

DELIBERA n°_168_

**XXXXXXXXX / TIM SPA (KENA MOBILE)
(GU14 / 241628 / 2020)**

IL CORECOM SICILIA

NELLA seduta del 16/09/2020;

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;

VISTO l'art. 5 lettera e) della Convenzione tra l'AGCOM e il CORECOM. SICILIA, per l'esercizio delle Funzioni Delegate in tema di comunicazioni, in vigore dal 1° Gennaio 2018, con la quale, l'Autorità ha delegato il CORECOM SICILIA alla definizione delle Controversie;

VISTO l'Accordo Quadro del 28 Novembre 2017, tra l'Autorità per le Garanzie nella Comunicazione, la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee Legislative delle Regioni e delle Province Autonome;

VISTA la Legge Regionale 26 Marzo 2002 n. 2, successivamente modificata ed integrata, ed in particolare l'art. 101 che ha istituito il " Comitato Regionale per le Comunicazioni della Regione Siciliana" (CORECOM);

VISTA l'istanza di XXXXXXXX del 10/02/2020 acquisita con protocollo n. 0059047 del 10/02/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

La società XXXXXXXX, con la presente procedura ha lamentato nei confronti della società TIM S.p.A. l'addebito per costi di recesso/disattivazione. Nell'istanza introduttiva del procedimento l'istante ha dichiarato testualmente quanto segue: "si reclama l'addebito di costi per recesso anticipato (penali) addebitate sulla fatt.7x03845842 del 14/08/2014 con scadenza 22/09/2019. Le penali o costi per recesso anticipato sono state totalmente abrogate e dichiarate illegittime dall'art. 1, comma 3° della Legge 40 del 2007 (c.d. "Legge Bersani"). In effetti con la Delibera n° 70/10/CIR, "In base a quanto stabilito dalla legge n. 40/2007, a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso, gli unici importi che possono essere posti a carico dell'utente sono quelli giustificati da costi effettivi sostenuti dagli operatori, ovvero le spese per cui sia dimostrabile e dimostrato un pertinente e correlato costo sopportato per procedere alla disattivazione". Inoltre mai siamo stati informati di questa clausola contrattuale che prevedeva "costi recesso anticipato" e comunque illegittimi. Pertanto si richiede lo storno totale della fattura in questione".

In base a tali premesse l'istante ha richiesto:

- 1) storno della posizione debitoria ed in particolare storno della fattura n.7x03845842 e della fattura n.7x05919836;
- 2) indennizzo di euro 300,00 per mancata risposta al reclamo;
- 3) rimborso di euro 150,00 per spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore TIM S.p.A. di seguito TIM, società o operatore, nella memoria ha dichiarato che dalle verifiche effettuate negli applicativi in uso Telecom Italia, nella fattura n. 5/2014 sono stati addebitati i corrispettivi per recesso anticipato per un totale di € 1.333,28. Tali corrispettivi di recesso, nel caso in esame, sono scaturiti in seguito alla cessazione anticipata del contratto in contestazione avente in consistenza numero otto 8 utenze. Ha precisato che il recesso formulato dall'utente, prima della scadenza della durata minima prevista dei 24 mesi, ha comportato il pagamento dell'importo di € 83,33 (iva esclusa) per linea, a titolo di rimborso della promozione applicata sul contributo mensile. I costi applicati quindi risultano essere corretti, in quanto il contratto è cessato prima dello scadere del vincolo contrattuale; difatti lo stesso risulta attivato in data 10/10/2013 e cessato tra il mese di giugno e di luglio 2014. Inoltre ha significato che il Consiglio di Stato con Sentenza n. 1441 del 11/03/2010, ha ritenuto legittima la pratica commerciale, posta in essere dagli operatori telefonici, di subordinare il diritto allo sconto, che il cliente acquisisce sottoscrivendo l'offerta promozionale, alla condizione del mancato esercizio del recesso entro un certo termine espressamente accettato dall'utente. Difatti tali clausole contrattuali, sempre secondo l'orientamento del Consiglio di Stato, non violano il divieto contenuto nell'art. 1, comma 3 della Legge n. 40/2007, in quanto non pretendono il pagamento "di spese non giustificate da costi dell'operatore", ma si limitano a subordinare il diritto allo sconto alla condizione che l'utente non receda entro un determinato periodo di tempo. Inoltre ha ribadito la legittimità di tali addebiti che è stata confermata dalla Determina del Co.Re.Com Calabria la n. 125/15 nonché da recenti Determina dal Co.Re.Com Puglia nn. 17 -18 e 23 del 01/03/18 e da una ulteriore e recente Determina emessa dal Co.re.com Calabria la n. 24/2019 con le quale, accogliendo le argomentazioni della Telecom Italia S.p.A. il Co.Re.Com ha ritenuto che i costi di disattivazione non violano il divieto contenuto nel c.d. Decreto Bersani (L. n. 40/2007), in quanto trattasi di costi effettivamente sostenuti dall'operatore. La società resistente nel proseguo ha precisato che l'utente non ha sollevato nessun tipo di reclamo in merito, infatti dalla documentazione allegata non appare l'esistenza di reclami scritti indirizzati alla società convenuta per le doglianze de quo. Parimenti, non risulta agli atti alcun elemento che possa ricondursi neanche, ad eventuali reclami telefonici; nel caso di cui si discute difatti non è stato allegato alcun elemento atto a fondere la verosimiglianza del reclamo telefonico. Altresì, ha evidenziato che trattasi di fatture relative all'anno 2014 che l'istante contesta solo adesso dopo ben 6 anni dell'invio delle stesse e risultano totalmente scoperte. Pertanto in questo caso specifico, non è possibile imputare alla società convenuta nessun tipo di responsabilità, appare invece discutibile il comportamento dell'utente, il quale omettendo il pagamento dei conti telefonici, oltre tutto mai reclamati, è venuto meno ai propri obblighi contrattuali, in quanto il rapporto

