

DELIBERA N. 113

XXX / TIM SPA (KENA MOBILE) (GU14/310889/2020)

Il Corecom Abruzzo

NELLA riunione del Il Corecom Abruzzo del 20/11/2020;

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;

VISTA la L.R. 24 agosto 2001 n. 45, istitutiva del Corecom Abruzzo; VISTA la convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Presidente della Giunta regionale ed il Comitato regionale per le comunicazioni dell’Abruzzo in data 19 novembre 2017;

VISTO il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, recante “*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19*” e, in particolare, l’articolo 103, comma 1;

VISTO il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante “*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*” e, in particolare, l’art. 37;

CONSIDERATO che nel procedimento sono stati acquisiti tutti gli elementi istruttori nella piena garanzia del contraddittorio;

RITENUTO, alla luce di quanto stabilito dall'articolo 103, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, che impone alle pubbliche amministrazioni di adottare *“ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti”*, opportuno procedere all'adozione del provvedimento finale;

VISTA l'istanza di XXX DI CLEMENTE del 28/07/2020 acquisita con protocollo n. 0324073 del 28/07/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante contesta l'asserita mancata attivazione dell'offerta Tim Super Adsl sulla propria linea 085841533, nonostante il contratto sottoscritto in data 27/12/2019 con l'operatore convenuto. In particolare nell'istanza di definizione, per il tramite dell'associazione Codacons ha precisato quanto di seguito:” La signora XXX Di Clemente in data 27.12.2019 ha aderito ad una proposta telefonica per il passaggio della linea XXX1533 a Tim super adsl che tuttavia non è mai stata attivata. Sono state effettuate numerosissime telefonate di reclamo anche in presenza di testimoni, tuttavia senza successo.” In base a tali premesse, l'utente ha richiesto: i.) storno insoluto ii.) indennizzo per mancata attivazione del servizio di euro 300,00;

2. La posizione dell'operatore

L'operatore osserva che le avverse deduzioni e richieste sono infondate. Nelle memorie difensive prodotte entro i termini specifica quanto di seguito: “Si eccepisce nel merito che le avverse deduzioni e richieste sono generiche, infondate per diversi motivi e, comunque, sono totalmente prive di riscontro documentale. In particolare, la parte istante sostiene di aver subito l'applicazione di condizioni contrattuali differenti rispetto a quelle sottoscritte con TIM e sulla scorta di tali presupposti, domanda di ottenere storni e indennizzi. Tuttavia, nella descrizione dei fatti, controparte si limita a rivolgere all'operatore contestazioni generiche, anche sotto il profilo temporale, senza neppure indicare la data entro la quale TIM avrebbe dovuto procedere all'attivazione del piano TIM SUPER e la durata della presunta applicazione di servizi non voluti; informazioni tutte indispensabili anche per consentire alla società una adeguata difesa. Ad ogni buon conto, TIM eccepisce l'infondatezza e la mancanza di prova delle allegazioni avversarie; l'istante, invero, non ha fornito prova alcuna degli addebiti contestati e, soprattutto, non ha allegato né provato la fonte negoziale del rapporto che si pretende inadempito da TIM. L'istante

