

DELIBERA N. 62/20

**XXXX SAS / TIM SPA (KENA MOBILE)
(GU14/143604/2019)**

Corecom Lombardia

NELLA riunione del Corecom Lombardia del 15/04/2020;

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;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni, in particolare l’art. 10; RICHIAMATO 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 21 novembre 2017; VISTO il testo della Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate tra l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Co.Re.Com. Lombardia, sottoscritta in data 29 dicembre 2017; VISTA la delibera del CORECOM Lombardia 7 novembre 2013, n. 63 (Regolamento interno);

VISTA l’istanza di XXXX SAS del 02/07/2019 acquisita con protocollo n. 0288195 del 02/07/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

Nell'istanza presentata in data 2 luglio 2019, la società XXX s.a.s. ha rappresentato quanto segue: a seguito della comunicazione di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali da parte di TIM, la società XXX s.a.s., tramite pec del 25/7/18, manifestava la propria volontà di recedere dal contratto in esenzione da costi. Tuttavia TIM emetteva fattura TIM n. XXX esponente i seguenti costi, che la società XXX s.a.s. contesta e di cui chiede lo storno: 1) € 251,05, riconducibili a penali per recesso anticipato del contratto; 2) € 158, 60, per pagamento rate residue del router (dispositivo che la società istante si rende disponibile a restituire). In data 29/10/2018 la XXX s.a.s. subiva l'interruzione dei servizi voce e dati, dandone tempestiva comunicazione all'operatore. L'interruzione proseguiva sino al 10/01/2019, quando l'utenza passava ad altro gestore. Sulla base di quanto rappresentato la società XXX s.a.s. formula le seguenti richieste: i. restituzione di € 100,00 addebitati come deposito cauzionale nella fattura n. XXX e indebitamente trattenuti da parte del fornitore; ii. restituzione pari ad € 5,00+IVA per addebito costi inserimento in elenchi telefonici, servizio mai richiesto; iii. indennizzo per arbitraria sospensione del servizio di voce e dati dal giorno 29/10/2018 fino al giorno 10/1/2019; iv. pagamento dell'indennizzo di € 100,00, come stabilito nel verbale di accordo relativo al procedimento per il tentativo obbligatorio di conciliazione n. UG/16368/2018 (somma che avrebbe dovuto essere corrisposta entro e non oltre il 19/2/19). Con nota del 25 luglio 2019 la società istante ha aggiornato così le proprie contestazioni e richieste: 1. Mancato riscontro a pec del 7/9/18 di contestazione fatturazione a 28 giorni. 2. Mancato riscontro scritto alla pec del 30/10/18 inviata a segnalazione dell'interruzione dei servizi voce e dati. 3. Corresponsione di € 100,00 di cui al verbale di accordo n. UG/16368/2018. 4. Restituzione IVA già pagata per vendita router (fattura n. 6820170319001018). 5. Restituzione addebiti per servizio spedizione fatture ed altri addebiti contestati esposti nelle fatture nn: a) XXX (€ 2,00); b) XXX (€ 3,90); c) XXX (€ 3,90); d) XXX (€ 3,68); e) XXX (€ 3,90); f) XXX (€ 1,94); g) XXX (€ 2,00); h) XXX (€ 100,00 addebito per anticipo conversazione); i) XXX (€ 3,90); j) XXX (€ 1,56); k) XXX (€ 3,90); l) XXX (€ 3,90); m) XXX (€ 3,90); n) XXX (€ 3,90); n) XXX (€ 5,00); p) XXX (€ 0,51); q) XXX (€ 3,90). 6. Rimborso fatturazione 28 gg anziché mensile per il periodo 23/6/17 - 5/4/18. 7. Sospensione del servizio di fornitura voce e dati, utenza business. Inoltre, in replica alla memoria depositata da parte avversa, XXX Sas ha ribadito e chiarito ulteriormente le ragioni della legittimità delle proprie pretese e, infine, con comunicazione del 28 gennaio 2019, ha integrato le proprie richieste economiche inserendo l'indennizzo "per trasmissione arbitraria di dati soggetti a Regolamento privacy senza che ve ne fossero i presupposti".

