

CORECOM Marche
DETERMINA Fascicolo n. GU14/13350/2018
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
XXX - TIM XXX (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;

VISTA l’istanza della società XXX, del 06/09/2018 acquisita con protocollo n. 0120188 del 06/09/2018

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L'istante lamenta l'addebito di somme per recupero sconti su terminali e di corrispettivi di recesso servizi opzionali per cessazione delle linee dovuta alla variazione economico contrattuale posta in essere dall'operatore. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nella memoria depositata agli atti, l'istante ha dichiarato quanto segue:

a) il 18 dicembre 2015, veniva sottoscritta richiesta di migrazione in TIM per due numerazioni, la numero 335-818XXXX e la numero 335-520XXXX, aderendo alla "Promo MNP Smartphone Tim Professional"; b) la promozione sottoscritta prevedeva l'acquisto di numero 2 telefoni LG G FLEX2 oltre ad un Samsung Galaxy S6 a condizioni esclusive dal 23 settembre al 31 dicembre 2015; c) il 20 settembre 2016, TIM XXX comunicava all'utente le modifiche delle condizioni economiche a decorrere dal 1° novembre 2016, per diverse offerte tra cui TIM Professional; d) la società istante, non accettava la variazione economica contrattuale e migrava tempestivamente le numerazione ad altro gestore, tuttavia detta procedura si perfezionava solo per la numerazione 335-818XXXX con conseguente cessazione della Tim Card configurata come "Slave" numero 333-64XXXX; e) la numerazione 335-520XXXX subiva un problema che ne impediva la migrazione; f) con fattura del I° Bimestre 2017, emessa il 15 dicembre 2016, numero 7X0507XXXX, di importo complessivo 465,40 (quattrocentosessantacinque/40), TIM addebitava quale "recupero sconto su terminali per recesso anticipato" e per "corrispettivo recesso servizi opzionabili" le somme rispettivamente di euro 175,68 (centosettantacinque/68) e di euro 83,33 (ottantatré/33); g) a seguito di un primo reclamo inviato dall'utente il 31 gennaio 2017, TIM emetteva una nota di credito pari ad euro 103,66 (centotré/66), riguardante il solo corrispettivo di recesso per servizi opzionabili comprensivo di IVA, da compensare con fattura successiva numero 7X0074XXXX, del 14 febbraio 2017: La società istante provvedeva a saldare l'insoluto restante di euro 70,55 (settanta/55); h) nonostante quanto esposto sin qui, con fattura del IV Bimestre 2017, n. 7X0266XXXX, del 15/06/2017, si riscontrava l'addebito delle voci "Ind. di mora D.Lgs 9 ottobre 2002 n. 231-Conto 2/2017" e "Ris. danno D.Lgs 9 ottobre 2002 n. 231 – Conto 2/2017", per la somma complessiva di euro 41,38 (quarantuno/38); i) successivamente la società istante rientrava in TIM con la numerazione precedentemente migrata (335-818XXXX), ma a causa di un ulteriore variazione economico contrattuale comunicata dal gestore nel mese di luglio 2017, effettuava nuovo recesso per mancata accettazione alle variazioni contrattuali, per entrambe le numerazioni mobili (335 – 818XXXX e 335 - 520XXXX); j) a seguito del suddetto recesso per variazione contrattuale cessavano anche le SIM configurate come "Slave" e precisamente la numero 333-64XXXX collegata al numero 335-81XXXX e la numero 337-167XXXX collegata al numero 335-520XXXX; k) l'operatore con fattura del VI Bimestre 2017, n. 7X0453XXXX, del 13 ottobre 2017, addebitava per la seconda volta la voce "saldo fattura recupero sconto terminali" di euro 175,68 (centosettantacinque/68); l) il suddetto importo non era dovuto perché secondo le "Condizioni Generali di Vendita" il cliente non era tenuto a versare un ammontare pari alla differenza tra il prezzo di listino del terminale ed il prezzo scontato (recupero sconto su terminali) in caso di risoluzione anticipata per modifica unilaterale.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto quanto segue:

1) azzeramento della posizione debitoria; 2) rimborso del saldo fattura recupero sconto terminali di euro 175,68 (centosettantacinque/68) contenuta nella Fattura I° Bimestre 2017; 3) rimborso di euro 122,00 (centoventidue/00) numero 10 rate di euro 12,20 cad. saldate successivamente al recesso per la SIM 335 – 818XXXX; 4) indennizzo per applicazione di tariffa non richiesto ex artt. 9 e 13 comma 7 All. A alla delibera n. 347/18/CONS, quantificato in euro 1.065 (millesessantacinque/00), calcolato dal 15 dicembre 2016 al 14 febbraio 2018 (data fattura II Bimestre 2018), per numero 426 giorni ad euro 2,50 cad.; 5) indennizzo per la mancata risposta al reclamo ex art.12 All. A alla delibera n. 347/18/CONS.

TIM XXX, con memoria depositata nei termini di legge, contestava sia in fatto che in diritto le richieste di parte ricorrente chiedendone il rigetto. In particolare, l'operatore ha dedotto quanto segue: a) lo Studio Moda Snc era titolare del contratto numero 88801129XXXX comprensivo delle seguenti linee /apparati: 335-818XXXX 13/01/2016 03/11/2016 337-165XXXX 14/01/2016 03/11/2016 335-818XXXX 21/11/2016 31/08/2017 333-64XXXX 25/11/2016 31/08/2017 335-52XXXX 13/01/2016 31/08/2017 337-167XXXX 14/01/2016 31/08/2017 2 apparati LG G Flex (Metallic Titan); b) l'utenza 335-818XXXX migrava verso altro operatore il 3 novembre 2016 e rientrava in TIM il 21 novembre 2016, per poi migrare nuovamente e definitivamente il 31 agosto 2017; c) successivamente alla migrazione TIM addebitava nel conto 1/17, euro 175,68 (centosettantacinque/68), per recupero sconti terminale per lo smartphone LG Flex 2 Lite associato alla numerazione 335-818XXXX ed euro 83,33 (IVA esclusa) per recesso servizi opzionali; d) a seguito del reclamo presentato dall'utente, TIM emetteva nota di credito dell'importo di euro 103,66 (centotré/66), a storno dei costi di recesso dei servizi opzionali a parziale compensazione della fattura n. 2/17; e) nel conto n. 4/17, addebitava gli interessi di mora per il ritardato pagamento dell'importo che residuava da saldare della fattura n. 2/17, che poi, dietro reclamo dell'utente, venivano rimborsati da TIM con nota di credito di euro 41,38 (quarantuno/38); f) successivamente alla migrazione di tutte le linee verso OLO, TIM addebitava nel conto 6/17, l'importo di euro 175,68 (centosettantacinque/68), sempre per il recupero degli sconti applicati al secondo terminale in vendita rateale. Nello stesso conto, TIM addebitava la somma di euro 166,66 (centosessantasei/66), a titolo di corrispettivo per recesso servizi opzionali, per poi stornarli nella medesima fattura; g) pertanto, a seguito della presente ricostruzione dei fatti, gli unici importi effettivamente addebitati da TIM e non restituiti, sotto forma di note di credito, erano quelli richiesti a titolo di recupero sconti terminali di euro 175,68 (centosettantacinque/68), che erano dovuti avendo l'utente cessato il contratto prima dei 24 mesi previsti, perdendo così il diritto ad avere i due LG Flex ad un prezzo agevolato; h) inoltre, l'operatore rispondeva ai reclami inviati, mediante deposito in atti delle due note a riscontro dei reclami; i) la morosità imputabile alla ditta istante è pari ad euro 389,18 (trecentottantanove/18) dovuta al mancato pagamento dei conti numeri 6/17, 1/18, 2/18, 3/18 e 4/18. Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

