscritto [in data 19 marzo 2018, dall’utente ed avente ad oggetto la portabilità in Tim delle utenze mobili n. 320 033xxxx e n. 349 296xxxx, identificato con il seriale 7-4349060xxxx] e quello (...) mai sottoscritto [da parte istante e relativo alla indebita portabilità delle ulteriori utenze mobili n.338 690xxxx, n. 345 352xxxx, n. 334 628xxxx, n. 389 264xxxx e n. 327 834xxxx, identificato con il seriale 7-4496897xxxx] (...) (Vedi mail allegato 8)”*;

- dopo avere esaminato i contratti ricevuti, parte istante verificava che *“in entrambi[i] i contratti v[eniva] riportato il codice agenzia [della società xxx identificato con n.] BA0100xxxx (...) [ma che] nel secondo contratto cambia[va] il codice agente rispetto al primo contratto, (...) [da ciò] presume[ndo l'istante] (...) che, l'azione di portabilità mai sottoscritta [con riferimento alle utenze mobili n.338 690xxxx, n. 345 352xxxx, n. 334 628xxxx, n. 389 264xxxx e n. 327 834xxxx] sia [stata]opera di un altro venditore della xxx (Vedi pagina 5 dei contratti Telecom)”*;
- Il giorno 19 novembre 2018 sporgeva querela presso la stazione dei carabinieri di xxx, con la quale *“disconosce[va] la firma del contratto Telecom identificato con il seriale 7-4496897xxxx [avente ad oggetto le utenze mobili n.338 690xxxx, n. 345 352xxxx, n. 334 628xxxx, n. 389 264xxxx e n. 327 834xxxx], denunciando [altresì]il furto di identità e la truffa [subita dalla società istante]”*.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

- i) *“il rimborso delle penali addebitate da Wind per un importo pari a 800€”*;
- ii) *“lo storno di tutte le fatture emesse sulle 5 sim [ovvero la n.338 690xxxx, la n. 345 352xxxx, la n. 334 628xxxx, la n. 389 264xxxx e la n. 327 834xxxx, la cui portabilità in Tim non è mai stata richiesta] (...), da Luglio a Novembre 2018”*;
- iii) di *“rinegoziare tutte le tariffe delle 7 sim o di poter uscire da Telecom senza [pagare]nessuna penale”*;
- iv) l'*“indennizzo pari a 6200€ a titolo di rimborso (...) [per il] tempo perso, [per il] furto d'identità e [per la] truffa [subita]”*;
- v) l'indennizzo per mancata risposta ai reclami.

In data 27 febbraio 2019 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.

1. La posizione dell'operatore.

L'operatore Tim ha fatto pervenire, in data 01 agosto 2019, nei termini stabiliti dal vigente regolamento di cui all'allegato A alla Delibera Agcom n. 203/18/CONS e successive modifiche, una memoria difensiva nella quale ha preliminarmente eccepito l'*“inammissibilità/improcedibilità della presente istanza (...) [per la parte relativa al] disconoscimento del contratto, per violazione dell'art. 20 delibera n. 203/18/CONS [e di conseguenza] per incompetenza materiale del Corecom”*.

A sostegno di tale posizione il gestore telefonico ha dedotto che *“la stessa Agcom è concorde nel ritenere esistente una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario al riguardo, sicché, ove dovesse essere provato il disconoscimento della firma apposta al contratto oggetto di contestazione, il presente procedimento deve necessariamente dichiararsi inammissibile [richiamando altresì quanto statuito dalla Delibera Agcom n. 51/10/CIR, secondo cui] deve affermarsi l'incompetenza di questa Autorità in materia di verifica dell'autenticità della firma, in quanto il disconoscimento cd. di autenticità, avente per oggetto la verità e la genuinità di una scrittura o della sottoscrizione su di essa apposta, è disciplinato dagli articoli 214 e 215 c.p.c. e demandato all'autorità giudiziaria ordinaria (Cass., sent. 22 gennaio 2004, n. 935)”*.