d'utenza telefonica si fonda sullo scambio di due ordini di prestazioni: da una parte vi è la prestazione del gestore del servizio, diretta alla somministrazione continuativa di quanto richiesto, dall'altra l'obbligazione dell'utente al pagamento delle utilità godute. Concludendo ed atteso quanto fin qui argomentato, la TIM ha chiesto al Corecom il rigetto dell'istanza poiché infondata, sia in fatto che in diritto.

3. Controdeduzioni dell'istante

L'utente ha controdedotto alla memoria dall'operatore asserendo quanto segue. Ha ribadito che le penali per recesso anticipato da un contratto di fornitura di servizi telefonici / telematici, sono state dichiarate illegittime dall'art. 1, comma 3° della Legge 40 del 2007 (c.d. "Legge Bersani"), e che tale disposizione non è stata mai abrogata ed è tutt'ora vigente. Ha riportato quanto specificato dall'Autorità Garante delle Comunicazioni, nella Delibera n° 70/10/CIR, che"In base a quanto stabilito dalla legge n. 40/2007, a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso, gli unici importi che possono essere posti a carico dell'utente sono quelli giustificati da costi effettivi sostenuti dagli operatori, ovvero le spese per cui sia dimostrabile e dimostrato un pertinente e correlato costo sopportato per procedere alla disattivazione". Ha menzionato la Delibera del Co.re.com. Umbria, n° 41 del 22/09/2016, che per un'analogia questione ha deliberato che "...l'annullamento dello sconto per la cessazione anticipata", tale voce della fattura costituiva una penale, e come tale, era illegittima; inoltre, la compagnia non aveva fornito la prova che tale clausola fosse stata effettivamente accettata dall'istante, nè mediante la produzione di un contratto scritto, nè di una registrazione telefonica nella quale si comunicava al cliente, al momento della conclusione del contratto, che se avesse receduto prima di 24 mesi, sarebbe andata incontro all'addebito ad una penale. Peraltro, anche se la compagnia fosse stata in grado di produrre la registrazione della chiamata, questa, ad avviso dello scrivente, non sarebbe stata sufficiente, in quanto, la clausola che prevede che venga revocato lo sconto per cessazione anticipata, in caso di passaggio ad un altro operatore, limita la libertà del contraente verso i terzi, inibendo la possibilità di contrarre con altri operatori, e quindi, ai sensi dell'art. 1341 c.c., secondo comma, necessiterebbe di una sottoscrizione apposita...". Ulteriormente ha significato che il Co.re.com. Umbria nella stessa Delibera ha rilevato che l'operatore non aveva "dato prova di aver informato il cliente in merito alla previsione dei costi in questa sede contestati, così come previsto dalla disciplina vigente", richiamando, in particolare, le Linee guida della Direzione tutela dei consumatori dell'Autorità Garante per le comunicazioni del 2 luglio 2007, le quali prevedono che "l'utente deve poter conoscere anche le eventuali spese richieste per l'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento, così da essere agevolato nell'esercizio di tali facoltà, potendone valutare le conseguenze sotto ogni profilo". Ha argomentato quindi che il Corecom nella delibera di cui sopra, ha ritenuto che la

