

DELIBERA N. 115/2021

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

XXX / TIM X (KENA MOBILE)

(GU14/437399/2021)

Il Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del 21/12/2021;

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*”, di seguito denominato *Regolamento*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS, del 12 luglio 2018, recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 670/20/CONS;

VISTA la legge regionale 30 gennaio 2001, n. 1, recante “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (Co.Re. Com.)*”;

VISTO l'Accordo Quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle Regioni e delle Province autonome, di seguito denominato *Accordo Quadro 2018*, prorogato con delibera n. 683/20/CONS, recante *“Proroga dell'Accordo Quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni”*;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTA l'istanza di XXX del 28/06/2021 acquisita con protocollo n. 0284484 del 28/06/2021;

VISTA la relazione istruttoria della Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 21/12/2021;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

A seguito dell'udienza di conciliazione, tenutasi in data 29/03/2021, l'istante ha presentato istanza di definizione in data 28/06/2021 nei confronti della società TIM X (Kena Mobile), d'ora in poi TIM, lamentando quanto nel seguito descritto.

Durante il periodo di lockdown, non ricevendo le fatture ne omise il pagamento.

In assenza di preavviso TIM sospese la linea in data 18/08/2020.

Con GU5 del 16/09/2020 chiese la riattivazione della linea. Il Corecom Emilia-Romagna emise il provvedimento in data 29/09/2020.

Una nuova linea (051XXXX391) venne riattivata in data 02/11/2020.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

a) Storno delle fatture emesse durante la sospensione;

- b) Indennizzo per illegittima sospensione dal 18/08/2020 al 02/11/2020;
- c) Indennizzo per perdita della numerazione.

2. La posizione dell'operatore

Costituitosi con memoria del 14/09/2021, l'operatore ha chiesto il rigetto della domanda dell'istante in quanto infondata in fatto e in diritto, rilevando quanto segue.

La linea in oggetto è stata cessata per morosità in data 19/08/2020 in quanto l'istante non ha saldato più le fatture emesse da febbraio 2020 in poi, maturando un insoluto di € 762,91.

La cessazione è stata preceduta da appositi solleciti di pagamento e preavviso di risoluzione contrattuale, in adempimento a quanto previsto dalle Condizioni Generali di Abbonamento che si intendono conosciute ed accettate al momento dell'adesione al contratto telefonico.

Non risulta che l'istante abbia mai inoltrato alcun reclamo né in merito alla mancata ricezione delle fatture né in merito alle azioni amministrative eseguite da Tim nonostante la prova di ricezione delle comunicazioni inviate dal Gestore.

In data 02/11/2020, dietro provvedimento del Corecom, Tim ha attivato una linea con nuova numerazione (051XXXX391) con offerta Nuova Tim Super.

Alla luce di quanto esposto chiede il rigetto degli indennizzi richiesti da controparte per cessazione illegittima della linea, perdita della numerazione e dello storno delle fatture emesse da Tim durante la sospensione, confermando la correttezza del proprio operato.

3. La replica dell'istante

L'istante ha replicato alla memoria dell'operatore in data 04/10/2021 precisando quanto segue.

Sebbene nella sua memoria difensiva l'operatore spieghi che la linea è stata cessata per morosità in data 19/08/2020, l'istante, in realtà, durante il periodo di "Lockdown" del 2020 non ha mai ricevuto le fatture da pagare, né il sollecito di pagamento o il preavviso di risoluzione del contratto.

Analizzando nel dettaglio l'allegato (al fascicolo) n. 2 di controparte contenente le due spedizioni effettuate da TIM in data 7/7/2020 tramite Poste Italiane, con numero di

tracking 68XXXXXXXX353, recanti il sollecito di pagamento e la risoluzione del contratto, si evince che le stesse sono state consegnate nella città di Pianoro.

L'istante risiede invece nella città di Loiano (come si evince nelle generalità del nuovo contratto telefonico attivato con TIM dietro provvedimento del Corecom).