Sul punto, Tim ha poi precisato che *“tale indagine è (...) di appannaggio esclusivo del giudice ordinario, a cui spetta peraltro, ove ricorrono i presupposti, la conversione del contratto nullo (v. quanto stabilito dalla Cassazione che, per altri versi, così afferma: "In tema di conversione del contratto nullo, l'accertamento dell'ipotetica volontà dei contraenti deve essere sollecitato dall'una o dall'altra parte, non potendo essere operato di ufficio dal giudice; inoltre, implicando un'indagine di fatto riservata al giudice di merito, non può essere compiuto in sede di legittimità", cfr. Cass. civ., II, 6 luglio 2018, n. 17905, in Giustizia Civile Massimario 2018).*

A detta dell'operatore telefonico *“un organo non dotato di cognizione piena quale [è] il Corecom – esercente una funzione delegata dell'Agcom – [non] può [infatti] espletare una funzione eterointegrativa del contratto”.*

Sempre in via preliminare Tim ha poi eccepito *l'“inammissibilità e [l'] infondatezza della richiesta di risarcimento”* di parte istante, in quanto *“attesa la [sua] natura risarcitoria (...) quantificata in € 7.000, [essa] è totalmente svincolata dalle ipotesi normativamente previste ex delibera 347/18/CONS e, dunque, dotata di funzione satisfattiva e non meramente compensativa, con conseguente inammissibilità giusta quanto previsto dell'art. 20 co. 4 e 5 della Delibera AGCOM 203/18/CONS [secondo cui] l'Organo Collegiale...con il provvedimento che definisce la controversia ordina 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 nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno”.*

Sul punto, a sostegno di quanto dedotto, il gestore telefonico, ha affermato che *“come da giurisprudenza costante di codesta Autorità, ogni richiesta esorbitante – quale quella oggetto di scrutinio in questa sede - deve essere ricondotta nell'alveo degli indennizzi previsti dalle Carte dei Servizi e/o dalle Condizioni generali di contratto dell'operatore convenuto [richiamando] (sul punto, ex multis, Corecom Emilia-Romagna Determinazione n. 1/11 e altre conformi [secondo cui]: Ai sensi dell'articolo 19, comma 4, della delibera Agcom n. 173/11/CONS, le richieste che possono essere esaminate dall'Autorità sono ope legis limitate, in fatto di indennizzi, a quanto previsto dal contratto, dalle carte dei servizi nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità”.* Di conseguenza, a detta dell'operatore, *“Il principio di tutela del contraente più debole deve (...) condurre alla rettifica delle istanze inesatte, con la conseguenza che le domande di risarcimento danni devono essere qualificate come domande di indennizzo contrattuale”.*

Tim ha poi dedotto, nelle proprie memorie, che *“le avverse deduzioni e richieste sono infondate [e che] nulla di quanto dichiarato dall'istante è supportato da una documentazione idonea a riscontrare quanto assunto e pertanto ogni tipo di richiesta risulta formulata in modo apodittico”.* Inoltre l'operatore ha eccepito *“la genericità degli addebiti [di parte istante, che risulterebbero] indeterminati e per nulla circoscritti, nè in termini di luogo nè in termini di tempo”.*

Con riguardo all'oggetto della controversia, l'operatore si è dichiarato *“totalmente estraneo[o] alla vicenda”* in quanto parte istante *“asserisce di aver sofferto un disagio senza tuttavia fornire alcun elemento da cui desumere l'effettività del pregiudizio subito, il nesso causale tra questo e l'evento, né tantomeno la relativa riconducibilità alla sfera giuridico-soggettiva di TIM”.*

Sul punto l'operatore ha quindi precisato che la vicenda, oggetto della presente istanza, *“trae origine da una richiesta di migrazione in TIM da OLO Wind che non si riconosce genuina, perché si contesta la paternità della firma apposta in calce ai moduli contrattuali”*.

Secondo quanto sostenuto da Tim *“ai fini dell'espletamento della migrazione, gli operatori sono obbligati ad immettere tale richiesta nel sistema condiviso per consentire così all'operatore proprietario della rete, ovvero TIM, di effettuare il trasferimento della numerazione. Per far ciò, l'operatore di volta in volta coinvolto deve inserire informazioni – diverse ed ulteriori rispetto all'utenza interessata - di cui non può essere a conoscenza, ma che devono essere necessariamente fornite dall'utente finale. Appare pertanto inverosimile [a detta di Tim] che l'esponente società sia riuscita a conoscere i codici ICCD e MSISDN delle varie SIM importate in TIM da OLO Wind, lasciando il legale rappresentante di Auto no problem totalmente all'oscuro di ciò”*.