2. La posizione dell'operatore

Nella memoria ritualmente depositata TIM ha rappresentato quanto segue: "Parte istante lamenta l'addebito dei costi di recesso, oltre ai costi relativi alla vendita di prodotti per € 158,60. Si duole poi della sospensione del servizio sia voce sia dati e

chiede lo storno dell'insoluto ed il riconoscimento dell'indennizzo spettantegli, tra cui il rimborso di € 100,00 a titolo di deposito cauzionale. Le doglianze avversarie risultano infondate in fatto ed in diritto ed in quanto tali andranno rigettate. Premesso che alcuni argomenti e contestazioni (ad esempio fatturazione a 28 giorni, costo consegna elenchi telefonici), oggetto dell'odierno procedimento, sono stati già trattati nel formulario UG/16368/2018, conclusosi con un accordo che prevedeva l'accredito di € 100,00 e lo storno della sola fattura di cui al conto 6/18 di € 103,78, e rispetto cui vige il principio del ne bis in idem, secondo cui "non possono essere riproposte domande sulle quali le parti hanno già raggiunto un accordo conciliativo, anche solo in sede di conciliazione paritetica (principio del ne bis in idem). Corecom Lazio Delibera n. 70/11", si precisa, in punto di costi di recesso, che aderendo alle condizioni contrattuali ed alla normativa di settore, l'istante ha accettato di ricevere sconti e promozioni subordinati alla condizione che un eventuale recesso dal contratto non avvenisse entro 24 mesi dalla sua sottoscrizione. Avendo l'istante disdetto il relativo contratto anticipatamente, rispetto alla durata minima espressamente prevista, correttamente Telecom ha provveduto ad addebitare i corrispettivi di recesso anticipato, nonché i costi di disattivazione. Così come corretto è l'addebito in fattura della rate a scadere di acquisto del router per € 158,60 che il cliente, a seguito di recesso, può scegliere se pagare in un'unica soluzione oppure mediante dilazione in fattura. Per quanto riguarda la sospensione dei servizi lamentata ex adverso, all'esito delle verifiche svolte non risultano sospensioni amministrative messe in atto dal gestore. Ad oggi l'istante ha maturato un insoluto di € 473,59 che andrà interamente saldato", portato dalle fatture nn. XXX, 8Z00229833 e XXX. Per tutti quanto esposto, TIM chiede il rigetto integrale dell'istanza presentata dalla società XXX s.a.s.

3. Motivazione della decisione

L'istanza, in linea generale, l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità. Preliminarmente, tuttavia, va accolta l'eccezione sollevata dall'operatore in merito alle domande già oggetto di precedente procedura conciliativa (UG/16368/2018) conclusasi con un verbale di accordo. Infatti, le richieste riguardanti l'Addebito di € 5 + IVA per distribuzione elenchi telefonici, l'addebito di € 0,51 + IVA per servizi speciali, mai richiesti, e il rimborso di quanto fatturato da TIM in applicazione della fatturazione a 28 giorni (come pure la domanda a questa connessa di indennizzo per la mancata risposta a reclamo, inserita ad integrazione dell'istanza di definizione in data 25 luglio 2019) risultano già oggetto di istanza di conciliazione n. UG/16368/2018, da cui ha preso avvio un procedimento conclusosi in data 9/11/2018 con un accordo tra le parti. Pertanto tali richieste non potranno che essere dichiarate inammissibili. Parimenti inammissibile è la richiesta formulata al punto iv. e relativa al pagamento dell'importo di € 100,00, in esecuzione dell'accordo relativo al procedimento per il tentativo obbligatorio di conciliazione n. UG/16368/2018. L'istanza di definizione, in base a quanto previsto dall'art. 14, comma 1, del Regolamento di procedura di cui alla Delibera 203/18/CONS (e successive modifiche e integrazioni), non può essere presentata per ottenere l'adempimento di un accordo conciliativo, che, si

