

DELIBERA N. 007/2020/CRL

**M. MARZULLI / TIM XXX (KENA MOBILE)
(GU14/75224/2019)**

Corecom Lazio

NELLA riunione del Corecom Lazio del 17/02/2020;

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’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 M. MARZULLI del 29/01/2019 acquisita con protocollo n. 0037592 del 29/01/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha chiesto a Telecom XXX "PER L' ISTANZA N. 17-C-11761 - IL RIMBORSO TOTALE DELLE SOMME INDEBITAMENTE E ILLECITAMENTE ADDEBITATE E INCASSATE DALLA TIM XXX – PER LA POLIZZA " ALL RISK " - IL RIMBORSO TOTALE DELLE SOMME INDEBITAMENTE E ILLECITAMENTE ADDEBITATE PER " SERVIZI E ABBONAMENTI " (NDR: MAI RICHIESTI !!!) NONCHE GLI INTERESSI MATURATI E MATURANDI SULLE SUDETTE SOMME E GLI INDENNIZZI PREVISTI DALLA DELIB. 347/18 DELLA AGCOM - PER LE ILLECITE ATTIVAZIONI DI SERVIZI E/O ABBONAMENTI. - PER L'ISTANZA N. 18-C- 03727 - IL RIMBORSO TOTALE DEL COSTO DEI DUE CARICA BATTERIA NON FUNZIONANTI NONCHE' IL RISARCIMENTO DEL DANNO PER LA RITARDATA CONSEGNE DEI DUE APPARATI".

2. La posizione dell'operatore

Si è difeso il gestore assumendo: "TIM chiede che venga dichiarata ed accertata l'inammissibilità e, in subordine, l'infondatezza nel merito dell'istanza presentata dal Sig. Marzulli per le seguenti ragioni. 1) In via preliminare: a) improcedibilità/inammissibilità della presente istanza per violazione del principio del ne bis in idem sostanziale In via preliminare e assorbente, la scrivente difesa intende eccepire l'improcedibilità/inammissibilità dell'istanza del Sig. Marzulli (già rilevata da TIM con e-mail inviata a codesto Corecom in data 3 ottobre 2018), in quanto presentata in violazione del principio del ne bis in idem sostanziale (v. ex multis, Decreto direttoriale Corecom Friuli Venezia Giulia, n. 646/2014), avendo l'istante richiesto al Corecom di pronunciarsi nuovamente sulle medesime circostanze (in particolare, la ritardata consegna degli apparati, il malfunzionamento del caricabatteria, nonché – ferma l'eccezione di inammissibilità di cui infra – gli addebiti relativi a servizi non richiesti) che già hanno costituito oggetto di due precedenti procedimenti di conciliazione dinanzi a codesto Corecom (come peraltro in parte evincibile dalla stessa documentazione prodotta da controparte). Al riguardo sembra utile richiamare la giurisprudenza del Corecom Calabria che interpreta il concetto di "medesimezza" in senso ampio, invocando il principio di ragionevolezza nell'analisi delle questioni trattate ("Ai fini della verifica dell'ammissibilità delle domande è sufficiente accertare che l'oggetto della richiesta di definizione sia lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione, nel senso che non si richiede che le istanze siano identiche ma che la questione in discussione sia la medesima", Corecom Calabria Delibera n. 15/11). In senso analogo si cita anche il più recente provvedimento del Corecom Umbria, n. 78/17, in cui si legge: "dall'esame della documentazione versata in atti, emerge che l'istanza inoltrata al Corecom...riguardava esattamente le medesime doglianze fatte valere nella controversia che oggi ci occupa:

identiche le parti della controversia, identica la causa petendi, identico il petitum. Il fatto poi che il lamentato disservizio si sia protratto anche per un periodo successivo alla delibera del Corecom non fa venir meno gli elementi di identità sopra riportati, non trattandosi di fatto nuovo, con la conseguenza che la richiesta non è ammissibile". Nel caso di specie, peraltro, l'istanza di conciliazione del 15 marzo 2018 (protocollo n. 18-C-03727) contiene esattamente le medesime doglianze dell'istanza presentata in data 16 marzo 2017 (protocollo n. 17-C-04148 del 29 marzo,), su cui è già intervenuto accordo tra le parti. Invero, con verbale del 3 luglio 2017 (Doc. 2), TIM ha riconosciuto al Sig. Marzulli, per mero spirito conciliativo, un indennizzo omnia di € 600,00. Ciò comporta – conformemente alle Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche – l'impossibilità di liquidare ulteriori indennizzi con riguardo ai medesimi fatti contestati, con conseguente inammissibilità della presente istanza. Tramite accettazione della proposta sopra descritta, infatti, controparte dichiarava di non avere nient'altro a che pretendere per le questioni oggetto di discussione. Non sembra quindi possibile deferire nuovamente in questa sede, per la seconda volta, le medesime questioni concernenti la ritardata consegna degli apparati e il malf funzionamento del caricabatteria, pena la violazione del principio del ne bis in idem sostanziale. È infatti evidente l'inammissibilità dell'istanza de qua (v. ex multis, Decreto direttoriale Corecom Friuli Venezia Giulia, n. 646/2014), avendo il Sig. Marzulli, a distanza di pochi mesi, richiesto a codesto Corecom di pronunciarsi nuovamente sul medesimo asserito inesatto adempimento da parte di TIM. Peraltro, anche la questione relativa alla pretesa attivazione di servizi non richiesti – di per sé inammissibile, in quanto presentata soltanto con l'istanza di definizione – ha già costituito oggetto di altra istanza di conciliazione del 10 ottobre 2017 (protocollo n. 17-C-011761 dell'11 ottobre), conclusasi in data 9 luglio 2018 con verbale di archiviazione per mancata comparizione del Sig. Marzulli alla terza convocazione dell'udienza, benché poi riconvocata e conclusa con il verbale di mancato accordo prodotto da controparte. Alla luce di tali circostanze, TIM insiste affinché sia accertata e dichiarata l'inammissibilità/improcedibilità dell'istanza presentata dal Sig. Marzulli. Ciò premesso, sempre in via preliminare ma subordinata, TIM ritiene opportuno sollevare l'eccezione di inammissibilità della richiesta così come spiegata da parte istante anche per la natura risarcitoria della stessa. Tale domanda è inammissibile non solo perché le domande formulate nei confronti dell'esponente società sono del tutto prive di qualunque fondamento, ma anche perché tramite la stessa il Sig. Marzulli formula espressamente una domanda di risarcimento danni. Infatti, nello spiegare le proprie istanze, il Sig. Marzulli chiede espressamente il "risarcimento del danno". Di conseguenza si eccepisce, in via preliminare, l'inammissibilità di tale domanda in quanto, seppur infondata, la stessa non è proponibile in questa sede. Ebbene, si rammenta, che l'art. 20, comma 4, della Delibera AGCOM 203/18/CONS, circoscrive chiaramente il potere demandato all'Autorità e, quindi, anche ai Corecom in sede di definizione della controversia, prevedendo che "l'Organo Collegiale, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, con il provvedimento che definisce la controversia ordina all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte

dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità", proseguendo al successivo comma 5 "Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno": dunque, al solo Giudice ordinario spetta l'accertamento del danno e, in caso di fondatezza della pretesa, la liquidazione a favore del danneggiato in applicazione del contratto e delle norme del codice civile. Pertanto, TIM insiste affinché sia accertata e dichiarata l'inammissibilità della istanza così formulata dal ricorrente. c) inammissibilità dell'istanza per avere il Sig. Marzulli formulato richieste nuove e diverse rispetto a quelle avanzate in primo grado, in violazione dell'articolo 14, comma 1, Delibera AGCOM n. 203/18/CONS, nonché dell'art. 12, comma 3 della medesima Delibera In via ancora preliminare e subordinata, si intende rilevare l'inammissibilità dell'istanza di definizione della controversia presentata dal Sig. Marzulli al Corecom Lazio ai sensi dell'art. 4 della Delibera AGCOM n. 203/18/CONS, per difformità dell'oggetto delle contestazioni e delle istanze formulate rispetto a quelle sottoposte a codesto Corecom in primo grado in sede di tentativo obbligatorio di conciliazione. 5 L'esponente società intende infatti eccepire che il Sig. Marzulli, nell'istanza di conciliazione si è limitato a chiedere il "risarcimento del danno", diversamente da quanto successivamente specificato nell'istanza di definizione, in cui formula le seguenti richieste "– Per l'istanza n. 17-C-11761 il rimborso totale delle somme indebitamente e illecitamente addebitate e incassate dalla TIM XXX per la polizza "all risk", il rimborso totale delle somme indebitamente e illecitamente addebitate per "servizi e abbonamenti" (ndr: mai richiesti!!!) nonché gli interessi maturati e maturandi sulle suddette somme e gli indennizzi previsti dalla delib. 347/18 della Agcom per le illecite attivazioni di servizi e/o abbonamenti. – Per l'istanza n. 18-C-03727 il rimborso totale del costo dei due carica batteria non funzionanti nonché il risarcimento del danno per la ritardata consegna dei due apparati". Si tratta evidentemente di domande nuove, non sottoposte a tentativo obbligatorio di conciliazione, e su cui, di conseguenza, non può essere esercitato il contraddittorio in questa sede. Tali nuove richieste e deduzioni, che non costituiscono precisazioni dell'istanza avanzata con il tentativo obbligatorio di conciliazione, determinano la violazione del principio del doppio grado di giudizio che nella presente sede amministrativa si evince dalla previsione di cui all'art. 14 co. 1 della Delibera AGCOM n. 203/18/CONS, a mente del quale è possibile chiedere la definizione della controversia qualora i tentativi di conciliazione abbiano avuto esito negativo, o per i punti ancora controversi nel caso di conciliazione parziale. Con la propria nuova prospettazione dei fatti costitutivi del diritto e con le nuove domande, controparte sottopone a codesto Corecom un tema di indagine e di decisione diverso da quello sul quale ha chiesto la conciliazione. Pertanto, anche sotto questo profilo, TIM insiste affinché sia accertata e dichiarata l'inammissibilità dell'istanza presentata dal Sig. Marzulli. In via subordinata, nel merito si osserva che le avverse deduzioni e richieste sono comunque infondate e del tutto sguarnite di prova. 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. Ogni tipo di contestazione mossa nei confronti di TIM appare totalmente infondata in fatto, in quanto non provata e, pertanto, insuscettibile di accoglimento. In primo luogo, è opportuno precisare che il preteso ritardo nella consegna degli apparati è stato determinato

