

DELIBERA n°_111_

**XXXXXXXX / TIM SPA (KENA MOBILE)
(GU14 / 117801 / 2019)**

IL CORECOM SICILIA

NELLA seduta del 19/06/2020;

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 03/05/2019 acquisita con protocollo n. 0190032 del 03/05/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

La Sig.ra XXXXXXXX, di seguito istante o utente, con la presente procedura ha lamentato nei confronti della Tim S.p.a., in relazione all'utenza di tipo privato XXXXXXXXXXXX l'attivazione di servizi non richiesti e l'indebita fatturazione subita. In particolare nell'istanza introduttiva del procedimento l'istante ha dichiarato testualmente quanto segue "... Ho ricevuto degli apparecchi da me non richiesti (TIM BOX e TIM GAMEPAD); ho provato a chiedere istruzioni sulle modalità di restituzione ma gli operatori del call center intervenuti non hanno saputo darmi indicazioni. Ho provveduto, dopo avere migrato ad altro operatore, a chiedere nuove istruzioni per la restituzione e, quindi, a restituire il modem in comodato nel suo originale scatolo nonché i non richiesti TIM BOX e TIM GAMEPAD anch'essi nei loro scatoli originali, mai aperti" In base a tali premesse l'istante ha richiesto quanto segue: 1) Storno delle rate smart modem fattura 3/2018 RV01374807: euro 89,64; 2) Storno e rimborso dei canoni pagati per TIM Gamebox e TIM Gamepad (rimborso euro 2,99 per numero quattro rate); 3) Storno dei canoni residui per TIM Gamebox e TIM Gamepad rate 2,99 per 44 rate fattura 3/2018 RV01374807: euro 131,56; 4) Indennizzo per attivazione servizi non richiesti TIM GAMES per n 4 mensilità per 5 euro al giorno: totale 600 euro; 5) Indennizzo per invio apparati non richiesti: 25,00 euro per due apparati totale di 50,00 euro; 6) Indennizzo per mancata risposta a reclamo totale di 300,00 euro; 7) Restituzione del rimborso della cauzione versata all'instaurazione del rapporto contrattuale per la linea fissa con la Telecom totale 100,00 euro; 8) Importo di euro 9,00 per la spedizione del pacco.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore TIM S.p.A. di seguito TIM, società o operatore, nel rispetto dei termini indicati, ha depositato la propria memoria con l'allegata documentazione, nella quale in sintesi, ed a difesa del proprio operato ha dichiarato quanto segue. Dalle verifiche effettuate negli applicativi in uso Telecom Italia, è risultato che nella data del 29/04/17 sull'utenza in contestazione viene effettuata la trasformazione in fibra con l'attivazione del piano tariffario Tim Smart, il quale prevedeva la vendita obbligatoria del modem in 48 rate. Pertanto a seguito di tale richiesta vengono inviate all'istante le condizioni contrattuali ed economiche dell'offerta scelta ed attivata così come previsto dall'art.6 del Regolamento "recante disposizione a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi

di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza” approvato con Delibera n. 664/06/CONS. Con il medesimo modulo veniva comunicato all’istante anche le modalità per esercitare il diritto di recesso nel caso in cui l’attivazione effettuata non era corrispondente alle sue volontà. Pertanto alla ricezione delle condizioni di cui sopra l’istante avrebbe dovuto chiedere la cessazione del servizio, se quest’ultimo non corrispondeva a quello richiesto, evenienza che nel caso de quo non si è verificata. Inoltre, sempre dall’applicativo in uso a Telecom è risultato che nella data del 21/11/17 è stato consegnato nella residenza dell’istante, tramite vettore il Kitgames al costo di euro 2,99 al mese per 48 mesi. Nella data del 22/03/2018 l’utenza cessa per migrazione lasciando una morosità pari ad euro 308,64 al netto dell’iva recuperata. L’operatore nel proseguo della memoria ha evidenziato che l’istante non ha effettuato nessun tipo di reclamo in merito agli addebiti relativi ai prodotti in contestazione, infatti dalla documentazione in atti non appare l’esistenza di reclami scritti indirizzati alla società convenuta per reclamare gli addebiti relativi a prodotti non richiesti, atteso che l’art.23 delle C.G.A. stabilisce che “i reclami riguardanti addebiti in fattura devono essere inviati all’indirizzo indicato in fattura entro e non oltre i termini di scadenza della fattura stessa”. Parimenti, non risulta agli atti alcun elemento che possa ricondursi neanche, ad eventuali reclami telefonici; nel caso che ci occupa non è stato allegato alcun elemento atto a fondere la verosimiglianza del reclamo telefonico, l’istante si è limitato esclusivamente a non effettuare il pagamento dei conti telefonici. Conseguentemente 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 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. Per quanto sopra esposto, non ravvisando a proprio carico alcuna responsabilità contrattuale, la Tim ha chiesto al Corecom di voler rigettare ogni richiesta di indennizzi e/o danni nei propri confronti, perché infondate in sia in fatto che in diritto.