compagnia non aveva assolto all'onere probatorio a suo carico “ in base al quale e secondo anche da principio generale, ribadito, tra gli altri, dalla Cassazione Civile, Sezione II, 20 gennaio 2010 n.936, “il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l’adempimento, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell’inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall’onere della prova del fatto estintivo dell’altrui pretesa. Anche nel caso in cui sia dedotto non l’inadempimento dell’obbligazione ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell’inesattezza dell’adempimento, gravando ancora una volta sul debitore l’onere di dimostrare l’avvenuto esatto adempimento”. Per quanto sopra quindi, qualora la compagnia telefonica addebiti una somma a titolo di penale, occorrerà verificare, a prescindere da ogni ulteriore considerazione, se la previsione di tale penale (o, addebito in altro modo definito), sia stato previamente accettata dall’utente, mediante sottoscrizione di un contratto, o mediante comunicazione telefonica, e l’onere della prova di tale accettazione/comunicazione grava sulla compagnia, con la conseguenza che, qualora la compagnia non sia in grado di produrre in giudizio un contratto scritto e/o la registrazione telefonica, la penale non sarà dovuta. In conclusione e per quanto argomentato ha chiesto il riconosciuto dello storno/rimborso degli importi addebitati a titolo di costi di disattivazione del servizio e di annullamento sconto per cessazione anticipata.

4. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante non possono trovare accoglimento per le motivazioni che seguono. In via preliminare è doveroso precisare che, l’istanza di definizione di cui si discute risulti alquanto generica atteso che l’utente non si è nemmeno curato di indicare la data di inizio contratto, né la natura dello stesso, privata o aziendale, ma anche carente di documentazione probante atteso il deposito in atti di sole due fatture relative all’anno 2014. Pertanto il relativo procedimento è stato avviato esclusivamente nell’ottica del favor utentis, per accertare, poi in sede istruttoria, la sussistenza o meno di pregiudizi suscettibili di indennizzo a carico dell’istante. Tuttavia, l’estrema genericità dell’istanza non è stata superata nemmeno nel corso procedimento, impedendo di fatto, di procedere alla verifica della fondatezza delle pretese. In particolare, in sede di deposito della prolissa memoria di replica, nessun nuovo elemento risulta acquisito poiché l’utente non si è curato di integrare la propria istanza producendo idonea e pertinente documentazione a sostegno delle proprie doglianze. Fatta questa necessaria premessa, nel merito, le richieste risultano non accoglibili. Difatti, in primis non può trovare accoglimento la richiesta di cui al punto 2) indennizzo di euro 300,00 per mancata risposta al reclamo, atteso che l’utente

non ha mai effettuato alcun reclamo all'operatore. Dalla disanima della carente documentazione depositata al fascicolo da parte dell'istante, non risultano essere stati mai formulati reclami scritti all'operatore per lamentare tale disservizio, né risultano essere stati mai sporti reclami verbali a mezzo call-center dell'operatore, per come dichiarato dalla società resistente in memoria e non eccepito in sede di memoria di replica da parte dell'istante. Si rileva a tal fine, che in base all'art. 23 delle C.G.A dell'operatore i reclami riguardanti importi addebitati in fattura devono essere inviati entro i "termini di scadenza della fattura in contestazione all'indirizzo indicato sulla stessa", evenienza che nel caso di specie, non risulta essersi mai verificata. Si rammenta che l'istante lamenta solo oggi, le fatture emesse dalla TIM ben sei anni addietro atteso che le stesse sono relative all'anno 2014 e come appena argomentato, mai contestate e quindi in difetto, accettate dall'istante. Il principio fatto proprio dalla norma che si è appena richiamata, del resto, è applicato dalla giurisprudenza civile, laddove si legge che la mancata contestazione delle fatture nei termini previsti ne comporta la loro completa accettazione (ex pluribus, Tribunale di Milano sentenza n° 12054 del 05/12/12). Nel caso di specie, pertanto, in assenza di contestazione (o prove di avvenuta contestazione), le fatture si intendono, accettate dall'utente. Ad abundantiam, si richiama anche, l'art.14 comma 4 del Regolamento sugli indennizzi, secondo il quale " Sono esclusi gli indennizzi 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.....". Nel proseguo ed attesa la disanima delle fattura n.7X05919836 del 15/12/2014 e fattura n. 7X0384582 del 14/0/2014, si ripete unica documentazione depositata in atti da parte istante, è emerso quanto segue. Nella fattura n. 7X05919836 del 15/12/2014 non risultano addebitate voci per penali di recesso e/o disattivazione, pertanto la stessa è dovuta dall'istante atteso che allo stato attuale l'operatore ne ha evidenziato l'insoluto. Mentre dalla disanima della fattura n. 7X0384582, emessa in data 14/08/2014, e si ripete mai contestata dall'istante, si desume che l'importo complessivo di euro 1.309,05 è stato addebitato dalla società resistente a titolo di recesso anticipato, atteso che per come precisato dall'operatore in memoria " i corrispettivi di recesso, nel caso in esame, sono scaturiti in seguito alla cessazione anticipata del contratto che aveva un durata minima di 24 mesi ed ha comportato il pagamento di un importo di euro 83,33(iva esclusa) per numero 8 linee, a titolo di rimborso della promozione applicata sul contributo mensile". Il rapporto contrattuale risulta essere iniziato nella data del 10/10/2013 e cessato tra giugno e luglio 2014, quindi ed attesa tale lasso temporale, la volontà contrattuale del ricorrente di aderire alle offerte oggetto del contratto deve pertanto ritenersi pacifica, tenuto conto che lo stesso, come sopra già ampiamente significato non ha mai disconosciuto il predetto contratto né ha provato in alcun modo, attesa la carenza documentale di cui si è ampiamente detto in premessa, di averlo disconosciuto o di aver pattuito con la società

