DELIBERA N. 58/2024/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

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

(GU14/637818/2023)
Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 19 marzo 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 della società XXX, del 13/10/2023 acquisita con protocollo n. 0261816 del 13/10/2023;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

Parte istante, titolare di un contratto *business*, contesta all'operatore Tim S.p.A. (Kena mobile) di seguito, per comodità, Tim l'attivazione del servizio non richiesto di cui alle utenze n. 058747xxxx, 058761xxxx, 058761xxxx, 058761xxxx, 05871350xxxx, 05871350xxxx, il prosieguo della fatturazione dopo la migrazione, nonché la mancata risposta al reclamo.

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

- aderiva, in data 10 marzo 2023, ad un'offerta dell'operatore Vodafone S.p.A. (contratto n. 58761xxxx), chiedendo la portabilità delle utenze.
- Il 12 aprile 2023 veniva installato il collegamento dal nuovo operatore.
- In data 28 aprile 2023 riceveva il seguente messaggio dal nuovo gestore: "*il giorno 02/05/2023 avverrà il passaggio a Vodafone delle seguenti numerazioni: 058761xxxx, 058761xxxx*".
- "*Malgrado ciò Tim continua[va] ancora a fatturare dopo oltre 3 mesi*".
- Segnalava il problema all'operatore TIM tramite *call center*; lamentava la *"mancata/tardiva risposta a reclami (Data reclamo: 20/05/2023, Data riscontro: Non risolto)".*
- "*[o]gni volta [che] contattava il servizio 191, (...) veniva comunicato che erano presenti errori a sistema e il tutto si sarebbe risolto con emissione note di credito*".

- "*Solo in data 05/09/2023 un operatore (...) consiglia[va] di inviare pec di disdetta*"; lo stesso incaricato del *call center* rassicurava, inoltre, "*che avrebbe inserito una segnalazione per storno di tutte le fatture post portabilità ad altro operatore*".
- In pari data inviava il recesso a mezzo PEC con il quale "*richiede[va] la cessazione delle utenze fisse 058747xxxx – 05871350xxxx – 05871350xxxx – 58761xxxx numero e di tutti i servizi e le relative connettività ad esse annessi*".

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

i) *"chiusura immediata del contratto TIM";*

ii) Storno "*intera posizione debitoria fino a fine ciclo di fatturazione"*;

iii) "*indennizzo per mancata chiusura contratto per euro 800.00*";

iv) "*il rimborso di tutto il pagato da Maggio 2023*";

v) "*indennizzo per mancata risposta a tutti i reclami per euro 300.00*".

In data 12 ottobre 2023 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 1° dicembre 2023, ha preliminarmente richiamato che le utenze interessate sono le seguenti: "*nn. 058747xxxx, 058761xxxx, 058761xxxx, 058761xxxx, 05871350xxxx, 05871350xxxx –Cessate*".

"*Nel merito*" l'operatore TIM ha eccepito l'*"[i]nfondatezza delle richieste pecuniarie perché di importo superiore rispetto alla normativa regolatoria. La società istante formula indirettamente una domanda di risarcimento danni. Infatti, la parte istante chiede espressamente €1.100,00 di indennizzi. Ebbene tale quantificazione – diversamente da quanto assume controparte - è totalmente arbitraria perché quanto domandato a titolo di indennizzo altro non è che una richiesta di risarcimento danni atteso l'importo esorbitante e svincolato dalle ipotesi previste dal Regolamento di cui all'allegato A della Delibera Agcom n. 347/18/CONS (di seguito "Regolamento di cui alla Delibera 347/18/CONS)".*

Sul punto ha "*rammenta[to] che l'art. 20 co. 4 del Regolamento di cui alla Delibera 353/19/CONS, circoscrive chiaramente il potere demandato all'Autorità e, quindi, anche ai Corecom in sede di definizione della controversia". Ha, altresì citato che, "come da giurisprudenza costante sia di codesto Corecom che dell'Agcom, la richiesta 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* (…)".

Inoltre *"[s]ull'asserita fatturazione illegittima successiva alla richiesta di cessazione*" l'operatore ha ribattuto a quanto rappresentato dall'"*utente [il quale] ha dedotto la mancata lavorazione della richiesta di cessazione*".

Al riguardo ha sottolineato che:

- "*al contrario, a Tim risulta che la richiesta di cessazione 5 settembre 2023 risulta lavorata entro i termini contrattualmente previsti (30 giorni), come si può verificare dalla fattura conclusiva Novembre 2023 (cfr. Doc. 1) contenente gli addebiti per la prima decade di ottobre 2023 e il rateo a scadere dei prodotti acquistati*".
- "*In capo all'istante, infatti, vi è un insoluto complessivo di €6.072,76 che non fa in alcun modo riferimento a fatture post-disdetta*".