ricorda, costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 2 comma 24, lettera b, della legge n. 481 del 1995 (e non necessita dell'apposizione della formula esecutiva), ai fini dell'avvio del procedimento di esecuzione. Del pari, sono inammissibili, in quanto le relative contestazioni non sono state oggetto del precedente tentativo obbligatorio di conciliazione – avviato con istanza UG/98633/2019, e dal cui esito negativo origina il presente procedimento –, le richieste riguardanti il rimborso di importi non riconosciuti di cui alle fatture elencate nella comunicazione del 25 luglio 2019, nonché la richiesta di indennizzo per mancata risposta a PEC del 30 ottobre 2018. Infine, va rigettata la domanda relativa alla trasmissione indebita di dati a terzi, in quanto esula dalle competenze di questo Corecom come definite dal Regolamento di procedura di cui alla citata Delibera 203/18/CONS e successive modifiche e integrazioni. Nel merito, le altre richieste formulate dalla parte istante possono essere accolte soltanto parzialmente. Venendo alla contestazione della fattura n. XXX (depositata dalla parte istante nell'ambito della procedura conciliativa e acquisita agli atti del presente procedimento sulla base del disposto di cui all'art. 18, comma 2, del Regolamento di cui alla Delibera 203/18/CONS) per la parte relativa ad addebiti riferibili a costi da cui invece la XXX sas si ritiene esente, dalla documentazione acquisita all'istruttoria emerge che, a fronte delle comunicazione della modifica unilaterale del contratto, avvenuta con lettera datata 5 luglio 2018, la società XXX s.a.s. ha esercitato la propria facoltà di recesso in data 25 luglio 2018, entro il termine indicato da TIM nella propria comunicazione (31 agosto 2018). Pertanto gli importi esposti in fattura e addebitati a titolo di costi di “Disattivazione linea e servizio” (€ 28,84 I.E.), costi di “Cessazione anticipata di linea” (€ 100,00 I.E.), costi di “Recesso promo Valore” (€ 100,00 I.E.) dovranno essere stornati. Del pari, si ritiene debbano essere stornati gli addebiti, per complessivi € 158,60, imputati alle rate del Router Wi-Fi. Invero, il principio vigente in tema di contratti per la fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche è quello per cui l'utente ha il diritto, e dunque la libertà, di scegliere l'operatore e l'offerta di servizi più convenienti, sulla base delle condizioni di contratto comunicategli al momento della stipula, ferma restando la facoltà di recesso dal contratto a fronte di un sopravvenuto esercizio di ius variandi da parte del fornitore dei servizi. Tale recesso deve essere esente da costi onde assicurare piena libertà di scelta all'utente che “subisce” la modifica contrattuale. Ora, nel caso in esame, l'originaria decisione della parte istante di stipulare il contratto con TIM è stata adottata alla luce delle condizioni contrattuali proposte dall'operatore considerate nella loro interezza, comprensive dunque anche dell'offerta relativa al router ma non solo. Ciò posto, qualora la modifica unilaterale – da cui deriva un'unica alternativa: o recedere in toto o accettare la variazione introdotta dall'operatore – imponesse l'obbligo del pagamento delle rate residue del router (che, per inciso, costituisce “apparecchiatura terminale” ai sensi dell'art. 1, lett. a), n. 1 del dlgs 198/2010 nonché della delibera 348/18/CONS sul c.d. modem libero, non applicabile razione temporis al caso in esame) si determinerebbe inevitabilmente uno sbilanciamento nella posizione delle parti contrattuali, atteso che l'utente, scegliendo il recesso, non si vedrebbe in realtà completamente svincolato dal precedente contratto, ma vedrebbe perpetuato l'impegno – anche se derivante da un vincolo contrattuale ormai dissolto – all'acquisto del router. Verrebbe, così, compressa di fatto la libertà di

