

DETERMINA Fascicolo n. GU14/146798/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Txxx P. - TIM SpA (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, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

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”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

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;

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 dell’utente Txxx P., del 09/07/2019 acquisita con protocollo n. 0300695 del 09/07/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante Con l’istanza di definizione l’istante ha lamentato: “A giugno 2017 l’istante sottoscriveva un’offerta per servizi di telefonia ed internet denominata TIM Fibra Edition da attivarsi sulla sua utenza n. 06.928xxx. Successivamente l’operatore attivava l’offerta su un nuovo numero (06.9273xxx), chiudendo la vecchia utenza in possesso dell’istante, cliente da più di 10 anni. Inoltre, da un’attenta analisi delle fatture ricevute si evince che il ciclo di fatturazione non rispetta i canoni imposti dalla Delibera n. 121/17/Cons del 15.03.2017 l’AGCOM. In data 18/09/2018, veniva inviato apposito reclamo col quale

l'istante richiede lo storno e la restituzione degli importi pagati in eccedenza per le fatture: 1) Fattura n. RN01054932 del

04.05.2018: importo di 41,31 €: a) Rata addebito decoder TIM 12/48 per un importo di 2,99 euro b) Rata addebito SMART modem wi-fi 12/48 per un importo di 3,90 euro 2) Fattura n. RN00835935 del 03.04.2018: importo di 77,98 €: a) Rata addebito decoder TIM 10/48 per un importo di 2,99 euro b) Rata addebito decoder TIM 11/48 per un importo di 2,99 euro c) Rata addebito SMART modem wi-fi 10/48 per un importo di 3,90 euro d) Rata addebito SMART modem wi-fi 11/48 per un importo di 3,90 euro 3) Fattura n. RN00346131 del 06.02.2018: importo di 82,33 €: a) Rata addebito decoder TIM 8/48 per un importo di 2,99 euro b) Rata addebito decoder TIM 9/48 per un importo di 2,99 euro c) Rata addebito SMART modem wi-fi 8/48 per un importo di 3,90 euro d) Rata addebito SMART modem wi-fi 9/48 per un importo di 3,90 euro 4) Fattura n. RN03316210 del 12.12.2017: importo di 132,65 €: a) Rata addebito decoder TIM 6/48 per un importo di 2,99 euro b) Rata addebito decoder TIM 7/48 per un importo di 2,99 euro c) Rata addebito SMART modem wi-fi 6/48 per un importo di 3,90 euro d) Rata addebito SMART modem wi-fi 7/48 per un importo di 3,90 euro 5) Fattura n. RN02930358 del 01.11.2017: importo di 76,87 €: e) Rata addebito decoder TIM 4/48 per un importo di 2,99 euro f) Rata addebito decoder TIM 5/48 per un importo di 2,99 euro g) Rata addebito SMART modem wi-fi 4/48 per un importo di 3,90 euro h) Rata addebito SMART modem wi-fi 5/48 per un importo di 3,90 euro 6) Fattura n. RN02568967 del 01.09.2017: importo di 84,38 €: i) Rata addebito decoder TIM 1/48 per un importo di 2,99 euro j) Rata addebito decoder TIM 2/48 per un importo di 2,99 euro k) Rata addebito decoder TIM 3/48 per un importo di 2,99 euro l) Rata addebito SMART modem wi-fi 1/48 per un importo di 3,90 euro m) Rata addebito SMART modem wi-fi 2/48 per un importo di 3,90 euro n) Rata addebito SMART modem wi-fi 3/48 per un importo di 3,90 euro 7) Fattura n. RN01451598 del 04.06.2018: importo di 41,88 €: c) Rata addebito decoder TIM 13/48 per un importo di 2,99 euro d) Rata addebito SMART modem wi-fi 13/48 per un importo di 3,90 euro 8) Fattura n. RN01848944 del 04.07.2018: importo di 354,39 €: o) Addebito decoder TIM: n. 35 rate residue per un importo di 106,65 euro p) Addebito SMART modem wi-fi: n. 35 rate residue per un importo di 136,50 euro”.

2. La posizione dell'operatore Si costituiva TIM SPA deducendo che: “La controversia verte, nell'ricostruzione fornita dall'istante, sulla asserita attivazione sulla linea n. 06.9273xxx di presunti servizi non richiesti/non voluti (vendita a rate di SMART MODEM e DECODER TIM) e sulla conseguente contestazione dei relativi costi addebitati nelle fatture. Lamenta altresì l'istante la perdita di una numerazione storica la n. 06.9285xxx (che risulta intestata a soggetto diverso dall'istante), per causa asseritamente imputabile a TIM. Sulla scorta di tali premesse, il sig. Tedaldi richiedeva a TIM di “predisporre le opportune verifiche della vostra contabilità, a restituire gli importi illegittimamente percepiti per un totale di 89.57 euro, a rimborsare tutte le somme indebitamente incassate relative al canone di comodato d'uso del modem, senza l'informativa prevista dal Regolamento UE n. 2120/2015, oltre interessi, a corrispondere il dovuto indennizzo come da delibera”, il tutto peraltro apoditticamente quantificato in € 1.500,00. L'istante formulava anche una richiesta di indennizzo per la presunta perdita della numerazione 06.9285xxx, utenza che non risulta essere mai stata intestata alla stessa. L'operatore evidenzia anche che in seconda istanza le domande sopra indicate venivano in parte modificate, riservandosi l'istante, la successiva quantificazione degli importi da richiedere a titolo di indennizzo. In data 31 luglio 2019 risultano, infine, depositate delle note da parte del Sig. Tedaldi, con le quali vengono nuovamente integrate/ modificate le domande già formulate ed, in particolare, vengono richiesti indennizzi per una somma di € 4.335,00. Proseguendo nella propria ricostruzione l'operatore afferma che l'istante nel procedimento di definizione non allega alcun documento a sostegno delle proprie pretese; non vengono allegati né i conti telefonici contestati, né alcun reclamo. Proseguendo nella propria ricostruzione l'operatore eccepisce carenza di legittimazione attiva dell'istante per le domande formulate in relazione alla linea n. 06.92859xxx in quanto l'istante sostiene che nel giugno 2017, la Tim Spa si sarebbe impegnata ad attivare il pricing TIM FIBRA EDITION sulla propria utenza individuata dal n. 06.92859xxx e che, invece, tale piano tariffario sarebbe stato attivato su un nuovo numero 06.92730xxxx. A dire dell'istante tale circostanza avrebbe portato, in maniera non meglio specificata, alla perdita del numero 06.9285xxx. Il Sig. Tedaldi formula per l'effetto espressa richiesta di indennizzo per la perdita della numerazione 06.928590xxx. In primo luogo, l'operatore rileva che da verifica a sistema è emerso che il Sig. Tedaldi non è oggi e non è mai stato titolare della linea della quale lamenta la perdita del numero (n. 06.928xxx). La linea in discorso, da verifiche effettuate, è sempre stata intestata a soggetto diverso dall'istante (tale MasXXXo CatXXXa), come da documentazione che, nel rispetto della normativa in tema di diritto alla Privacy