esclusivamente dalla trasmissione da parte del Sig. Marzulli di documentazione incompleta (in particolare, difettava la sottoscrizione in alcune delle pagine del modulo di richiesta). Con riguardo poi al malfunzionamento del caricabatteria, giova rilevare che tale fattispecie non è ricompresa nell'ambito oggettivo della delibera 203/18/CONS. Di conseguenza, non solo l'adito Corecom è incompetente ma, anche laddove volesse pronunciarsi sul caso in esame, non potrebbe liquidare alcun indennizzo, non essendo la fattispecie indennizzabile ai sensi della delibera 347/18/CONS, in quanto non ricompresa nel numerus clausus dei casi ivi elencati, né tantomeno appare possibile assimilarla ad alcuno di essi, in applicazione del principio di analogia. Ad ogni buon conto, come già rilevato, TIM ha già provveduto a ristorare l'istante di qualsiasi pregiudizio subito, benché alla stessa non imputabile. Infine, in merito al preteso errato addebito di somme relative a servizi non richiesti, ferme le eccezioni di inammissibilità sopra svolte, si ribadisce la correttezza e, dunque, l'integrale debenza di tutti gli importi fatturati, conformi al profilo tariffario attivo sulle utenze mobili in oggetto. Giova inoltre rilevare l'assoluta genericità e infondatezza delle deduzioni di controparte che sembrerebbe contestare i conti telefonici nella loro interezza, non risultando peraltro trasmesso alcun reclamo o segnalazione al riguardo. Ebbene, si rammenta che l'istante è in ogni caso tenuto a contestare formalmente i conti telefonici di volta in volta emessi dall'operatore, prima della scadenza degli stessi, indicando precisamente gli importi che si pretendono non dovuti o inesatti, secondo le modalità previste dall'art. 23 delle Condizioni Generali di abbonamento al servizio telefonico ("i reclami relativi ad importi addebitati in Fattura, devono essere inviati entro i termini di scadenza della Fattura in contestazione all'indirizzo indicato sulla stessa, salvo eventuali casi di ritardo nel recapito opponibili validamente dal Cliente. Il Cliente è comunque tenuto al pagamento, di tutti gli importi non oggetto del reclamo addebitati nella Fattura entro la data di scadenza della stessa". Inoltre, controparte non ha prodotto copia delle fatture contestate né, a fortiori, provato l'effettivo pagamento delle stesse. È dunque evidente l'impossibilità di riconoscere al Sig. Marzulli alcun rimborso e/o indennizzo anche a tal riguardo". Concludeva per il rigetto dell'istanza.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, l'istanza formulata dalla parte istante non può essere accolta per i seguenti motivi. In primo luogo, rilevano le modalità di redazione dell'istanza, del tutto generica e indeterminata, e priva di qualsivoglia supporto probatorio atto a supportarne la fondatezza. Si assiste, infatti, nel caso de qua al mancato assolvimento del minimo onere di allegazione di fatti e circostanze da parte dell'istante, alla genericità, anche temporale, delle contestazioni, alla mancanza in atti di elementi sufficienti per valutare la condotta dell'operatore. Quanto alle domande relative all'istanza UG 3727/2018 l'utente non ha fornito prova dell'acquisto del telefono. Non ha prodotto le fatture da cui eventualmente desumere l'acquisto dell'apparato medesimo. Non ha fornito prova di avere inoltrato un valido reclamo al gestore attinente l'assunto ritardo della consegna ed il presunto malfunzionamento del caricabatterie (circostanza, questa, che sarebbe comunque sottratta alla cognizione del Corecom perché, per espressa

previsione regolamentare, non rientra tra le fattispecie indennizzabili sottoposte alla cognizione del medesimo). Analoghe considerazioni valgono per le domande di cui all'istanza UG 17-C-11761. E così. L'istante non ha prodotto la fonte negoziale del suo diritto. Non ha prodotto le fatture contenenti i lamentati illegittimi addebiti, ponendo il definitore nell'impossibilità di accertare la lamentata illegittima contabilizzazione di servizi non richiesti. Alcun reclamo, poi, sul punto è stato allegato dall'istante. 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 guasto 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 e circostanziate segnalazioni o reclami in ordine ai presunti disservizi patiti, 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 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 malfunzionamento 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 sé che se l'utente non ha lamentato l'illegittima fatturazione al gestore questi non abbia potuto provvedere alle opportune verifiche e provvedere, eventualmente, alla soluzione del disservizio. 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. Non rinvenendosi agli atti alcun reclamo sul punto la domanda viene rigettata. Anche la mancata produzione delle fatture produce importanti conseguenze ai fini della valutazione della fondatezza della domanda dell'istante perché impedisce la verifica del traffico generato per i "servizi a pagamento" di cui l'utente chiede lo storno/rimborso oltre al relativo

indennizzo e, più in generale, non vi è prova che il gestore non abbia adempiuto esattamente all'obbligazione assunta con il contratto, addebitandogli quei costi lamentati e difforni a quanto pattuito. L'onere di provare quanto asserito ("onus probandi incumbit ei qui dicit"), spettava esclusivamente all'utente ed era facilmente soddisfabile mediante produzione delle fatture e/o schermata riportante addebiti e del contratto siglato; l'istante si è invece limitato a richiedere gli indennizzi senza che la richiedi trovi alcun supporto probatorio documentale e senza che le stesse possano rivestire alcun valore in questa sede.

DELIBERA

Articolo 1

1. Rigetta l'istanza dell'utente M. Marzulli nei confronti della società Telecom XXX, con integrale compensazione delle spese di procedura.

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.

Roma, 17/02/2020

IL PRESIDENTE

Avv. Maria Cristina Cafini

IL DIRETTORE

Ing. Vincenzo Ialongo

F.TO