

DELIBERA N. 073/2021/CRL/UD del 10/12/2021

**D. Pxxx / TIM xxx (KENA MOBILE)
(Lazio/D/674/2017)**

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 Assemblies 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 D. Pxxx acquisita con protocollo n. 4466 del 12/07/2017;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Posizione dell'istante

La Sig.ra D. Pxxx fa presente quanto segue:

- 1) di essere stata contattata in data 17.03.2015 da un operatore del servizio clienti Tim, che le aveva proposto un cambio tariffario dal piano corrente "Tutto" al più vantaggioso piano "Tutto fibra" al costo di euro 29,90 al mese per i primi sei mesi, che sarebbe diventato, in assenza di conferma, di euro 44,90 dal settimo mese in poi;
- 2) di avere constatato, con l'arrivo della prima fattura che, con il cambio tariffario avvenuto il 16.04.2015, era stata applicata una tariffa completamente diversa da quella proposta, ovvero la tariffa "fibra" e non "tutto fibra": in particolare dalla fattura ricevuta emergeva che non solo i costi applicati erano differenti da quelli proposti ma che erano addirittura maggiorati, tanto che l'importo della fattura ammontava a euro 101,81;
- 3) di essersi rivolta al servizio assistenza clienti Tim-187, per proporre un reclamo telefonico, a cui seguiva in data 21.07.2015 un reclamo scritto inviato via fax
- 4) di avere reiterato il reclamo telefonicamente e per iscritto in data 29.07.2015, poiché non aveva ricevuto alcun riscontro al reclamo precedente;
- 5) di avere ricevuto dall'operatrice Tim il suggerimento di non pagare la fattura poiché il servizio di assistenza clienti avrebbe provveduto a correggere il piano tariffario e inviare la fattura corretta;
- 6) di avere perciò subito la disattivazione della linea, dal 21.07.2015 al 31.07.2015, per cui aveva dovuto rivolgersi al servizio clienti, che, oltre a confermare la mancata attivazione del profilo tariffario "Tuttofibra", le aveva consigliato di pagare la cifra corrispondente al profilo prescelto: l'istante, dunque, apriva un reclamo e provvedeva a pagare, inviare copia dell'avvenuto pagamento al gestore contestualmente a una comunicazione scritta di reclamo per quanto avvenuto;
- 7) la successiva fattura, bimestre n.4/15, presentava ancora il profilo tariffario errato con importi ulteriormente maggiorati;
- 8) in data 28.07.2015 l'istante veniva contattata da un operatore Tim che le suggeriva di risolvere la situazione creatasi aggiungendo un supplemento in denaro fino a concorrenza della somma di euro 49,90 e nel contempo inviando un reclamo scritto a sostegno di quelli telefonici rimasti non riscontrati;
- 9) in data 11.08.2015 veniva operato un altro distacco amministrativo della linea, a cui seguiva un altro reclamo telefonico e una conversazione con un operatore che calcolava la differenza tra quanto pagato dall'istante e quanto preteso da Tim: l'istante inviava per due volte il fax contenente la prova del pagamento di quanto richiesto;
- 10) la linea veniva riattivata solo il 2.09.2015 ma le sospensioni continuavano: dal 22.09.2015 all'1.10.2015; dal 19.10.2015 al 22.10.2015 e successiva sospensione il 23.10.2015. Sospensioni tutte regolarmente reclamate telefonicamente e per iscritto ma senza esito;
- 11) il conto portato dalla fattura relativa al 5° bimestre 2015 recava ancora la tariffa "fibra" con i costi maggiorati già lamentati dall'istante;



12) la cattiva gestione della pratica amministrativa dell'istante si protraeva anche nei mesi successivi, nei quali la Sig.ra Puato si vedeva costretta a pagare le fatture con i costi maggiorati rispetto alla tariffa "Tuttofibra" per evitare ulteriori sospensioni amministrative della linea;
13) a comprova di quanto lamentato, deposita i reclami del 21.07.2015, 29.07.2015, 3.09.2015. L'istante chiede, dunque, l'indennizzo di euro 300,00 per la mancata risposta ai reclami, l'indennizzo di euro 885,00 per attivazione di profilo tariffario non richiesto, l'indennizzo di euro 900,00 per la sospensione/cessazione del servizio (60gg.x7,50x2-voce e ADSL), lo storno delle fatture insolute, il ritiro della pratica di recupero crediti e le spese per il doppio grado di procedura.