Le due città distano l'una dall'altra venti chilometri e l'istante, a meno che non avesse il dono dell'ubiquità, non poteva risiedere in due posti contemporaneamente.

Inoltre, il cedolino di spedizione allegato dall'operatore è il medesimo tanto per l'allegato 2 che per l'allegato 3.

Agcom, con la delibera n. 44/11/CIR, sul punto afferma che le sospensioni effettuate da parte del fornitore per morosità dovuta alla mancata ricezione delle fatture, sono da ritenere illegittime in quanto lo stesso è tenuto a compiere tutti gli atti giuridici e materiali atti alla salvaguardia dell'interesse della controparte (conf. Agcom delibera n. 13/11/CIR).

Quanto alla sospensione amministrativa della linea è bene ricordare, preliminarmente, che non occorre alcuna segnalazione/reclamo perché l'operatore sia tenuto al riconoscimento dell'indennizzo previsto.

Infatti, trattandosi di sospensione del servizio, e non di guasto intervenuto successivamente all'adempimento del contratto, non è necessaria alcuna segnalazione di guasto per poter avere diritto all'indennizzo.

Difatti, l'art. 13, comma 1, della delibera indennizzi prevede esplicitamente che "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" (esclusi artt. 4, 5 e 7).

E' correttamente escluso da tale precetto l'art. 5 (quello che ci occupa) riguardante la sospensione della linea.

Del resto, basta riportare le parole usate dall'AGCOM nella Sintesi della consultazione avviata con delibera 227/15/CONS per la redazione della vigente delibera indennizzi (allegato B delibera n. 347/18/CONS) in cui si fa riferimento all'art. 13 della delibera indennizzi e alla logica applicata.

Afferma l'Autorità: "Invero, a differenza delle fattispecie attualmente richiamate al comma 1, nel caso di ritardo nella attivazione del servizio (art.4), di sospensione amministrativa dell'utenza (art.5) e di disservizi nelle procedure di passaggio tra operatori (art.7), per un verso il pregiudizio può ritenersi connaturale e coesistente rispetto al disservizio stesso (in quanto l'assenza di servizio o la mancata portabilità del numero sono oggettivamente limitanti, a prescindere dalla avvenuta segnalazione) e, per altro

verso, la conoscenza del disservizio non dipende dalla segnalazione dell'interessato, trattandosi di procedure regolamentate e tracciate o, nel caso dell'art. 5, di una azione volontariamente posta in essere dall'operatore (sospensione in via amministrativa della linea). Pertanto, la differenziazione tra le fattispecie appena citate e quelle elencate al comma 1 trova piena giustificazione nelle evidenti differenze tra esse".

Inoltre, prima di procedere al distacco della linea telefonica, l'operatore avrebbe dovuto svolgere "gli opportuni accertamenti di natura contabile, anche alla luce dell'orientamento espresso dalla Suprema Corte (Cass. civ., sentenza n. 23304/2007), secondo il quale "la società che eroga il servizio telefonico, prima di procedere al distacco della linea, deve svolgere gli opportuni accertamenti in ordine alle circostanze che hanno impedito il pagamento, non risultando sufficiente, di contro, la mera comunicazione all'utente del mancato pagamento della bolletta. Infatti, l'unica attività cui l'utente è tenuto è il pagamento della stessa". Detta società in sede istruttoria avrebbe dovuto documentare l'attività di gestione del cliente e dimostrare l'asserita, ma non provata morosità, nonché le attività propedeutiche all'adozione della misura sospensiva, ovvero i solleciti di pagamento e le note di preavviso di sospensione eventualmente inviate all'istante" (delibera Agcom 36/20/CIR).

L'operatore non dimostra né la morosità, né le attività propedeutiche all'adozione della misura sospensiva, ovvero l'invio e la ricezione da parte all'istante dei solleciti di pagamento con note di preavviso di sospensione.

Ciò premesso la sospensione risulta quindi illegittima.

Inoltre, sul punto, in base ai principi generali sull'onere della prova 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 da ultimo Cass. II 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.