La società Tim ha, da ultimo, precisato che "*non risulta alcuna migrazione in precedenza*" e concluso insistendo per il rigetto dell'"*avversa istanza perché infondata in fatto ed in diritto".*

3. La replica dell'istante.

La parte istante, nell'ambito del contraddittorio, con deposito della memoria difensiva del 19 dicembre 2023, ha respinto quanto dedotto nella memoria del gestore, ribadendo, in merito "*alla mancata cessazione utenza*", che:

- "*la pec è stata inviata in data 05/09/2023 ma erano mesi (si veda formulario), che, malgrado la portabilità e le varie richieste disdetta al 191 (come da art 6 carta servizi), TIM ha continuato a fatturare*".
- "*Ogni qualvolta (...) chiamava il 191, l'operatore al telefono, sosteneva che c'erano dei ritardi nella chiusura contratto e ribadiva ogni volta di non procedere al pagamento in quanto sarebbero uscite note di credito. Naturalmente questa cosa non è mai avvenuta. E, solo a Settembre, un cordiale operatore al 191, (...) ha consigliato di inviare pec per chiudere il contratto*".
- "*Sul tema giova rammentare la posizione assunta dall'Autorità Garante nelle Comunicazioni mediante recentissime pronunce (cfr Del. 319/20/CIR; Del. 32/21/CONS; Del. 109/22/CONS). In particolare, in un caso del tutto analogo a quello oggetto di presente controversia, con Del. n. 109/22/CONS l'Agcom ha espressamente stabilito: "La richiesta dell'istante ... può trovare accoglimento in quanto la mancata lavorazione del recesso esercitato dal cliente ha comportato l'emissione di fatture prive di giustificazione, con conseguente diritto all'indennizzo, pari al 10% delle somme ingiustamente fatturate con un minimo pari a euro 100,00, previsto dall'art. 1, c. 292 della L. n. 160/2019 (Legge Finanziaria 2020), e fermo restando l'annullamento delle fatture emesse nel periodo successivo all'esercizio del diritto di recesso*".
- "*la norma della invocata Legge finanziaria si riferisce anche alle fatture illegittimamente emesse in quanto successive alle richieste di disdetta da parte*

degli interessati ed avendo accertato che, nel caso di specie, la fatturazione è stata in concreto emessa nonostante la richiesta di disdetta, pertanto l'istante ha diritto al riconoscimento dell'indennizzo di cui all'art. 1, c. 292, della L. 160/2019, per un importo pari al 10% dell'ammontare contestato e non dovuto e, comunque, per un importo non inferiore a € 100,00".

- "*Dopo tutto TIM ha emesso anche fattura con addebito di € 2.019.85 per recesso malgrado le penali siano state dichiarate illegittime da LEGGE BERSANI*".

Parte istante ha concluso ribadendo che le *"[i]nvariate rimangono le richieste avanzate nel GU14:*

- *l'indennizzo pari ad € 300,00 (trecento/00) ai sensi e per gli effetti dell'art. 12, c. 1 del regolamento*
- *Indennizzi di cui alla delibera n. 73/11/CONS, come successivamente modificata ed integrata, per la mancata risposta al reclamo;*
- *l'indennizzo di cui all'art. 1, c. 292, della L. 160/2019, per un importo pari al 10% dell'ammontare contestato e non dovuto e, comunque, per un importo non inferiore a € 100,00;*
- *Si richiede rimborso degli importi pagati non dovuti;*
- *Si richiede chiusura contratto con intera posizione debitoria fino a fine ciclo di fatturazione".*

4. 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 occorre premettere quanto segue:

- non si ritiene meritevole di accoglimento l'eccezione dell'operatore circa la genericità e l'indeterminatezza nella descrizione dei fatti e la mancanza di documentazione probatoria, atteso che, ad avviso di questo Corecom, nell'istanza risultano sufficientemente indicate le contestazioni avversarie e la stessa risulta sufficientemente supportata dalla documentazione prodotta, considerato che, comunque, l'utente ha tra l'altro prodotto, agli atti, diverse fatture oggetto di contestazione;
- si rileva la parziale inammissibilità dell'istanza per avere l'istante formulato richieste nuove e diverse rispetto a quelle avanzate in primo grado, in violazione dell'articolo 14, comma 1, Delibera AGCOM n. 203/18/CONS, nonché dell'art. 12, comma 3 della medesima Delibera. Sul punto, con riferimento alla domanda s*ub ii)*, volta ad ottenere lo storno dell'intera posizione debitoria fino a fine ciclo di fatturazione, si osserva che relativamente alla contestazione dei costi di recesso applicati nella fattura n. 8L0081xxxx del 9 novembre 2023, emessa oltre la data di presentazione dell'odierna istanza, tale richiesta non può essere presa in

considerazione in questa sede in quanto domanda nuova non preventivamente sottoposta al prodromico tentativo obbligatorio di conciliazione, ma sollevata per la prima volta in fase di replica.

- Si rileva cessata materia del contendere in riferimento alla domanda sub i) di *"chiusura immediata del contratto TIM"*, atteso quanto dichiarato dall'operatore in memoria circa l'avvenuta lavorazione del recesso e la cessazione delle utenze intestate all'istante.

Nel merito

Sul prosieguo della fatturazione dopo il passaggio ad altro operatore

Parte istante contesta la fatturazione emessa dopo la migrazione ad altro operatore, lamentandone il prosieguo. Il gestore, di contro, deduce la correttezza del proprio operato.

La doglianza dell'istante può essere accolta nei termini di seguito indicati.

L'utente ha lamentato di aver aderito, in data 10 marzo 2023, ad un'offerta dell'operatore Vodafone S.p.A. (contratto n. 58761xxxx), chiedendo la portabilità delle utenze. In data 28 aprile 2023 riceveva il seguente messaggio dal nuovo gestore: "*il giorno 02/05/2023 avverrà il passaggio a Vodafone delle seguenti numerazioni: 058761xxxx, 058761xxxx*".

Successivamente riscontrava il perdurare della fatturazione da parte di TIM nonostante che non usufruisse più alcun servizio con l'operatore *donating*. Segnalava più volte il problema tramite call center e, infine, inviava il 5 settembre 2023 una PEC con cui "*richiede[va] la cessazione delle utenze fisse 058747xxxx – 05871350xxxx – 05871350xxxx – 58761xxxx numero e di tutti i servizi e le relative connettività ad esse annessi*"

L'operatore ha ribattuto che, "*al contrario, a Tim risulta che la richiesta di cessazione 5 settembre 2023 risulta lavorata entro i termini contrattualmente previsti (30 giorni), come si può verificare dalla fattura conclusiva Novembre 2023 (cfr. Doc. 1) contenente gli addebiti per la prima decade di ottobre 2023 e il rateo a scadere dei prodotti acquistati*".

A fronte di quanto affermato da TIM in memoria, l'istante contesta, e ribadisce in replica, di non aver più usufruito di alcun servizio di telefonia fissa erogato dall'operatore *donating* TIM, avendo aderito ad una offerta con Vodafone di fornitura dei medesimi servizi, ben prima dell'invio della PEC di disdetta.

Sul punto si richiama che, in via generale, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (ex pluribus, Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006), l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali. Tanto premesso, sussiste in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di

contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313). Le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi.

Conformemente a tale orientamento giurisprudenziale, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha più volte ribadito, consolidando il proprio orientamento in merito, che "*è compito del gestore della rete assicurare tutte le misure necessarie, compatibili con l'evoluzione tecnica, atte a tutelare gli utenti da possibili furti di traffico, nonché assicurare un efficace controllo del collegamento in centrale dell'utenza*" (delibera n. 10/03/CIR). Ha inoltre precisato che "*la bolletta telefonica, in caso di contestazione, perde qualsiasi efficacia probatoria e la società telefonica è tenuta a dimostrare il corretto funzionamento del contatore centrale e la corrispondenza tra i dati forniti da esso e quello trascritto nella bolletta*" (delibere n. 10/05/CIR, n. 85/09/CIR, n. 86/09/CIR, n. 23/10/CIR, n. 33/10/CIR).

In relazione alla *res controversa* la società TIM si è limitata a ribadire, sic et simpliciter, la correttezza degli addebiti contestati, ma non ha fornito sufficiente documentazione, né ha prodotto elementi probatori attestanti la regolare e corretta gestione del cliente, né ha dimostrato di aver effettuato i controlli e gli accertamenti tecnici del caso, in osservanza a quanto disposto dall'articolo 8, comma 6, della delibera n. 179/03/CSP.