Data la corrispondenza della ricostruzione dei fatti eseguita da entrambe le parti e considerate le note di credito emesse dall'operatore per la restituzione dei corrispettivi di recesso dei servizi opzionali, degli interessi di mora e risarcimento danni, gli unici importi effettivamente addebitati da TIM e non restituiti, sotto forma di note di credito, sono quelli richiesti a titolo di recupero sconti terminali cioè quelli addebitati con la fattura numero 7X0507XXXX, del 15 dicembre 2016, pari ad euro 175,68 (centosettantacinque/68), saldata dall'utente e quelli addebitati nella fattura numero 7X0453XXXX, del 13 ottobre 2017, pari ad euro euro 175,68 (centosettantacinque/68), non saldata dall'utente. Costi questi che TIM sostiene siano dovuti avendo l'utente cessato il contratto prima dei 24 mesi previsti, perdendo così il diritto ad avere un prezzo agevolato sui due LG G Flex compresi nell'offerta originariamente sottoscritta "Promo MNP Smartphone Tim Professional". Al riguardo non si possono non richiamare le Condizioni Generali di Vendita con pagamento in 24 rate/soluzione unica allegate dalla società istante. In particolare, l'Art. 7, delle citate Condizioni Generali, disciplina il caso in cui, nel corso della durata del contratto di vendita degli apparati, il cliente receda dal contratto MultiBusiness di riferimento a causa di modifiche unilaterali introdotte da TIM (Art. 7, lettera b) secondo capoverso). In questo caso, qualora sia stato disposto il pagamento rateale degli apparati, il contratto si risolve automaticamente e il cliente, che acquista gli apparati a condizione agevolate, è tenuto al pagamento immediato delle rimanenti rate scontate in un'unica soluzione senza però perdere il beneficio del pagamento a prezzo agevolato. Pertanto, diversamente da quanto sostenuto da TIM, il cliente non è tenuto a versare un ammontare pari alla differenza tra il prezzo di listino del terminale ed il prezzo scontato, ovvero non è tenuto al pagamento del cosiddetto recupero sconto sui terminali. Tale obbligo sussisterebbe, invece, nel caso di recesso tout-court dall'offerta, espressamente regolato dal combinato disposto dell'Art. 6 e dall'Art. 7 lettera a) delle stesse Condizioni Generali di Vendita, secondo il quale, il cliente è tenuto anche al pagamento delle rate scontate a scadere previste dall'offerta prescelta oltre che alla differenza tra il prezzo di listino a condizioni standard e il prezzo scontato. Alla luce di quanto detto, quindi, TIM ha erroneamente applicato, nel caso in esame, quest'ultima fattispecie anziché quella disciplinata dall'Art. 7, lettera b) secondo capoverso. Ciò è confermato non solo dall'addebito del "recupero sconto terminali" espressamente citato in fattura ma anche dal fatto che TIM ha continuato ad addebitare le singole rate nelle fatture successive al recesso. Non può deporre in favore di controparte la circostanza che, per l'utenza numero 335-520XXXX (alla quale era abbinata uno dei due terminali) non è stato possibile effettuare la migrazione a causa di alcuni asseriti impedimenti tecnici. Tale circostanza, invero, certamente non prevedibile dall'utente al momento dell'esercizio del diritto di recesso, non può in alcun modo gravare sulla posizione economico-contrattuale dell'utente, nel senso di qualificare il recesso esercitato quale recesso tout-court ai sensi dell'Art. 6 delle Condizioni Generali di Vendita, anziché quale recesso del contratto MultiBusiness per modifiche unilaterali introdotte dal gestore, ai sensi dell'Art. 7 lettera b) del medesimo regolamento contrattuale. Né tanto meno può comportare per l'utente l'obbligo di rimborsare l'operatore del vantaggio economico fruito nell'acquisto dei due cellulari.

