

DELIBERA N. 070/2021/CRL/UD del 10/12/2021

V. Pxxx Sxxx D. V. Pxxx / TIM xxx (KENA MOBILE)

(GU14/55661/2018)

Il Corecom Lazio

NELLA riunione del 10/12/2021;

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 modificata 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. 353/19/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 V. Pxxx Sxxx D. V. Pxxx del 07/12/2018 acquisita con protocollo n. 0222560 del 07/12/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha assunto: "NEL 2016 ABBIAMO SOTTOSCRITTO UN CONTRATTO TELEFONICO FISSO CON TIM, NON ABBIAMO PIÙ SAPUTO NULLA PER UN ANNO, FINO A QUANDO NON E' VENUTO UN TECNICO TELECOM/TIM AD ATTIVARCI. CREDEVAMO, FORZE DA INGENUI, CHE LA TARIFFA SAREBBE RIMASTA LA STESSA OVVERO € 39.90, ACCORDO CHE AVEVAMO PRESO UN ANNO PRIMA CON L'OPERATORE TELEFONICO, MA ALL'ARRIVO DELLA PRIMA FATTURA CI SIAMO ACCORTI DI ESSERE STATI TRUFFATI, INFATTI LA FATTURA RICEVUTA E' DI EURO 265.62 CON UN PIANO TARIFFARIO E SERVIZI MAI RICHIESTI, ABBIAMO CONTATTO L'OPERATORE ED E' EMERSO CHE C'ERA ALTRE 2 FATTURE PER LA MIA UTENZA MA INTESTATE AD UNA PERSONA FISICA, OVVERO PROIETTI VINCENZO CON C.F. PRTVCN59D07A269V (OVVERO ME) MA IO NON AVEVO RICHIESTO NESSUN CONTRATTO PERSONALE, AL CHE ABBIAMO INVIATO 2 PEC A TELECOMITALIA@PEC.TELECOMITALIA.IT CHIEDENDO IL VOCAL ORDER E QUESTE 2 FATTURE MAI RICEVUTE MA MAI NESSUNO CI HA RISPOSTO. NEL FRA TEMPO ABBIAMO RICEVUTO ALTRE FATTURE TIM, SEMPRE CON PREZZI MOLTO ELEVATI, ELENCO QUI LE FATTURE RICEVUTE: 8N00032756 EMESSA IL 06/02/2018 IMPORTO € 265.62 8N00091457 EMESSA IL 06/04/2018 IMPORTO € 252.36 8N00152838 EMESSA IL 06/06/2018 IMPORTO € 271.56 8N00218752 EMESSA IL 06/08/2018 IMPORTO € 266.05, 8N00285729 EMESSA IL 05/10/2018 IMPORTO €247.25 inoltre dagli importi che ci addebita Tim in fattura è presente la voce tutto senza limiti adsl per un costo di € 47.16, questo si ripete su tutte le fatture, la linea ADSL è stata inibita da tim a marzo 2018 e tutt'oggi non funzionante e quindi ingiustamente addebitata. Da incontro avvenuto con il funzionario Telecom Italia risultano altre fatture del 2017 che noi non abbiamo, che non sono presenti sull'area clienti e un insoluto di più di €2500, quanto a noi risulta € 1302.84 in base alle fatture scaricate dell'area clienti, anche se l'importi

addebitati non corrispondono a quanto sottoscritto”. Su quanto assunto ha chiesto: “Chiediamo che ci venga attivata la giusta tariffa ovvero quella di 39.90€ come richiesto nel vocal order. Siamo disposti a pagare le fatture ma a 39.90€ + IVA al mese con chiamate incluse.”