2. Posizione del gestore

Telecom eccepisce la mancata allegazione da parte dell'istante del titolo da cui emerge l'asserito cambio tariffario e, pertanto, chiede che in assenza di prova la domanda venga respinta, conformemente ai principi generali in materia di onere della prova, come sanciti dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione.

3. Repliche dell'istante

L'istante ribadisce tutte le proprie richieste e rileva che Telecom, contrariamente a quanto previsto dalla normativa vigente in materia di contratti conclusi a distanza, non ha assolto ad alcuno degli oneri probatori gravanti sul gestore; inoltre sottolinea, a comprova della fondatezza delle proprie richieste, che il profilo tariffario prescelto "Tuttofibra" e concordato telefonicamente con Telecom è stato poi effettivamente attivato, come emerge dalla fattura n.6/15, dunque con il cospicuo ritardo di 122 giorni; infine insiste nella richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, atteso che Tim non ne ha riscontrato alcuno tra tutti quelli inviati per iscritto e allegati alla documentazione depositata.

4. 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. Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono trovare parziale accoglimento, come di seguito precisato. Occorre, anzitutto, evidenziare i principi generali in base ai quali viene affrontata la risoluzione della presente controversia, applicabili quale fondamento per tutte le richieste avanzate dall'istante nel caso di specie. In base ai principi generali sull'onere della prova, infatti, 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 più recentemente 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. Inoltre, ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Come sopra descritto, la controversia verte sull'asserito mancato rispetto delle condizioni tariffarie concordate mediante stipula telefonica. Si evidenzia che i principi di buona fede e correttezza, che ispirano, a norma dell'art. 1375 del codice Civile, l'esecuzione del contratto, impongono che le parti contraenti si rifacciano al regolamento contrattuale concordato in sede di sottoscrizione del contratto e ne diano puntuale attuazione. Pertanto, qualora l'utente lamenti l'inadempimento rispetto allo specifico accordo tra le parti, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, deve dimostrare che i fatti oggetto della doglianza sono stati determinati da circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero da problematiche tecniche non causate da sua colpa. In questi casi, peraltro, il gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione, senza che possa ritenersi sufficiente un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, bensì l'utente deve essere messo in grado di comprendere quanto accaduto, così da poter scegliere, per esempio, se recedere dal contratto. Allo stesso modo l'operatore deve anche dimostrare di essersi diligentemente attivato per rimuovere gli eventuali ostacoli amministrativi o tecnici incontrati. In linea generale si evidenzia, altresì, che gli utenti hanno diritto all'attivazione dell'offerta per come descritta al momento della conclusione del contratto (cfr. 4 della delibera Agcom 179/03/CSP) ovvero, ove le condizioni promesse non fossero quelle effettivamente offerte, al recesso senza penali, nonché, in ogni caso, alla restituzione o allo storno della eventuale differenza tra gli importi addebitati e quelli risultanti dall'applicazione delle condizioni pattuite. Occorre inoltre far riferimento a quanto stabilito dal Codice del Consumo, novellato dal D.Lgs. n. 21/14 in vigore dal 13.6.2014, in tema dei c.d. "contratti a distanza". In particolare, per tale tipologia di contratti, il professionista è onerato da una serie puntuale di obblighi informativi e documentali (artt. 49 e 51 del Codice del Consumo) ed il consumatore ha la possibilità di esercitare il diritto di recesso senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo entro un termine stabilito (art. 52), che varia a seconda che il suo dante causa abbia rispettato o meno i prescritti obblighi. Specificatamente il professionista ai sensi dell'art. 51 deve confermare il contratto concluso telefonicamente su un mezzo durevole fornendo un serie di informazioni (caratteristiche essenziali del servizio, prezzo, possibilità di esercitare il diritto di recesso, durata e validità dell'offerta e del prezzo ecc.); il comma 6 dello stesso articolo, inoltre recita che: "Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole". Dalle disposizioni