resistente, una diversa regolamentazione del rapporto. Di fatto l'istante ha accettato di ricevere sconti e promozioni subordinati alla condizione che un eventuale recesso dal contratto non avvenisse entro 24 mesi. Quindi a ben vedere, i costi applicati dal gestore non sono riconducibili alle penali per recesso anticipato, dichiarate illegittime dalla legge n. 40/2007 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese" (c.d. "Legge Bersani"), quanto invece alla diversa fattispecie del "recesso da offerte promozionali". In questo caso, pare opportuno ricordare che il Consiglio di Stato, con Sentenza Sez. IV n. 1442/2010 del 11/03/2010, ha reputato legittima la pratica commerciale, posta in essere dagli operatori di telefonia, di subordinare il diritto allo sconto, alla condizione del mancato esercizio del recesso entro un certo termine. Tali clausole contrattuali, secondo l'orientamento del Consiglio di Stato, non violano il divieto contenuto nell'art.1, comma 3 del d.l. n.7/2007, convertito in legge n.40/2007, in quanto non pretendono il pagamento di "spese non giustificate da costi dell'operatore", ma si limitano a subordinare il diritto allo sconto alla condizione che l'utente non receda entro un determinato periodo di tempo. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'impegno di non recedere prima di una certa data sia il "prezzo" che, di fatto, l'utente paga al fine di godere del vantaggio rappresentato dallo sconto sui servizi acquistati; una diversa interpretazione travolgerebbe, infatti, l'equilibrio sinallagmatico su cui si basa l'offerta promozionale, finendo per mortificare l'autonomia delle parti e il risultato sarebbe quello di impedire ogni tipo di offerta promozionale subordinata all'accettazione da parte dell'utente di una durata minima, che l'operatore non avrebbe evidentemente alcun interesse a praticare senza la certezza di un arco temporale di vigenza. In tal modo, verrebbe cancellata dal mercato una pratica commerciale che, in sé considerata, non presenta profili di abusività ed anzi, in molti casi, può soddisfare le esigenze dell'utente. Sulla base di queste premesse, i Giudici amministrativi hanno quindi ritenuto pienamente legittima la richiesta dell'operatore di restituzione degli sconti di cui l'utente ha beneficiato durante la vigenza del rapporto contrattuale, riconducendo tale fattispecie al recesso anticipato da offerte promozionali e differenziandola quindi dalla diversa situazione del recesso anticipato dal contratto a prezzo pieno, tutelata dall'art.1 del decreto Bersani. Tale interpretazione è stata ripresa anche dal Giudice ordinario, in particolare nella sentenza resa dal Tribunale di Milano, Sez. XI, n.5554 del 15 maggio 2012. Stante, dunque, l'assenza di contestazioni di parte istante circa l'applicabilità al proprio rapporto contrattuale con la TIM, come pure, alla luce dell'esame della fattura di qua, di contestazioni circa la fruizione di piani tariffari agevolati, e perciò con una durata minima vincolata, può ritenersi pacificamente acquisito il fatto che lo stesso utente godesse dell'applicazione di tariffe più convenienti rispetto a quelle di listino, a fronte di

una permanenza contrattuale minima. Appare dunque legittima l'applicazione dei costi esposti in fattura dal gestore, con la conseguenza che la relativa richiesta di cui al punto 1) viene integralmente rigettata come da varie delibera dei CoReCom come da ultimo, dalla Delibera n.92/2019 del Corecom Emilia Romagna. Infine, non trova accoglimento la richiesta di cui al punto 3) rimborso di euro 150,00 per spese di procedura, atteso il rigetto integrale dell'istanza e si dispone la compensazione tra le parti delle spese relative alla presente procedura.

DELIBERA

1. Il rigetto integrale dell'istante della società XXXXXXXXX, nei confronti della società TIM S.p.A., per le motivazioni di cui in premessa.

2. La compensazione tra le parti delle spese di procedura.

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.

Palermo, 16/09/2020

IL PRESIDENTE

Prof.ssa avv. Maria Annunziata Astone