2. La posizione dell'operatore

Telecom si è costituita assumendo: “Si osserva nel merito che 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. La totale assenza di supporto documentale lede il diritto di difesa dell'esponente società - impossibilitata a replicare adeguatamente alle pretese avverse - e si pone, inoltre, in aperto contrasto con il consolidato principio di diritto, previsto dall'art. 2697 c.c. da richiamarsi in via analogica in questa sede, secondo cui chi aziona un diritto deve necessariamente produrre le prove fattuali e documentali da cui quest'ultimo origina ("Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento") e, senza le quali, è preclusa la ricostruzione logico giuridica che consente all'organo giudicante - nel caso di specie il Co.re.com. - di fondare il proprio convincimento ed esercitare, in ultima analisi, la propria funzione decisoria ("onus probandi incumbit ei qui dicit"). In primo luogo, è opportuno precisare che, contrariamente a quanto affermato da controparte, il contratto non è stato sottoscritto telefonicamente, ma tramite l'adesione ad una promo via web, non essendovi pertanto alcun Vocal Order corrispondente. Nello specifico, Vipsa ha aderito alla promozione "Tutto 2 canali", disponibile esclusivamente online, comprensiva del servizio Tutto Senza Limiti Adsl e associata al profilo Linea Valore + ISDN. Non si comprende dunque a quali servizi asseritamente "mai richiesti" Vipsa faccia riferimento. Ciò premesso e ferma la correttezza di tutti gli importi fatturati, giova rammentare che l'istante è in ogni caso tenuto a contestare formalmente i conti telefonici di volta in volta emessi dall'operatore, indicando precisamente gli importi che si pretendono non dovuti o inesatti. A quanto consta alla scrivente difesa, invece, Vipsa non ha mai formalmente contestato i conti telefonici ricevuti - né è in grado di provare il contrario in questa sede - secondo le modalità previste dall'art. 17 delle Condizioni generali di contratto per l'accesso al servizio telefonico di base: "I reclami relativi ad importi addebitati in fattura dovranno essere inviati 5 all'indirizzo indicato sul Conto Telecom Italia entro i termini di scadenza della fattura in contestazione. Saranno salvi i casi di ritardo nel recapito della fattura opponibili validamente dal Cliente. In caso di reclamo il Cliente sarà comunque tenuto al pagamento, entro la data di scadenza della fattura, di tutti gli importi non oggetto del reclamo addebitati nella fattura stessa. L'esito del reclamo è comunicato al Cliente per iscritto entro 30 giorni solari dal momento in cui il reclamo è pervenuto. Nel caso in cui

il Cliente non paghi entro la scadenza indicata in fattura gli addebiti oggetto di reclamo, Telecom Italia sospende, fino alla comunicazione al Cliente dell'esito del reclamo stesso, l'applicazione di quanto previsto negli articoli 18 e 19 concernenti rispettivamente le penali e la sospensione dei servizi per ritardato pagamento. Rimane comunque fermo che, ove il reclamo non sia stato accettato, il Cliente è tenuto a pagare la predetta indennità a decorrere dalla data di scadenza indicata in fattura" (cfr. Doc. 1), con la conseguenza che, gli importi scaduti (per un totale di € 2.433,88) sono ritenuti da TIM certi, liquidi e immediatamente esigibili. Anche con riguardo al preteso malfunzionamento della linea Adsl - di cui peraltro Vipsa non ha fatto alcuna menzione in sede di conciliazione - non risulta effettuata alcuna segnalazione. Sul punto, vale la pena evidenziare che senza un intervento attivo da parte dell'utente finale, è impensabile che l'operatore si adoperi spontaneamente per il ripristino della funzionalità della linea, circostanza di cui non può essere a conoscenza (v. in tal senso, ex multis, delibera DL/184/15/CRL del Corecom Lazio: "allo stato degli atti pertanto non è possibile accogliere la domanda di indennizzo per l'asserito disservizio, a causa della mancata messa in mora dell'operatore ad intervenire sul guasto") e nessuna segnalazione - scritta oppure telefonica - da parte della Vipsa Plastic Service è presente all'interno dei sistemi informativi di TIM. L'unica comunicazione effettivamente pervenuta a TIM (e dalla stessa tempestivamente riscontrata) è relativa alla richiesta del Vocal Order, che, come detto, non è presente nel sistema, avendo l'istante aderito all'offerta in questione tramite sito web. È dunque evidente come la condotta di TIM sia stata diligente e rispettosa di tutti gli obblighi contrattualmente previsti. Tutto ciò premesso, alla luce di quanto sopra dedotto ed eccepito, si richiede all'adito Corecom di rigettare l'avversa istanza perché inammissibile o, in subordine, nel merito, infondata in fatto e in diritto."

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste non possono essere accolte come di seguito precisato. Preliminarmente si rigetta la richiesta dell'utente di condanna dell'operatore all'applicazione della "giusta tariffa". 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 fare al gestore. L'utente contesta che sia stata correttamente applicata la