normative sopra riportate si evince quindi che il contratto concluso per telefono vincola il consumatore solo dopo la sua accettazione per iscritto: per cui, a fronte della contestazione mossa dall'istante circa il contenuto del contratto (nel caso di specie, il costo ben superiore a quanto concordato), è onere dell'operatore convenuto depositare copia del contratto sottoscritto dall'utente a conferma di quanto sostenuto. L'Autorità ha infatti più volte ribadito nelle sue decisioni che, in base alla normativa vigente in materia di contratti a distanza, il contratto oggetto di contestazione non può considerarsi valido laddove l'operatore non abbia fornito la prova circa la corretta acquisizione del consenso vocale, nel senso che in tal caso incombe sull'operatore medesimo l'onere di provare la regolare conclusione del contratto, dimostrando l'acquisizione del consenso univoco all'attivazione del servizio, non solo attraverso l'esibizione della registrazione telefonica ma anche della documentazione cartacea inviata all'istante con debita sottoscrizione. Ebbene, nel caso di specie tale prova non è stata fornita dall'operatore.

Pertanto, all'istante deve essere riconosciuto in primo luogo lo storno ovvero il rimborso delle somme applicate in eccedenza rispetto all'offerta contrattuale concordata e, giusta conto 6/2015, attivata solo in data 14.8.2015.

Spetta, inoltre, l'indennizzo per attivazione di profilo tariffario non richiesto, dal 16.5.2015 (già detratti i 60 gg utili da cgc per l'attivazione della Fibra) al 14.8.2015 data in cui il profilo tariffario è stato attivato, per un totale di 89 giorni e quindi ai sensi dell'art.8, comma 2, dell'Allegato A alla deliberazione 73/11/CONS di € 89,00.

Quanto alla richiesta di indennizzo per la sospensione della linea, atteso che Telecom non ha fornito la prova della regolare erogazione del servizio, deve essere riconosciuto l'indennizzo di cui all'art. 4 dell'Allegato A alla deliberazione 73/11/CONS per i periodi indicati dall'istante: dal 21.07.2015 al 31.07.2015, dall'11.08.2015 al 2.09.2015, dal 22.09.2015 all'1.10.2015; dal 19.10.2015 al 22.10.2015 e il 23.10.2015 per un totale di giorni 49 per due servizi (voce e ADSL), e pari ad euro 735,00.

Circa l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami, la domanda dell'istante risulta fondata. La Signora Puato ha fornito idonea prova dei numerosi reclami scritti inoltrati al Gestore; Telecom, viceversa, non ha provato di aver fornito alcun riscontro scritto ai medesimi. Rileva, in proposito, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera e anche dell'art. 4.16 della Carta Servizi), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto. Ne consegue che, in applicazione dell'Art. 11, c. 1, del Regolamento Indennizzi, va riconosciuto un indennizzo per mancata risposta ai reclami dal 45° giorno successivo all'invio del reclamo del 21.07.2015 fino all'udienza di conciliazione 12.04.2017, per complessivi euro 300,00.

Ai sensi dell'art. 19, comma 6, della deliberazione n. 173/03/CONS, in considerazione del comportamento processuale delle parti, sussistono giusti motivi per compensare le spese di procedimento vista la migliore proposta transattiva formulata dal gestore in sede di udienza di definizione, pari ad € 1500,00, e rifiutata dall'istante.

Per tutto quanto sopra esposto, vista la relazione del responsabile del procedimento

IL CORECOM LAZIO

DELIBERA

Accoglie parzialmente l'istanza della Sig.ra D. Pxxx contro Telecom xxx.

1. Telecom xxx è tenuta al rimborso e/o allo storno delle somme eccedenti il costo del profilo tariffario concordato telefonicamente con la Sig.ra Daniela Puato nonché al ritiro della pratica di recupero crediti a propria cura e spese ove presente;
2. La Sig.ra D. Pxxx è tenuta al pagamento dell'insoluto, ove presente;
3. TIM spa è tenuta a pagare in favore dell'istante, a mezzo assegno intestato all'istante e da recapitarsi presso l'ultimo indirizzo di fatturazione, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza: euro 300,00 (trecento/00) a titolo di indennizzo per mancata risposta ai reclami ex artt. 2 e 11.1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS; euro 735,00 a titolo di indennizzo per sospensione del servizio voce e ADSL; € 89,00 per attivazione profilo tariffario non richiesto.

Telecom spa è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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.

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

Il Presidente

Avv. Maria Cristina Cafini

F.TO