3. Controdeduzioni dell’istante

L’istante a mezzo del proprio delegato, ha depositato le proprie controdeduzioni argomentando testualmente quanto segue.” Le osservazioni di TIM non colgono nel segno: se si accedesse alla sua aberrante ricostruzione secondo la quale l’attivazione dei servizi troverebbe il suo fondamento non nel consenso dell’utente, ma nella semplice ricezione di un prospetto informativo non contestato, ci troveremmo di fronte ad uno scenario da incubo in cui milioni di persone si troverebbero recapitate a casa cianfrusaglie di ogni tipo da tutte le aziende le quali vedrebbero “accettati” tutti i “contratti” non contestati! E’ evidente che l’istituto del silenzio assenso non esiste nel diritto privato. TIM ha omesso la produzione di qualsiasi prova di accettazione da parte dell’utente (fosse anche una registrazione telefonica non seguita da accettazione scritta) dell’attivazione dei servizi TIM Gamebox e TIM Gamepad. Non ha fornito inoltre le schermate delle segnalazioni telefoniche da cui si sarebbero evinte le contestazioni. La ricorrente ha altresì

formulato reclamo in data 16.6.2018, mai riscontrato da Telecom. Poiché l'attivazione di servizi non richiesti trova la sua origine nell'abusivo comportamento della TIM che, in scienza e coscienza, attiva tali servizi senza alcun presupposto, il reclamo non avrebbe nemmeno rilevanza, tanto è vero che, come si desume dalla delibera AGCOM 154/2018, il calcolo degli indennizzi si fa decorrere dalla data dell'attivazione, non certo da quella del reclamo (ultroneo). Si insiste dunque per l'accoglimento delle richieste formulate nel GU14".

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. La presente decisione è frutto di un'adeguata comparazione dei documenti prodotti da ambo le parti e delle correlative allegazioni, con i rispettivi oneri probatori. Orbene dalla disanima degli atti al fascicolo è risultato che, per come dichiarato dall'operatore e non smentito dall'istante con documentazione probante al riguardo, l'utenza XXXXXXXXXX nella data del 29/04/2017 ha subito la trasformazione in fibra e sono state inviate all'utente le pertinenti condizioni contrattuali ed economiche che non risultano essere mai state contestate dallo stesso, se non dopo la cessazione del rapporto contrattuale con la società resistente. Inoltre è risultato che l'utente nella data del 14/11/2017 richiedeva telefonicamente, a mezzo canale CC187 Catanzaro, l'acquisto del PACK KIT TIMGAMES, con pagamento tramite addebito in bolletta, che veniva consegnato all'indirizzo dell'istante nella data del 21/11/2017 come da documentazione probante in atti depositata ovvero schermata Siebel estrapolata dai sistemi della TIM. Anche per tale consegna, avvenuta si ripete nella data del in 21/11/2017 non risultano essere state depositate da parte istante alcuna osservazione né reclamo, scritto e/o verbale. Proseguendo è risultato altresì, che l'utenza de qua è rimasta attivata sui sistemi dell'operatore per come dichiarato dallo stesso e non smentito dall'utente, dalla data del 29/04/2017 fino alla data del 22/03/2018 quando è migrata, a richiesta dello stesso istante, verso altro operatore; e che nel lungo tempo di vigenza ed di utilizzo di tutti i servizi ed apparati di cui sopra si è argomentato, l'utente non si è mai premurato di far alcuna osservazione e/o reclamo su quanto ricevuto ed anche utilizzato. Ed inoltre è risultato che, il medesimo ha pagato nel periodo di cui si discute, tutte le fatture comprensive sia degli abbonamenti che delle rate del modem e del Kit acquistato ad eccezione della fattura n. RV01374807 del 03/04/2018 pari ad euro 330,15, fattura di chiusura del rapporto contrattuale. Invero l'istante avrebbe dovuto contestare alla Tim, sin dal ricevimento della prima fattura, gli importi di abbonamento e le rate del Kit non ritenuti dovuti, cosa che nel caso di cui si discute non è avvenuto. Sotto questo profilo si deve evidenziare che l'istante non ha dato provato (né indicazione) in costanza di rapporto contrattuale in essere con l'operatore, di alcuna segnalazioni in merito ai presunti disservizi oggi lamentati, mancando così di adempiere all'onere cui era tenuto al fine di mettere l'operatore a conoscenza della problematica in essere e porlo nella condizione di provvedere alla sua risoluzione. Come da orientamento costante dell'Autorità, infatti, l'onere della prova della risoluzione della problematica lamentata ricade sul gestore in