scontistica prevista per il profilo commerciale prescelto in fase di stipula, circostanza che avrebbe comportato aggravio di costi rispetto a quanto pattuito in fase di stipula contrattuale. 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. Il 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. In base a tale criterio interpretativo del riparto probatorio, chi contesta contenuto e validità del contratto, come in questo caso, deve quantomeno dare evidenza documentale di ciò che afferma (contratto siglato, condizioni tariffarie attese/promesse e raffronto con quelle effettivamente applicate nelle fatture contestate) o quantomeno, in difetto di tali documenti, circostanziare i fatti, la tipologia di offerta, la tipologia di costi ritenuti non conformi, sì da mettere in condizione il difensore di ricostruire la vicenda eventualmente reperendo aliunde le evidenze probatorie (sempre in ottica di agevolazione dell'utente). Qui, pur in assenza di contratto, dalle fatture versate in atti non si desume la fondatezza delle doglianze dell'istante né è provato che l'istante abbia contestato, attraverso un valido reclamo, la mancata applicazione della presunta promozione nelle fatture. Per espressa previsione normativa dell'Autorità, ogni eventuale indennizzo richiesto ai sensi degli artt. 6, 8, 9 e 11, non può prescindere dalla presentazione di un reclamo formale, così come previsto dall'art. 13 delibera 347/18/CONS, requisito che non trova riscontro all'interno del fascicolo documentale. Non solo, secondo la previsione dell'art. 14 co. 4 delibera 347/18/CONS, il reclamo deve essere necessariamente caratterizzato da "continenza, in termini di tempo, rispetto al disservizio lamentato ("Sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza, fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte"). Qui l'utente, in possesso delle fatture che ha regolarmente prodotto, non ha dato prova di avere segnalato al gestore l'applicazione di una scontistica difforme a quella asseritamente pattuita. Sul punto l'orientamento

dell'AGCOM e dei CORECOM non lascia spazi interpretativi. In tema di disservizi indennizzabili la normativa di settore, e in particolare la delibera 69/11/CIR nonché unanime orientamento dell'Autorità in materia, ha ritenuto che "Non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatorequalora l'utente non provi di avere inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di reclamo, il gestore non può avere contezza del disservizio e non può, quindi provvedere alla sua risoluzione" (per tutte valgano le delibere AGCOM n. 100/12/CIR, 127/12/CIR, 130/12/CIR, 82/12/CIR, 38/12/CIR, 69/10/CIR). La mancanza di opportune segnalazioni o reclami pertanto, assume un particolare rilievo in questa sede, secondo quanto stabilito dall'Autorità, attraverso una consolidata applicazione della richiamata delibera n. 179/03/CSP e s.s. m.m., che pone in diretta correlazione l'obbligo dell'operatore di provvedere al ripristino del servizio con l'obbligo dell'utente di porre la controparte nella condizione di provvedervi, attraverso una tempestiva segnalazione della problematica. Chiarisce infatti l'Autorità (v. ex multis delibera n. 69/11/CIR) che in presenza di qualsivoglia disservizio l'intervento del gestore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato da parte del cliente. Applicando il principio generale appena enunciato al caso concreto, va da se che se l'utente, che ha sottoscritto il contratto ad agosto 2016 non ha contestato l'errata fatturazione al gestore questi non abbia potuto provvedere alle opportune verifiche e provvedere, eventualmente, alla soluzione del disservizio occorso. A tal proposito valga richiamare anche la delibera 276/13/CONS "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai CORECOM in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche" laddove, espressamente, afferma che, per la liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento, tra le altre cose, al concorso del fatto colposo del creditore: se l'utente, creditore dell'indennizzo per inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto..... in aggiunta l'Autorità ha puntualizzato che, con riferimento ai criteri temporali per il calcolo dell'indennizzo, ed in applicazione dei principi di proporzionalità ed equità, se dal comportamento tenuto dall'utente può desumersi un totale disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio (ad es. perché per mesi o addirittura anni non ha reclamato o avanzato richieste in proposito), il predetto calcolo va fatto decorrere dal momento dal momento in cui un simile interesse diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l'operatore. Nessun altro reclamo risulta in atti. Non rinvenendosi agli atti alcun valido reclamo sul punto le domande di indennizzo dei disservizi non reclamati vengono rigettate. Per la stessa motivazione, viene rigettata la domanda di indennizzo da "mancata risposta al reclamo". Sul punto, giova ricordare che, per costante giurisprudenza dei Corecom, ai fini della corresponsione dell'indennizzo, è necessario che l'istante dimostri di aver effettivamente e validamente trasmesso il reclamo all'operatore, allegando copia (se

scritto) ovvero indicando la data e il numero identificativo dello stesso (se orale), non essendo all'uopo sufficiente un'indicazione generica priva di "oggettivi elementi anche temporali, in ordine alle effettive segnalazioni del problema" (cfr. Delibera DL/209/15/CRL/UD; Delibera DL/208/15/CRL, Delibera DL/186/15/CRL).

DELIBERA

Articolo 1

- 1.** Per le motivazioni indicate in premessa, il rigetto dell'istanza.
- 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 sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità.

Roma, 10/12/2021

Il Dirigente

Dott. Roberto Rizzi

F.TO

Il Presidente

Avv. Maria Cristina Cafini