Infatti, attesa la contestazione dell'istante circa la fatturazione emessa da TIM dopo l'attivazione del nuovo contratto con Vodafone, il contegno dell'operatore *donating,* che - pur a fronte della mancata fornitura dei servizi ha proseguito la fatturazione, è da ritenersi contrario al generale principio di buona fede di cui all'art. 1175 c.c., privo di causa per mancanza di corrispettività degli importi fatturati.

L'operatore avrebbe dovuto, al fine di provare l'esattezza della fatturazione, depositare copia del traffico e dei *files di log*, indicanti la durata delle connessioni internet, la riferibilità temporale delle medesime, nonché la correttezza degli importi addebitati sulla base delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio contrattualizzato. Documentazione questa non risultante agli atti del procedimento.

L'operatore non ha, inoltre, allegato la documentazione attestante l'assolvimento degli oneri informativi circa le caratteristiche tecniche dell'offerta sottoscritta, con l'indicazione dei servizi rimasti attivi per i quali aveva emesso la fatturazione successivamente al passaggio ad altro operatore.

Per le motivazioni sopra esposte, si ritiene che TIM debba provvedere allo storno/rimborso degli importi fatturati di cui al codice contratto n. 09931020xxxx, dopo il passaggio ad altro operatore.

Al fine della determinazione del *dies a quo* si prende a riferimento la data del 2 maggio 2023, data della portabilità a Vodafone delle utenze intestate all'istante.

Pertanto, la società TIM è tenuta alla regolarizzazione della posizione amministrativo-contabile dell'utente, mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento) di tutta la fatturazione emessa a titolo di canoni o abbonamenti di cui alle utenze n. 058747xxxx, n. 0587 61xxxx, 0587 1350xxxx, 05871350xxxx, a far data 2 maggio 2023, fino alla fine del ciclo di fatturazione.

Dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Viceversa, la richiesta dell'istante di cui al punto *sub iii)* volta alla liquidazione dell'indennizzo così come previsto dall'articolo 292 della legge n. 160 del 27 dicembre 2019 in merito agli errati addebiti in fattura non può trovare accoglimento in quanto la norma citata fa riferimento ai casi in cui siano emesse fatture a debito in relazione alle quali sia accertata l'illegittimità della condotta del gestore per violazioni relative alle modalità di rilevazione dei consumi, di esecuzione dei conguagli o di fatturazione nonché per addebiti di spese non giustificate e di costi per consumi, servizi o beni non dovuti, prevedendo che l'utente abbia diritto a ottenere, oltre al rimborso delle somme eventualmente versate, anche il pagamento di una penale pari al 10 per cento dell'ammontare contestato e non dovuto e, comunque, per un importo non inferiore a 100,00 euro.

Nel caso di specie, non si controverte di errate fatturazioni per addebiti di spese non giustificate e di costi per consumi, servizi o beni non dovuti, bensì di fatturazione emessa in presenza di disservizi tecnici comportanti il prosieguo della fatturazione dopo il passaggio ad altro operatore, pertanto, estranei alla predetta previsione normativa.

Sulla mancata risposta al reclamo

L'istante ha lamentato la mancata risposta a plurime segnalazioni, indicando la data del 20 maggio 2023, laddove la società Tim ha eccepito l'infondatezza dell'istanza dell'utente.

Innanzitutto, con riguardo a "*tutti i reclami*" asseritamente inoltrati dall'istante, si rileva che non risultano agli atti i relativi tracciamenti, ad eccezione della comunicazione di recesso contrattuale del 5 settembre 2023 inviata tramite PEC.

Ciò premesso la domanda *sub v)* d'indennizzo per la mancata risposta ai reclami, non può essere accolta, atteso che la predetta missiva del 5 settembre 2023 non può qualificarsi come reclamo ai sensi dell'articolo l'art.1, comma 1, lettera d), allegato A, della delibera Agcom 179/03/CSP, in quanto avente il solo scopo, dichiarato esplicitamente dell'utente, di disdire il contratto e non già di "*rivolgersi direttamente all'organismo di telecomunicazioni per segnalare un disservizio, ovvero una questione attinente l'oggetto, le modalità o i costi della prestazione erogata*".

TUTTO ciò premesso;

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

AGCOM
AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

CORECOM TOSCANA

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata dalla società 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) di tutta la fatturazione emessa a titolo di canoni o abbonamenti di cui alle utenze n. 058747xxxx, n. 0587 61xxxx, 0587 1350xxxx, 05871350xxxx, a far data 2 maggio 2023, fino alla fine del ciclo di fatturazione. Dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la 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, 19 marzo 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.)