Diversamente, infatti, si avrebbe una illegittima compromissione del diritto di recesso e si addosserebbero, in capo all'utente, costi non previsti né prevedibili in conseguenza di una scelta di modifica unilaterale decisa dall'operatore. E ciò, in violazione dell'Art.70, comma 4, del d.lgs n. 259/2003 (cosiddetto Codice delle Comunicazioni Elettroniche) così come recentemente statuito dall'Agcom con delibera numero 39/18/CONS. Ne consegue che debbano essere accolte le richieste dell'istante sub 2) inerente il rimborso del recupero sconto terminali di euro 175,68 (centosettantacinque/68) contenuta nella Fattura I° Bimestre 2017, pagato da parte istante. Si ritiene, invece, di accogliere parzialmente la richiesta sub 1) di azzeramento della posizione debitoria annullando integralmente le fatture dei bimestri numeri 1/18, 2/18, 3/18 e 4/18 contenenti l'ulteriore addebito recupero sconto terminali di euro 175,68 (centosettantacinque/68) ed altri ulteriori importi non dovuti per recesso delle utenze a decorrere dal mese di agosto 2017. Relativamente alla sola fattura numero 7X0453XXXX, del 13 ottobre 2017 (bimestre 6/17) si ritiene di dover stornare l'importo di euro 175,68 (centosettantacinque/68) oltre IVA per saldo fattura recupero sconto terminali oltre agli importi fatturati non restituiti e non dovuti degli interessi di mora con conseguente ricalcolo dei restanti importi da pagare per vendita rateale degli apparati e per contributi ed abbonamenti. Circa la richiesta sub 3) di rimborso di euro 122,00 (centoventidue/00) per numero 10 rate di euro 12,20 (dodici/20) cadauna saldate successivamente al recesso per la SIM 335 – 818XXXX si evidenzia che, né l'istante né l'operatore hanno prodotto agli atti le relative fatture contenenti gli addebiti degli importi. Inoltre la richiesta sembra essere rivolta al rimborso delle rimanenti rate scontate per l'apparato associato alla numerazione SIM 335-818XXXX, rate che sono dovute comunque sia in caso di cessazione tout-court sia in caso di recesso per modifiche contrattuali poiché attengono all'acquisto dello Smartphone e non alla restituzione dello sconto. Ne consegue che tale richiesta è rigettata poiché non avvalorata da alcuna valenza probatoria oltre al fatto che non ha alcun fondamento giuridico alla luce delle Condizioni Generali di Contratto. Si ritiene, inoltre, di non accogliere la richiesta sub 4) di indennizzo per l'applicazione di tariffa non richiesta a norma degli artt. 9 e 13, comma 7, All. A alla delibera n. 347/18/CONS, calcolato dal 15 dicembre 2016 al 14 febbraio 2018 (data fattura II Bimestre 2018), poiché gli importi addebitati da TIM, così come si evincono dalle fatture allegate, attengono all'offerta "Tim Tutto Business 2.0" che è l'offerta sottoscritta dalla società istante in data 18 dicembre 2015, con promo "MNP Smartphone Tim Professional". Pertanto, alcun profilo tariffario non richiesto è stato applicato da TIM e, quindi, alcun ricalcolo e/o indennizzo è dovuto. Si rigetta, infine, la richiesta sub 5) di indennizzo per la mancata risposta al reclamo a norma dell'art.12 All. A alla delibera n. 347/18/CONS, in quanto agli atti del procedimento, non sono stati depositati i reclami scritti inviati dall'utente. Dalla memoria di costituzione del gestore e dalla documentazione agli atti depositata dallo stesso, si ricava che il gestore ha inoltrato una risposta al reclamo al legale dell'utente su segnalazione del 22 febbraio 2018 in cui si riepilogavano tutte le note di credito emesse da TIM in accoglimento dei precedenti reclami formalizzati dall'istante. Non sussistono cioè gli estremi per riconoscere l'indennizzo in questione avendo l'operatore dato riscontro alle varie problematiche anche con l'emissione delle note di credito.

DETERMINA

- TIM XXX (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 06/09/2018, è tenuta a definizione della controversia tra l'utente XXX e TIM XXX 1. di rimborsare la somma di euro 175,68 (centosettantacinque/68) oltre IVA, pagata dall'istante quale recupero per lo sconto su terminali per recesso anticipato, contenuta nella fattura del primo bimestre 2017, numero 7X0507XXXX; 2. di stornare dalla fattura numero 7X0453XXXX, del 13 ottobre 2017 (bimestre 6/17) l'importo di euro 175,68 (centosettantacinque/68) oltre IVA, per recupero sconto terminali oltre agli importi fatturati per gli interessi di mora, con conseguente ricalcolo dei restanti importi da pagare per vendita rateale degli apparati e per contributi ed abbonamenti; 3. di annullare le fatture dei bimestri numeri 1/18, 2/18, 3/18 e 4/18 contenenti lo stesso addebito recupero sconto terminali di euro 175,68 (centosettantacinque/68) nonché altri ed ulteriori importi per recesso delle utenze a decorrere dal mese di agosto 2017.

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
Maria-Rosa Zampa