A sostegno di tale posizione il gestore telefonico ha dedotto che *“se è stata espletata una migrazione delle utenze mobili nn. 320.033xxxx, 349.296xxxx, 389.267xxxx, 345.352xxxx, 389.264xxxx, 338.690xxxx e 334.628xxxx, ciò è avvenuto perché TIM ha ricevuto un'apposita richiesta da parte dell'utente finale. Diversamente opinando, si verrebbe al paradossale risultato per cui, se fosse rimasta inerte a fronte dell'avvenuta sottoscrizione del contratto, sarebbe in ogni caso stata ritenuta inadempiente agli obblighi assunti in sede di stipula”*.

L'operatore ha poi evidenziato che *“mai prima d'ora TIM è stata destinataria di reclami concernenti l'espletamento della migrazione e la conseguente asserita illegittima fatturazione, dovendosi all'uopo citare il combinato disposto degli artt. 13 e 14 co. 4 delibera 347/18/CONS, secondo cui ogni eventuale indennizzo è precluso in assenza di reclamo (“Nelle fattispecie contemplate dagli articoli 6, 8, 9 e 11, il calcolo dell'indennizzo è effettuato tenuto conto della data di presentazione del reclamo da parte dell'utente”) e quest'ultimo deve essere necessariamente caratterizzato, ai fini della liquidazione, da “continenza, in termini di tempo, rispetto al disservizio lamentato [per cui] sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza, fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte”*.

Tim ha quindi precisato che *“a mente del regolamento applicabile, quindi, non è possibile riconoscere l'indennizzo nell'ipotesi in cui il reclamo non è tempestivo rispetto alla problematica oggetto di contestazione, come nel caso in esame, non è opportunamente documentato”*.

Pertanto, il gestore telefonico, alla luce di quanto sopra esposto, ha concluso chiedendo di *“rigettare l'avversa istanza perché inammissibile (...) o, in subordine, nel merito, [di non accoglierla perché] infondata in fatto e in diritto”*.

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 osserva quanto segue:

- il Corecom non è competente in materia di disconoscimento della scrittura privata, così come eccepito dall'operatore in memoria. Detta materia, infatti, è disciplinata dagli articoli 214 e 215 del codice di procedura civile che demandano all'autorità giudiziaria ordinaria la verifica circa l'autenticità delle sottoscrizioni (Cass. Sez. V, 22 gennaio 2004 n. 935), esulando,

pertanto, dall'ambito di applicazione del vigente Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti. Dunque, la querela sporta dall'istante, in data 19 novembre 2028, presso la stazione dei Carabinieri di xxx verte su un aspetto di rilevanza penale che non attiene all'oggetto di indagine di questa Autorità (AgCom Delibera n.45/12/CIR; conforme Delibera n.51/10/CIR). Nel caso di specie, si ritiene quindi che il contratto, allegato da parte istante, identificato con il seriale 7-4496897xxxx ed avente ad oggetto le utenze mobili n.338 690xxxx, n. 345 352xxxx, n. 334 628xxxx, n. 389 264xxxx e n. 327 834xxxx e datato 21 giugno 2018, meriti una valutazione esclusivamente ai fini di una ricostruzione cognitiva della vicenda e del completamento istruttorio.