applicazione dell'art. 1218 c.c. - che pone a suo carico l'onere di dimostrare, per esonerarsi da ogni responsabilità, che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile o da problematiche tecniche non causate da sua colpa - ma è sull'utente che incombe l'onere della segnalazione del problema, onere che nel caso di specie non risulta adempiuto non consentendo all'intestato Ufficio, così, di ritenere accertato alcuno dei lamentati disservizi né dovuto alcun indennizzo. Pertanto, per le motivazioni sopra riportate non può trovare accoglimento la richiesta di cui al punto 4). Parimenti non risultano accoglibili le richieste di cui ai punti 1), 2), 3), 5) e 8) che si trattano congiuntamente, in considerazione di quanto sopra ampiamente già ribadito, e nella considerazione che per la carenza documentale in atti depositata non è stato possibile accertare l'effettiva spedizione e riconsegna sia del modem che del Kitgames in suo possesso. L'utente difatti ha depositato in atti una fotocopia totalmente scura ed illeggibile, di un pacco ordinario Posta Italiana dalla quale non si è potuto accertare minimamente alcunché, nemmeno tale mancanza è stata superata in sede di udienza di discussione, né si è curato di depositare in atti alcuna evidenza del pagamento sostenuto per detta spedizione e per la quale oggi richiede il dovuto rimborso. Tale lacuna non è stata superata nemmeno in itinere del presente procedimento. Parimenti non risulta accoglibile la richiesta di cui al punto 6) per le motivazioni che di seguono si dettagliano. In primis, il reclamo indicato con data 15/04/2018 n. 3-2944163010 risulta privo di tutti gli altri requisiti necessari come da normativa AGCOM ovvero codice operatore, ora di chiamata etc; mentre quello formulato per iscritto nella data del 15/06/2018, a parte che risulta privo di firma, risulta indirizzato a Telecom Italia S.p.A. c/o GEODIS Magazzino Reverse A22 e non all'Ufficio addetto ai reclami. Per quanto sopra argomentato quindi l'utente con il proprio modus operandi non ha messo in condizione questo Ufficio, di poter effettivamente verificare quanto da lui ribadito, richiesto e sostenuto. Comunque, è doveroso evidenziare che se eventualmente formulati, tali reclami risulterebbero tardivi, nella considerazione che non sono stati formulati dall'istante non in itinere del rapporto contrattuale come sopra ribadito, ma solo in un momento successivo, quando quest'ultimo già da mesi non aveva più in essere alcun rapporto contrattuale con la società resistente. In ultimo, non risulta accoglibile la richiesta di cui al punto 7) restituzione della cauzione versate, nella considerazione che l'istante non ha fornito prova documentale dell'importo richiesto e pagato; quest'ultimo avrebbe dovuto depositare in atti copia della fattura contenente tale importo, od altra evidenza nella quale tale importo era visibile, e copia della ricevuta del pagamento effettuato.

DELIBERA

1. Il rigetto integrale dell'istanza della Sig.ra XXXXXXXXX nei confronti della TIM S.p.A. in relazione all'utenza di tipo privato XXXXXXXXXXXX, per le motivazioni di cui in premessa.

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, 19/06/2020

IL PRESIDENTE

Prof.ssa avv. Maria Annunziata Astone

