AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI
AGCOM

DELIBERA N. 003/2020/CRL

CMA XXX / TIM XXX (KENA MOBILE)
(GU14/65027/2019)

Corecom Lazio

NELLA riunione del Corecom Lazio del 17/02/2020;

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*", come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 296/18/CONS;

VISTO l'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS; 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 del Lazio il 5 marzo 2018; VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l'organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com); VISTA la delibera n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori", di seguito "Regolamento Indennizzi";

VISTA l'istanza di CMA XXX del 07/01/2019 acquisita con protocollo n. 0005194 del 07/01/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha lamentato:" L'ATTRIBUAZIONE DI UN PROFILO TARIFFARIO NON RICHIESTO SUL CONTRATTO 888011XXXXXX. LA SOCIETA' HA QUINDI INVIATO RIFIUTO A MEZZO PEC E RACCOMANDATA A/R DEL PROFIO TARIFFARIO ATTRIBUITO. LA REGISTRAZIONE DELLA VOCE DELL'AMMINISTRATORE NON è MAI STATA RICONOSCIUTA DALLA SOCIETA' LA QUALE HA ANCHE AVANZATO ISTANZA DI ACCESSO AGLI ATTI, RIMASTA PRIVA DI RISCONTRO. PER 5 SIM SU 6 LA SOCIETA' HA EFFETTUATO MIGRAZIONE AD ALTRO OPERATORE. PER LA SESTA SIM(339384XXXX) SI RICHIEDE IL RIPRISTINO DEL VECCHIO PROFILO TARIFFARIO. Su quanto assunto ha richiesto: STORNO INSOLUTI INDENNIZZO PER € 800,00 RIPRISTINO PROFILO PER SIM 339384XXXX RIMBORSO SSOMME ECCEDENTI E NON DOVUTE."

2. La posizione dell'operatore

Si è costituito l'operatore assumendo: "le avverse deduzioni e richieste sono infondate. 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. CMA asserisce di aver sofferto dei "disagi" 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 che, ai fini della presente causa, non può non dichiararsi totalmente estranea alla vicenda. In primo luogo, è opportuno precisare che, dalle verifiche effettuate, risulta l'adesione, in data 26 gennaio 2018, da parte del legale rappresentante di CMA, Sig.ra Eloisa Pica Alfieri, alla proposta di modifica del profilo commerciale attivo sulle linee intestate alla società istante (esigenza n. 7-42233XXXXXX). Circostanza peraltro già confermata da TIM con le lettere del 10 e del 15 marzo 2018 (prodotte da CMA stessa, cfr. Doc. 1), dopo infruttuosi tentativi di contattare telefonicamente l'istante. Nello specifico, come evincibile dalla fattura allegata da controparte, la variazione ha riguardato l'offerta TIM Professional Europa Vera, trasformata in TIM Europa 1GB su 5 linee e in TIM Europa 15GB sulla restante linea. 4 Ad ogni buon conto, giova precisare che l'istante non ha prodotto le fatture contenenti i pretesi importi in contestazione (se non soltanto la fattura n. 2/2018), né ha altrimenti individuato le stesse e, in particolare, le "somme eccedenti e non dovute". Al riguardo, si rammenta che il Corecom ha più volte pronunciato il mancato accoglimento della domanda "non avendo l'utente prodotto copia delle fatture di cui chiede lo storno" (tra le altre, 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") e che, in ogni caso, l'istante è tenuto a contestare formalmente i conti telefonici di volta in volta emessi dall'operatore, prima della scadenza degli stessi,

indicando precisamente gli importi che si pretendono non dovuti o inesatti. Pertanto – ferma restando la correttezza di tutti gli importi addebitati in quanto corrispondenti al profilo commerciale richiesto – non può in ogni caso riconoscersi all'istante lo storno dell'insoluto; né, a maggior ragione, può riconoscersi il rimborso delle somme asseritamente "non dovute", non avendo CMA documentato né altrimenti provato l'effettivo saldo delle corrispondenti fatture. Infine, stante l'espressa adesione dell'istante alla variazione del profilo tariffario, non può accogliersi la domanda di indennizzo per i pretesi (non meglio specificati) "disagi" subiti. È dunque evidente come la condotta di TIM sia stata diligente e rispettosa di tutti gli obblighi contrattualmente previsti."