- Non può essere accolta l'eccezione dell'operatore Tim circa l'inidoneità della documentazione proposta dall'istante a corredo istruttorio e secondo cui, in particolare *“nulla di quanto dichiarato dall'istante è supportato da una documentazione idonea a riscontrare quanto assunto e pertanto ogni tipo di richiesta risulta formulata in modo apodittico”* atteso che, ad avviso di questo Corecom, l'istanza risulta sufficientemente supportata dalla documentazione prodotta.
- La domanda *sub iii)*, avente ad oggetto la richiesta di *“rinegoziare tutte le tariffe delle 7 sim o di poter uscire da Telecom senza [pagare]nessuna penale”*, in quanto tale, non può formare oggetto della presente pronuncia atteso che un'eventuale rinegoziazione delle condizioni contrattuali è un'attività rimessa alla disponibilità negoziale delle parti da esercitare nei modi e nelle forme disposte dalle Condizioni generali di contratto (Cfr. Delibera Agcom n. 169/19/CIR) e che, in quanto tale, esula dalla cognizione di questa Autorità e pertanto, così come formulata, deve essere rigettata. La presente richiesta non può, altresì, essere accolta atteso il carattere vincolato della pronuncia del Corecom adito che, ai sensi del comma 4 dell'art. 20 del Regolamento, può avere ad oggetto eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché essere limitata ai casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.
- La domanda *sub iv)* deve considerarsi inammissibile in quanto, così come formulata, allude implicitamente a richieste di tipo risarcitorio quantificate, da parte istante, in *“6200 € a titolo di rimborso (...) [per il] tempo perso, [per il] furto d'identità e [per la] truffa [subita]”* e, sostanzialmente, consistente in una richiesta di ristoro di un danno emergente, che ai sensi del summenzionato Regolamento, non può essere oggetto di pronuncia da parte dell'Agcom e, per essa da parte del Corecom, che può solo condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi, restando salvo il diritto delle parti di far valere in sede giurisdizionale il maggior danno. Tuttavia, le richieste impropriamente definite risarcitorie possono essere ricondotte, laddove sussistano i presupposti previsti dal Regolamento sugli Indennizzi, a quelle di natura indennitaria, aventi funzione compensativa del disagio subito dall'utente.
- La domanda *sub ii)* avente ad oggetto la richiesta di *“storno di tutte le fatture emesse sulle 5 sim mai sottoscritte da Luglio a Novembre 2018”*, in un'ottica di *favor utentis*, verrà presa in esame secondo il suo significato più logico e pertinente rispetto alla questione da esaminare e, in applicazione di un criterio di ragionevolezza ed efficienza dell'azione amministrativa, tenendo altresì conto della documentazione in atti, sarà correttamente valutata, in questa sede, come lamentata attivazione di servizi non richiesti con riferimento alla indebita portabilità, in

Tim, delle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx.

In quest'ottica, giova precisare che, all'esito delle risultanze istruttorie, la presente disamina s'incentra, pertanto, sull'attivazione di servizi non richiesti con riferimento alla indebita portabilità, in Tim, delle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx e la contestazione della conseguente fatturazione emessa nonché sulla mancata risposta ai reclami.

Nel merito

Sull'attivazione non richiesta delle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx

Parte istante ha lamentato l'attivazione non richiesta, da parte di Tim, mediante portabilità da altro operatore, delle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx, laddove l'operatore telefonico ha dedotto la correttezza del proprio operato dichiarandosi altresì *“totalmente estrane[o] alla vicenda”*.

La doglianza dell'istante *sub ii)*, è meritevole di parziale accoglimento, nei termini che seguono.

In via generale, si rileva che, a fronte della contestazione dell'utente circa l'esistenza e la valida conclusione di un contratto di telefonia, è onere probatorio dell'operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione del contratto. La fattispecie in esame rientra nell'ambito generale delle c.d. *“attivazioni di servizi non richiesti”* o *“prestazioni non richieste”*, previste e disciplinate dalle Delibere n. 41/09/CIR (art. 3), n. 179/03/CSP (art. 7, comma 5), nonché dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche (art. 70).

Nel caso di specie, parte istante ha lamentato l'attivazione non richiesta, da parte di Tim, delle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx contestando altresì al gestore telefonico di avere effettuato *“la portabilità di (...) [queste n. 5] sim [da]Wind senza che fosse da (...) [parte istante] autorizzato il trasferimento e senza che [fosse stato] firma[to] un [valido] contratto”*.

Viceversa, l'operatore telefonico, ha genericamente dedotto in memoria che *“se è stata espletata una migrazione delle utenze mobili nn. 320,033xxxx, 349.296xxxx, 389.267xxxx, 345.352xxxx, 389.264xxxx, 338.690xxxx e 334.628xxxx, ciò è avvenuto perché TIM ha ricevuto un'apposita richiesta da parte dell'utente finale”*, precisando inoltre che *“ai fini dell'espletamento della migrazione, (...) l'operatore di volta in volta coinvolto deve inserire informazioni (...) che devono essere necessariamente fornite dall'utente finale [ne consegue che] appare (...) inverosimile che l'esponente società sia riuscita a conoscere i codici ICCD e MSISDN delle varie SIM importate in TIM da OLO Wind, lasciando il legale rappresentante di Auto no problem totalmente all'oscuro di ciò”*.

Nel caso che ci occupa il gestore telefonico non ha allegato agli atti alcuna documentazione a sostegno della propria posizione risultando pertanto, le proprie memorie, inidonee ad attestare l'acquisizione, da parte di Tim, del consenso inequivoco ed informato dell'intestatario in merito alla attivazione delle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx ed in conseguenza di ciò, l'operatore Tim deve ritenersi responsabile *ex art. 1218* del Codice civile per l'attivazione non richiesta delle utenze mobili *de quibus*.