non ha nemmeno indicato puntualmente l'ammontare delle differenze economiche contestate. L'istante, infine, non ha depositato le fatture per le quali oggi viene richiesto lo storno, né tantomeno la prova del pagamento delle somme per le quali viene chiesta la restituzione. Invero, in termini generali, in caso di domanda di storno/rimborso, sulla parte istante grava sempre l'onere di depositare tutte le fatture contestate, precisando le singole voci per le quali si richiede il rimborso o lo storno. In mancanza di tale allegazione a sostegno delle richieste formulate, l'istanza risulta generica e indeterminata "... stante l'impossibilità di accertare l'"an", il "quomodo" ed il "quantum" della fatturazione asseritamente indebita" (ex multis Delibera Agcom n. 73/17/CONS). Del resto, tale impostazione è seguita in maniera condivisa da molteplici precedenti pronunce, in virtù delle quali è stato appunto stabilito il mancato accoglimento della domanda "non avendo l'utente prodotto copia delle fatture dicui chiede lo storno" (v., ex multis Corecom Lazio, Delibera DL/193/15/CRL e Delibera DL 186/15/CRL, ai sensi della quale "la richiesta di storno delle fatture non può essere accolta per il mancato deposito delle stesse"; ed anche Agcom, del. n. 161/16/CIR per la quale "non possono essere disposti rimborsi di fatture qualora l'istante non depositi in atti copia delle fatture contestate e prova dell'avvenuto pagamento, risultando in tal caso la domanda generica"). Controparte, dunque, non ha adempiuto l'onere di allegazione e men che meno quello di produzione documentale gravante sulla stessa. Si confida pertanto, già sotto tale profilo, che tutte le domande avversarie vengano rigettate. Fermo restando quanto sopra rilevato, ad ogni buon conto, l'esponente società reputa opportuno fornire le seguenti considerazioni nel merito della vicenda controversa, alla luce anche delle verifiche effettuate all'interno dei propri sistemi. La controparte sostiene di aver aderito a una proposta di TIM, volta all'attivazione di un profilo differente rispetto a quello attivo sulla linea XXX1533 (TIM SUPER ADSL in luogo di TIM SMART). Tale circostanza in realtà non trova alcun riscontro nei sistemi di TIM. Non risulta, infatti, a sistema alcuna promo in tal senso attivabile sulla linea dell'istante, né al pari alcuna proposta di TIM finalizzata a mutare le condizioni contrattuali in essere con la controparte. A ciò si aggiunga che l'istante non ha in alcun modo dimostrato l'esistenza di un accordo differente o di una proposta ricevuta da TIM che prevedesse, appunto, l'attivazione di un profilo tariffario differente rispetto a quello denominato TIM SMART. Dalla ricostruzione dei fatti poco sopra operata e documentata è, invero, emerso come Tim abbia tenuto un comportamento diligente e corretto e come, pertanto, non abbia in nessun modo determinato l'insorgenza di fattispecie suscettibili di valutazione ai fini dell'indennizzo. Inoltre, sul punto, nei sistemi informativi di TIM -a fronte di tutte le doglianze lamentate da controparte- non sono nemmeno presenti reclami o contestazioni; né, del resto, l'istante ha dato prova del contrario nonostante l'espressa richiesta in tal senso formulata anche dall'Ufficio. In conclusione, nel caso di specie, alcun indennizzo potrà dunque essere liquidato in favore dell'istante, anche in virtù del combinato disposto degli artt. 13 e 14 co. 4 delibera 347/18/CONS secondo cui ogni eventuale indennizzo è precluso in assenza di reclamo ("Nelle fattispecie contemplate dagli articoli 6, 8, 9 e 11, il calcolo dell'indennizzo è effettuato tenuto conto della data di presentazione del reclamo da

parte dell'utente") e che quest'ultimo deve essere necessariamente caratterizzato, ai fini della liquidazione, 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"). A mente del regolamento applicabile, infatti, non è possibile riconoscere l'indennizzo nell'ipotesi in cui il reclamo non sia tempestivo rispetto alla problematica oggetto di contestazione e, a fortiori, quando tale reclamo non sia stato inoltrato o, comunque, non sia stato opportunamente documentato, come nel caso di specie. Al pari infondata risulta la domanda volta ad ottenere lo storno dell'insoluto.

3. Motivazione della decisione

Nel caso di specie l'istante la mancata attivazione dell'offerta Tim Super Adsl sulla propria linea XXX1533, nonostante il contratto sottoscritto in data 27/12/2019 con l'operatore convenuto Di converso l'operatore eccepisce la genericità dell'istanza, la mancata allegazione del contratto e dei reclami trasmessi. Fa presente che sui propri sistemi non risulta nessuna promo in tal senso attivabile sulla linea dell'istante, né al pari alcuna proposta di TIM finalizzata a mutare le condizioni contrattuali in essere con la controparte A ciò aggiunge che l'istante non ha in alcun modo dimostrato l'esistenza di un accordo differente o di una proposta ricevuta da TIM che prevedesse, appunto, l'attivazione di un profilo tariffario differente rispetto a quello denominato TIM SMART. Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate da parte istante possono essere parzialmente accolte per i motivi di seguito precisati. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, il richiamo corre a quel 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, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. II 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, la risoluzione o 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 ai sensi dell'art. 1218 C.C., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi. Secondo consolidato orientamento Agcom (ex multis, Delibere n. 100/11/CIR e 143/11/CIR), gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale. Ne consegue che qualora l'utente lamenti il ritardo nell'attivazione del