L'operatore non produce ma si riserva di esibire. Per mero tuziorismo, peraltro, si segnala che l'utenza n. 06.9285xxx è stata cessata per volontà dall'intestatario dell'utenza, non risultando a sistema alcuna perdita (involontaria o imputabile a TIM) del numero telefonico. In ragione di quanto sopra, L'operatore afferma che ogni domanda formulata dal Sig.

Tedaldi, in relazione alla linea n. 06.92859xxx non è ammissibile/procedibile stante la carenza di legittimazione ad agire dell'istante. La domanda avversaria, pertanto, dovrà inesorabilmente essere dichiarata inammissibile per carenza di legittimazione attiva del sig. Txxx. L'operatore poi eccepisce l'inammissibilità della memoria di parte istante depositata successivamente all'avvio del presente procedimento, per violazione dell'art. 16 delibera 359/19/CONS. Per tale motivo ne richiede sin d'ora l'integrale stralcio di tutto quanto prodotto da parte istante, successivamente alla data del 10 luglio 2019, coincidente con la comunicazione di avvio del procedimento, perché inammissibile. Proseguendo nelle proprie richieste l'operatore chiede la parziale inammissibilità dell'istanza e totale inammissibilità delle ulteriori domande per avere l'istante formulato richieste nuove rispetto a quelle avanzate in primo grado, in violazione dell'art. 14, comma 1, Delibera AGCOM n. 359/19/CONS, nonché dell'art. 12, comma 3, della medesima Delibera Ancora in via preliminare. Al pari inammissibili, in quanto tardive, risultano le nuove domande introdotte dall'istante in sede di nota depositata il 31 luglio 2019. Infatti, la domanda oggetto di conciliazione era volta solo ad ottenere un indennizzo quantificato in € 1.500,00. Diversamente nell'istanza di definizione, la parte istante ha modificato in maniera irrituale la propria richiesta, rinviando la quantificazione dei presunti indennizzi dovuti, ad una successiva (inammissibile ed irrituale) memoria. Infine, come dedotto, la controparte in data 31 luglio 2019 depositava in maniera inammissibile anche delle note difensive, introducendo ulteriori nuove istanze al fine di ottenere un indennizzo quantificato in € 4335,00 (!). Sulla scorta di tale duplice inammissibile integrazione l'istante, dunque, introduceva in giudizio argomenti nuovi, richieste di indennizzo e di restituzione mai formulate. L'operatore, quindi, chiedeva il rigetto delle domande avverse formulate.

3. Motivazione della decisione Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. La domanda, tuttavia, non merita accoglimento, in quanto l'utente non ha assolto all'onere probatorio previsto a suo carico ex articolo 2697 c.c.. Il criterio di ripartizione dell'onere della prova, infatti, assurge alla dignità di principio generale dell'ordinamento giuridico, rappresentando il naturale discrimen che orienta il giudicante. L'utente, con l'istanza introduttiva del presente procedimento, si limita a dedurre la mancata risposta a dei reclami, senza però tuttavia produrre documentazione probatoria a proprio favore. Peraltro, alla luce della documentazione in atti, alcune richieste avanzate dall'utente aventi evidente natura risarcitoria devono essere rigettate. 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. Ciò premesso, alla luce della documentazione presentata appare difficile verificare come comprovate le ragioni dell'utente, anche in considerazione della contestazione dell'operatore, che asserisce una diversa intestazione in riferimento all'utenza per la quale si richiede indennizzo per perdita della numerazione. Tuttavia, si prende atto che in sede di conciliazione l'operatore si era dichiarato disponibile a riconoscere un indennizzo al netto dell'insoluto, anche in relazione alla fatturazione "erosa". In applicazione del generale principio di equità che deve informare le decisioni di cui trattasi si può pertanto prevedere, per la fatturazione a 28 giorni contestata dall'utente, lo storno dell'insoluto ed un indennizzo equitativamente determinato in € 100,00. Spese di procedura compensate.

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 09/07/2019, è tenuta a stornare le somme fatturate per un importo calcolato sulla base dei giorni erosi negli anni 2017 e 2018, nonché a corrispondere all'utente un indennizzo di € 100,00. Spese di procedura compensate.

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
Roberto Rizzi

f.to