La stessa querela sporta dall'istante presso la stazione dei Carabinieri di xxx, in data 19 novembre 2018 ed allegata agli atti, avente ad oggetto il disconoscimento della sottoscrizione del contratto identificato con il seriale 7-4496897xxxx, pur riguardando chiaramente un aspetto di rilevanza penale che non attiene all'oggetto di indagine di questa Autorità (AgCom Delibera n.45/12/CIR; conforme Delibera n.51/10/CIR) è da intendersi, ai fini di una ricostruzione cognitiva della vicenda, quale esplicita manifestazione di parte istante di contestazione dell'avvenuta portabilità delle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx, da Wind a Tim.

Inoltre, l'ulteriore affermazione del gestore secondo la quale, con riferimento alle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx, *“mai prima d'ora TIM è stata destinataria di reclami concernenti l'espletamento della migrazione e la conseguente asserita illegittima fatturazione”*, risulta palesemente smentita dalle evidenze documentali che dimostrano come l'utente abbia inviato numerosi reclami e segnalazioni al gestore telefonico, alcune mediante mail ordinaria in data 11 luglio 2018 ed altre mediante Pec in particolare in data 30 luglio 2018, 6 e 18 settembre 2018, ed infine in data 19 ottobre 2018, nelle quali aveva specificatamente contestato a Tim *“la portabilità (...) [delle] sim senza che fosse (...) [stato]autorizzato il trasferimento, (...) senza che (...) [parte istante avesse] firma[to] un contratto (...) e senza che (...) [ciò] venisse richiesto”* richiedendo altresì all'operatore l'invio di *“copia del contratto per le Sim voce attivate ad Aprile e a Luglio 2018”*.

A fronte delle segnalazioni documentate agli atti e delle richieste dell'utente, alle quali Tim ha risposto via Pec, per la prima volta in data 11 settembre 2018, semplicemente inviando *“il contratto firmato, ma solo quello relativo alle 2 sim per le quali [parte istante]aveva richiesto la portabilità da Wind a Tim, [ovvero quello riferito alle utenze n. 320 033xxxx e n. 349 296xxxx]”* identificato con il seriale 7-4349060xxxx e, successivamente, in data 31 ottobre 2018, trasmettendo all'utente l'ulteriore contratto *“mai sottoscritto [da parte istante e relativo alla indebita portabilità delle ulteriori utenze mobili n.338 690xxxx, n. 345 352xxxx, n. 334 628xxxx, n. 389 264xxxx e n. 327 834xxxx]”*, identificato con il seriale 7-4496897xxxx, non risulta che il gestore abbia informato in maniera esaustiva parte istante in merito alla contestazione dell'avvenuta attivazione non richiesta delle utenze mobili *de quibus*, omettendo altresì di comunicare gli esiti degli eventuali controlli di gestione e degli eventuali accertamenti contabili effettuati.

Inoltre, è d'obbligo osservare come la copia del contratto datata 21 giugno 2018, identificata con il seriale 7-4496897xxxx e riferita alle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx, contestata da parte istante e da essa allegata agli atti, risulti comunque *“ictu oculi”* incompleta, in quanto palesemente priva dell'apposizione del timbro della società istante.

Pertanto, in assenza di prova contraria, l'operatore Tim può ritenersi responsabile *ex art.* 1218 del Codice civile per l'attivazione non richiesta delle utenze mobili n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx.

Ciò premesso ai fini della quantificazione dell'indennizzo si richiama l'art. 9, comma 2, che prevede che *“[n]el caso di fornitura non richiesta di apparecchiature terminali o di SIM si applica un indennizzo forfettario di euro 25 per ogni apparecchiatura o SIM”*.

Pertanto, la società convenuta è tenuta a pagare in favore della società istante la somma forfettaria di euro 125,00 (centoventicinque/00) per la fornitura non richiesta di n. 5 SIM (n. 389

267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx) computata secondo il parametro di euro 25,00 (venticinque/00) per ogni SIM.

Inoltre, in conformità di quanto previsto dal sopracitato art. 9, comma 1, l'istante ha diritto alla regolarizzazione della posizione amministrativa - contabile mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento) di tutti gli importi addebitati in riferimento alle utenze n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx non richieste, dalla loro attivazione come da contratto del 21 giugno 2018 identificato con il seriale 7-4496897xxxx, fino alla fine del ciclo di fatturazione, al netto delle spese eventualmente dovute per gli apparati.