Pertanto, la richiesta posta in essere con procedimento n. GU14/437399/2021 è meritevole di accoglimento e dunque si ribadisce quanto chiesto nell'istanza.

4. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate da parte istante vengono trattate congiuntamente ed accolte parzialmente come di seguito precisato.

La fattispecie in esame trae origine dal mancato recapito delle fatture.

Come evidenziato dal Corecom Calabria (determina n. 30/201), per orientamento Agcom la mancata o ritardata ricezione della fattura non esonera l'utente dall'obbligo di attivarsi per l'adempimento, richiedendone un nuovo invio oppure consultandola sul sito Internet nella Carta Servizi.

Difatti, "il rapporto di 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 volta al pagamento delle utilità godute. Invero l'istante è venuto meno ai propri obblighi contrattuali atteso che, nonostante la regolare fruizione del servizio, non ha dato prova di essersi attivato per il pagamento dei corrispettivi dovuti per la prestazione ricevuta".

Difatti, nel caso di specie non risultano agli atti segnalazioni o reclami in merito alla mancata ricezione della fattura.

Conformemente a quanto previsto dalla predetta determina e dalla delibera Agcom 86/12/CIR, l'argomentazione mossa dall'istante secondo cui il disservizio è ascrivibile al mancato invio delle fatture da parte del gestore medesimo non può trovare accoglimento in considerazione del fatto che l'istante ha contestato la mancata ricezione dei conti solo dopo l'intervenuta sospensione, laddove avrebbe dovuto comunque attivarsi nel richiedere informazioni all'operatore a fronte della regolare e continua fruizione del servizio.

A tal fine occorre rilevare che le Condizioni Generali di Contratto allegate e richiamate dall'operatore gli consentono, all'art. 22, la possibilità di sospendere il servizio al cliente che non provveda al pagamento della fattura entro la data di scadenza previa comunicazione che può avvenire anche telefonicamente.

Vero è che TIM, pur avendo dichiarato l'invio di solleciti di pagamento e di preavviso di risoluzione del contratto, alla prova dei fatti non ha dimostrato né l'una né l'altra cosa.

Per entrambe le missive, indirizzate all'istante all'indirizzo di via XY n. 41, Loiano (Bologna), e datate rispettivamente 27/03/2020 (sollecito di pagamento fattura febbraio 2020) e 23/06/2020 (preavviso di risoluzione), l'operatore allega sempre lo stesso esito

di consegna della spedizione n. 685XXXXXX353 che, dal confronto dei codici a barre apposti su ciascuna di esse, si ritiene riconducibile alla lettera di preavviso.

Purtuttavia, l'avvenuto recapito in Pianoro (Bologna), anziché all'indirizzo di Loiano (Bologna) indicato sia nelle citate missive che nella fattura prodotta dall'istante, non consente di ritenere dimostrato che la comunicazione sia pervenuta nella sfera di conoscibilità del destinatario.

In considerazione dell'assenza di reclami ed in ragione del comma 4 dell'art. 14 dell'allegato A alla delibera n. 347/18/CONS, rubricato "Esclusione degli indennizzi", a tenore del quale "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", le richieste di indennizzo di cui ai punti b) e c) vengono respinte.

La richiesta di storno di cui al punto a) viene invece accolta.

L'operatore, pertanto, procederà allo storno dell'insoluto relativamente al periodo interessato dalla sospensione, che va dal 18/08/2020 al 02/11/2020.

Per questi motivi il Corecom all'unanimità

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti della società TIM X (KENA MOBILE) per le motivazioni di cui in premessa.

2. La società TIM X (KENA MOBILE) è tenuta allo storno dell'insoluto relativamente al periodo dal 18/08/2020 al 02/11/2020.

3. La società TIM X (KENA MOBILE) è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento della 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 sul sito *web* dell'Autorità.

Bologna, 21/12/2021

Firmato digitalmente

IL PRESIDENTE

Stefano Cuppi