servizio rispetto alle tempistiche stabilite, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze o problematiche tecniche o difficoltà ad esso non imputabili. In questi casi, peraltro, il gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione e non è da ritenersi sufficiente un mero richiamo 'formale' ai motivi tecnici, dovendo l'utente essere messo in grado di comprendere quanto accaduto (cfr. Corecom Abruzzo, delibera 31/18). Si rammenta inoltre che il consolidato orientamento dell'Autorità è dell'avviso che in assenza di segnalazione da parte del cliente il gestore non può venire a conoscenza del supposto disservizio o di un qualunque altro inconveniente riscontrato dallo stesso. In altri termini, l'onere della prova della risoluzione della problematica lamentata ricade sul gestore, ma è inconfutabile che sul cliente incomba l'onere della segnalazione del problema (ex multis, 130/12/CIR; 22/16/CIR; 48/18/CIR; 111/18/DTC; 180/18/CIR; 133/18/ DTC). Si richiama inoltre l'art. 14, comma 4 del Regolamento indennizzi nel quale è previsto che: "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. Nel caso di specie l'istante asserisce di aver stipulato telefonicamente in data 27/12/2019 un contratto con l'operatore convenuto per l'attivazione dell'offerta Tim Super Adsl sulla propria linea XXX1533. Contrariamente a quanto sostenuto dall'operatore tale profilo tariffario, come rinvenuto sul sito ufficiale dello stesso, è sottoscrivibile per i clienti in copertura ADSL con "RAME FINO A CASA". Deve pertanto, trattandosi di un contratto stipulato a distanza, considerarsi presuntivamente assolto l'onere dell'istante di allegare la fonte negoziale del suo diritto. Tuttavia deve altresì rilevarsi che l'istante non ha dato prova di aver provveduto a segnalare la mancata attivazione. Lo stesso si è infatti limitato a dichiarare di aver effettuato numerosi reclami telefonici senza tuttavia fornire almeno le date ed i codici degli stessi. Tali informazioni non sono state fornite neanche a seguito di specifica richiesta di integrazione istruttoria. Alla luce delle suesposte osservazioni la richiesta relativa al riconoscimento dell'indennizzo per la mancata attivazione del profilo tariffario concordato in sede di stipula del contratto non può in nessun modo essere accolto atteso che la richiesta medesima non è suffragata da alcuna allegazione, agli atti, di copia dei reclami inoltrati all'operatore convenuto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 14, comma 4 del Regolamento indennizzi. Relativamente alla richiesta di storno delle somme fatturate, poiché l'operatore non ha dato la prova di aver provveduto all'attivazione del profilo Super Adsl né ha dimostrato di aver incontrato impedimenti tecnici ad esso non imputabili, l'istante ha diritto a vedersi riconosciuto lo storno dell'insoluto in essere. UDITA la relazione del Responsabile del Procedimento, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. 1. Il Corecom Abruzzo accoglie l'istanza presentata dalla Sig.ra XXX Di Clemente, nei confronti dell'operatore Telecom Italia s.p.a. nei termini sopra evidenziati; 2. La società Telecom è tenuta a regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell'istante, annullando e non più esigendo le fatture emesse riferite alla linea XXX1533, per le ragioni espresse in premessa.

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.

4. La predetta Società sono tenute, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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.

L'Aquila 20 Novembre 2020

F.to IL PRESIDENTE

Avv. Giuseppe La Rana

Copia informale, in versione informatica, di documento originale cartaceo, ai sensi degli artt. 22 e 40 del D.Lgs. n.82/2005. Accesso agli atti consentito in conformità al Capo V artt. 22-28 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s. m. e i.