L'operatore è tenuto altresì al ritiro a propria cura e spese della connessa pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Sulla mancata risposta ai reclami

L'istante ha dedotto la mancata risposta alle segnalazioni ed ai reclami trasmessi all'operatore, mediante PEC, a partire dal 30 luglio 2018. Sul punto l'operatore ha dedotto in memoria che *“mai prima d'ora TIM è stata destinataria di reclami concernenti l'espletamento della migrazione”*.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, la richiesta *sub v)* di parte istante è meritevole di parziale accoglimento, come di seguito precisato.

Parte istante, con il reclamo del 30 luglio 2018, nel quale veniva tra l'altro fatto riferimento ad una precedente segnalazione telefonica del 6 luglio 2018, e con quelli successivi del 6 e del 18 settembre 2018, ed infine del 19 ottobre 2018, inviati mediante PEC al recapito telecomitalia@pec.telecomitalia.it, aveva quindi specificatamente contestato a Tim *“la portabilità (...) [delle] sim senza che fosse (...) [stato]autorizzato il trasferimento, (...) senza che (...) [parte istante avesse] firma[to] un contratto (...) e senza che (...) [ciò] venisse richiesto”* richiedendo altresì all'operatore l'invio di *“copia del contratto per le Sim voce attivate ad Aprile e a Luglio 2018”*.

In tal caso, verrà dunque preso in considerazione il primo reclamo in atti, ovvero quello inviato dall'utente tramite PEC del 30 luglio 2018, trattandosi di reclami che fanno riferimento alla medesima *res controversa* (art. 11, comma 2, del citato regolamento sugli indennizzi).

A fronte dei reclami documentati agli atti e delle richieste dell'utente, alle quali Tim ha risposto all'istante via Pec prima in data 11 settembre 2018, semplicemente inviando *“il contratto firmato, ma solo quello relativo alle 2 sim per le quali [parte istante]aveva richiesto la portabilità da Wind a Tim, [ovvero quello riferito alle utenze n. 320 033xxxx e n. 349 296xxxx]”* poi, in data 31 ottobre 2018, trasmettendo all'utente l'ulteriore contratto *“mai sottoscritto [da parte istante e relativo alla indebita portabilità delle ulteriori utenze mobili n.338 690xxxx, n. 345 352xxxx, n. 334 628xxxx, n. 389 264xxxx e n. 327 834xxxx]”*, non risulta che con tali comunicazioni il gestore abbia informato in maniera esaustiva parte istante in merito alla contestazione dell'avvenuta attivazione non richiesta delle utenze mobili *de quibus*, omettendo altresì di comunicare gli esiti degli eventuali controlli di gestione e degli eventuali accertamenti contabili effettuati.

Nel caso di specie, la posizione dell'operatore il quale ha affermato in memoria che *“mai prima d'ora TIM è stata destinataria di reclami concernenti l'espletamento della migrazione”*, risulta comunque smentita *“ictu oculi”*, in quanto agli atti del procedimento, parte istante ha allegato le comunicazioni del 11 settembre 2018 e del 31 ottobre 2018 con le quali Tim, inviando alla parte

istante le copie dei contratti da essa richiesti, dava implicita prova dell'avvenuto ricevimento dei reclami, inviati dall'utente.

In concreto, la società Tim, al fine di escludere la propria responsabilità avrebbe dovuto inviare alla parte istante non solo la semplice copia dei contratti, effettivamente avvenuta anche se a distanza di tempo dalla prima richiesta, ma soprattutto avrebbe dovuto fornire nel corso dell'istruttoria idonea documentazione attestante l'avvenuta corretta gestione del reclamo del 30 luglio 2018. Documentazione, questa, non presente in atti in quanto non risulta allegato in memoria, da parte di Tim, alcun riscontro scritto e motivato, al reclamo stesso.

Ciò premesso, parte istante ha diritto all'indennizzo, di cui all'art. 12 dell'Allegato A alla Delibera n. 73/11/CONS come da ultimo modificato dalla Delibera n. 347/18/CONS che dispone quanto segue: *“l'operatore se non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari ad euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di euro 300,00”*.