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente si rigetta la richiesta dell'utente di condanna dell'operatore al ripristino del vecchio profilo tariffario sulla SIM indicata. La domanda dell'utente è inammissibile per difetto di competenza per materia del CORECOM. Ai sensi dell'Art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, (L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità) l'oggetto della pronuncia esclude che il CORECOM possa imporre un obbligo di facere al gestore. Nel merito valga quanto segue. Lamenta l'istante l'attribuzione di un "profilo tariffario non richiesto" sulle sim collegate al contratto 888011XXXXXX. L'operatore si difende assumendo che l'Amministratore della società istante avrebbe chiesto la variazione in data 26.1.2018. È agli atti il disconoscimento della richiesta di variazione inoltrata dalla CMA srl con raccomandata A/R del 29.1.2018. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella 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, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. II 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale 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 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi. Qui l'istante non solo ha espressamente contestato di avere richiesto il cambio del profilo tariffario, ma a distanza di soli tre giorni dall'avvenuto cambio profilo ad opera del gestore, ha effettuato formale disconoscimento,

in atti, della richiesta chiedendo il ripristino del precedente profilo. Il gestore, invece, del tutto arbitrariamente ed immotivatamente, non ha dato prova del proprio adempimento. Non ha dato prova della richiesta di cambio profilo effettuata dall'istante e non ha inteso dare seguito all'immediata richiesta dell'utente di ripristino del precedente profilo confermando il profilo tariffario illegittimamente applicato. E così, dal momento che le dichiarazioni di Telecom sulla volontarietà del cambio piano restano, si ribadisce, indimostrate, si osserva che la variazione illegittima del profilo tariffario da "Tim Professional Europa Vera" a "TIM Europa 1GB" su 5 delle sim risulta visibile già nella fattura 2/2018 a partire dal 24.1.2018 mentre la variazione da "Tim Professional Europa Vera" a "TIM Europa 15GB" su una sim, risulta visibile già nella fattura 2/2018 a partire dal 26.1.2018. La società istante, con l'istanza UG dell'11.4.2018 da già atto della cessazione di 5 delle sei sim oggetto di contratto in conseguenza di migrazione ad altro gestore e la circostanza si evince pure dalla fattura 3/18 in atti. Dal momento che nessuna della parti indica la data esatta di migrazione delle 5 sim, tenuto conto che alla data di presentazione dell'UG dell'11.4.2018 erano già migrate e delle ordinarie tempistiche delle procedure di portabilità, in via presuntiva si ritiene conclusa la migrazione alla data del 15.3.2018. Stante quanto sopra, e considerato che l'operatore ha continuato a mantenere dal 24.1.2018 e fino alla data di migrazione individuata presuntivamente nel 15.3.2018, il profilo tariffario disconosciuto dal cliente, deve riconoscersi all'istante un "indennizzo per profilo tariffario non richiesto", per un totale di 50 giorni con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione, ai sensi dell'art. 9, comma 2 dell'Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS e ss.mm.ii., di una somma complessiva pari ad € 650,00 per le 5 sim migrate ad altro gestore. Per la sim residua il profilo tariffario risulta attivo dal 26.1.2018. Il dies ad quem per la determinazione dell'indennizzo, si individua nella data dell'udienza di conciliazione del 22.10.2018 quale prima sede utile in cui le parti hanno avuto possibilità di confrontarsi sul disservizio. Spetta, pertanto, all'istante la liquidazione, ai sensi dell'art. 9, comma 2 dell'Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS e ss.mm.ii., di una somma complessiva pari ad € 672,50. Con riferimento alle sole fatture in atti e riferite ai conti 2/2018 e 3/2018, in forza della normativa citata, spetta all'istante, pure, il rimborso/storno delle quote per i "profili tariffari non richiesti" ed illegittimamente contabilizzati.

DELIBERA

Articolo 1

1. Accoglie parzialmente l'istanza presenta dalla CMA XXX nei confronti della società TELECOM XXX. La società TELECOM XXX è tenuta a corrispondere all'istante - a mezzo assegno circolare intestato all'istante e da recapitarsi presso l'indirizzo di fatturazione- ai sensi dell'art. 9, comma 2 dell'Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS e ss.mm.ii., la somma complessiva di € 650,00 per le 5 sim migrate ad altro gestore nonché a corrispondere per la sim 339….557 la somma complessiva di € 672,50. La società TELECOM XXX è tenuta, altresì, a ricostruire la posizione contabile

dell'istante stornando/rimborsando dalle fatture n. 2/2018 e 3/2018 le "Quote" + iva contabilizzate per i "profili tariffari non richiesti".

2. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

3. 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.

Roma, 17/02/2020

IL PRESIDENTE

Avv. Maria Cristina Cafini

IL DIRETTORE

Ing. Vincenzo Ialongo

F.TO