sceita dell'utente: questi potrebbe essere indotto a rimanere vincolato a un contratto, benché diverso da – e più oneroso di – quello originariamente stipulato, nonché ad un operatore che non gli garantisce più le condizioni (di servizio e di prezzo) originariamente concordate (e, come già poco sopra evidenziato, poste alla base dell'originaria adesione dell'utente), per non incorrere inevitabilmente nel costo di un device che non avrebbe più interesse né ad acquistare né a tenere. Pertanto, si ritiene che la società XXX S.a.s. abbia diritto allo storno degli importi addebitati per le rate residue del router Wi-Fi, e alla riconsegna dell'apparato all'operatore (come già si era offerta di fare), secondo le modalità che dovranno essere indicate da quest'ultimo. In merito alla richiesta di indennizzo per la sospensione dei servizi, dall'istruttoria condotta si rileva che l'istante ha lamentato la sospensione dei servizi con Pec del 30 ottobre 2018 (depositata dalla parte istante nell'ambito della procedura conciliativa e acquisita agli atti del presente procedimento sulla base del disposto di cui all'art. 18, comma 2, del Regolamento di cui alla Delibera 203/18/CONS). Tale circostanza non risulta contestata dall'operatore che si limita a dedurre che “all'esito delle verifiche svolte non risultano sospensioni amministrative messe in atto dal gestore”. Nulla però produce al fine di provare la continuità dell'erogazione dei servizi nel periodo indicato dall'utente, nonostante in base alle regole in tema di onus probandi, gravi su TIM l'onere di dimostrare il corretto adempimento dell'obbligazione. Pertanto si ritiene che, a fronte della contestazione dell'avvenuta interruzione totale dei servizi dal 30/10/2018 al 10/01/2019, l'utente abbia diritto a un indennizzo da calcolarsi in base al parametro di cui all'art. 6, comma 1 del c.d. Regolamento Indennizzi (di cui alla delibera Agcom 347/18/CONS), moltiplicando l'importo di € 6,00 per i due servizi oggetto di sospensione (voce e dati), e raddoppiandolo per effetto della natura affari dell'utenza, nonché per complessivi 72 giorni, ottenendo così un indennizzo di € 1.728,00. In relazione, infine, alla richiesta indicata al punto i. dell'istanza di definizione e relativa al rimborso anticipo conversazioni per l'importo di € 100,00 esposto nella fattura n. 8Z00088738, la stessa non può essere accolta atteso che dalla disamina della fattura contestata tale importo risulta essere stato già stornato, e non è data evidenza del pagamento dello stesso da parte dell'utente. Si rammenta che l'ulteriore richiesta, formulata nella comunicazione del 25 luglio 2018 e relativa al rimborso di € 100,00 esposti come anticipo conversazione nella fattura n. XXX, non può essere accolta perché la relativa contestazione non è stata oggetto di precedente tentativo di conciliazione, senza considerare che, anche in relazione ad essa, non viene prodotta la fattura che contiene l'addebito contestato, né vi è prova dell'avvenuto pagamento dell'importo di cui è chiesta la restituzione. Alla luce dell'accoglimento parziale dell'istanza e del comportamento delle parti nel corso dell'intero procedimento, si dispone in favore della società XXX s.a.s. il rimborso delle spese di procedura per un importo di € 50,00.

DELIBERA

Articolo 1

1. Il parziale accoglimento dell'istanza presentata dalla società XXX s.a.s. nei confronti dell'operatore TIM S.p.a. La società TIM S.p.a. è tenuta: i. a stornare dalla fattura n. XXX gli importi addebitati a titolo di "Disattivazione linea e servizio" (€ 28,84 oltre IVA), "Cessazione anticipata di linea" (€ 100,00 oltre IVA), "Recesso promo Valore" (€ 100,00 oltre IVA) e rate "Vendita router Wi-Fi" (€ 158,60); ii. a comunicare all'utente le modalità di restituzione del router; iii. a corrispondere in favore della società XXX s.a.s. l'importo di € 1.728,00, quale indennizzo per interruzione dei servizi voce e dati dal 20 ottobre 2018 al 10 gennaio 2019, oltre interessi legali maturati dalla data di presentazione dell'istanza; a corrispondere in favore della società XXX s.a.s. l'importo di € 50,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura. La società TIM s.p.a. è tenuta, infine, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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.

Milano, 15 aprile 2020

IL PRESIDENTE