Atteso che il disposto dell'art. 8, comma 4, della Delibera n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), prevede che la risposta al reclamo debba essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e, comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto, la mancata risposta al reclamo giustifica il riconoscimento all'utente di un indennizzo *“da mancata risposta al reclamo”*.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere fornita in forma scritta, adeguatamente motivata ed indicare gli accertamenti compiuti, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata o ritardata risposta ai reclami inviati, come è da considerarsi la fattispecie, da cui è derivata per l'utente una mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo *“per mancata o ritardata risposta al reclamo”*, ai sensi delle citate previsioni.

Per la mancata risposta al reclamo del 30 luglio 2018, ai fini del calcolo dell'indennizzo di cui sopra, detratto il tempo utile di 30 giorni previsto dalla Carta dei servizi dell'operatore, si determina il *dies a quo* nella data del 29 agosto 2019 ed il *dies ad quem* nel giorno 27 febbraio 2019, data della prima udienza di conciliazione.

Pertanto, l'istante ha diritto alla corresponsione dell'indennizzo per i 182 giorni di mancata risposta al reclamo, da computarsi nella misura massima di euro 300,00 (trecento/00).

Sul rimborso delle penali corrisposte a Wind Tre

Viceversa, non può essere accolta la domanda *sub i)* avente ad oggetto la richiesta di *“rimborso delle penali addebitate da Wind per un importo pari a 800€”* in quanto, nel caso di specie, l'istante non ha allegato alcun tipo di documentazione a supporto della propria posizione, limitandosi a quantificare genericamente in *“800€”* la cifra per la quale richiedere il *“rimborso delle penali addebitate da Wind”*.

Tale insufficienza probatoria impedisce, a questo Corecom, di effettuare l'esatto riscontro di quanto eventualmente addebitato dall'operatore Wind per il recesso anticipato delle utenze mobili n.338 690xxxx, n. 345 352xxxx, n. 334 628xxxx, n. 389 264xxxx e n. 327 834xxxx. In altre parole l'utente, a corredo istruttorio, avrebbe dovuto produrre quanto meno la fattura contestata, dalla quale poter riscontrare quanto eventualmente addebitato da Wind, per il recesso anticipato delle utenze mobili *de quibus*, nonché fornire la prova dell'avvenuto pagamento dell'importo di 800 (ottocento//00) euro, per il quale è stato appunto richiesto il generico rimborso. Documentazione, questa, non presente agli atti.

Pertanto, non può essere accolta la domanda *sub i*), attesa l'insufficienza probatoria a corredo della richiesta.

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 dalla società XXX in data 16/04/2019 nei confronti di TIM S.p.A. (Kena mobile).
2. La società TIM S.p.A. (Kena mobile) è tenuta a corrispondere, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, con le modalità di pagamento indicate in istanza, in favore dell'istante l'importo maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza la somma di euro 300,00 (trecento/00), a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo inviato, mediante Pec, il 30 luglio 2018.
3. La società TIM S.p.A. (Kena mobile) è tenuta a corrispondere, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, con le modalità di pagamento indicate in istanza, in favore dell'istante l'importo maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di euro 125,00 (centoventicinque/00) a titolo d'indennizzo per la fornitura non richiesta di n. 5 SIM (n.338 690xxxx, n. 345 352xxxx, n. 334 628xxxx, n. 389 264xxxx e n. 327 834xxxx).
4. La società TIM S.p.A. (Kena mobile) è tenuta alla regolarizzazione della posizione amministrativa - contabile mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento) di tutti gli importi addebitati in riferimento alle utenze n. 389 267xxxx, n. 345 352xxxx, n. 338 690xxxx, n. 334 628xxxx e n. 389 264xxxx non richieste, dalla loro attivazione come da contratto del 21 giugno 2018 identificato con il seriale 7-4496897xxxx, fino alla fine del ciclo di fatturazione, al netto delle spese eventualmente dovute per gli apparati. L'operatore è tenuto, altresì, al ritiro a propria cura e spese della connessa pratica di recupero del credito eventualmente aperta per l'insoluto.



Il presente provvedimento costituisce un ordine dell’Autorità ai sensi dell’art 30, comma 12, del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259 Codice delle comunicazioni elettroniche, come modificato dal decreto legislativo n. 207 del 2021.

È fatta salva la possibilità per l’utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell’eventuale ulteriore danno subito.

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, 12 settembre 2023

Il Segretario
Cinzia Guerrini

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.)