

DELIBERA 157/2023/CRL/UD del 27/03/2023
M. IXXX / TIM SPA (KENA MOBILE), ULTRACOMM INCORPORATED
(ULTRACALL)
(GU14/198624/2019)

Il Corecom Lazio

NELLA riunione del 27/03/2023;

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”*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/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 Assemblee 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. IXXX del 04/11/2019 acquisita con protocollo n. 0471727 del 04/11/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'utente ha presentato istanza di definizione deducendo che a gennaio 2017, in seguito ad una telefonata di un operatore della Tim spa, ha attivato una promozione. Ha aggiunto che a febbraio 2017 ha ricevuto fatture da Ultracomm, che ha contestato e deciso di non pagare, chiedendo poi il recesso. Ha esposto di aver contattato la Tim per rientrare con la vecchia numerazione, ma avendo appreso che i tempi di attivazione sarebbero stati di 60 giorni, ritenuti troppi per un'utenza commerciale, ad aprile 2017 ha deciso di attivare una nuova linea con un promoter Tim della sua zona che ha prospettato un'attivazione più rapida. Ha lamentato di aver ricevuto fatturazione da parte di Tim per entrambi i numeri. Pertanto, ha inviato recesso per la vecchia numerazione tramite fax e racc. A/R. in data 19.8.17 ma, nonostante ciò, Tim ha continuato a fatturare e l'utente oltre a contestare telefonicamente, si è limitata a corrispondere quanto dovuto solo per la linea nuova che stava utilizzando. L'istante ha lamentato la sospensione della linea senza alcun preavviso dal 19.8.17 al 5.9.17, dal 27.7.18 al 30.7.18 e dall'8.2.19 al 26.6.19, precisando che trattasi di utenza affari. Sulla scorta di tali assunti, ha chiesto: 1) l'indennizzo per mancata risposta ai reclami; 2) l'indennizzo per attivazione di servizio non richiesto; 3) l'indennizzo per sospensione dei servizi; 4) lo storno dell'insoluto e il rimborso delle somme pagate e non dovute; 5) gli indennizzi e costi vari come da Delibera Agcom; 6) il pagamento delle spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore

Tim spa ha presentato memoria difensiva, esponendo che per stessa ammissione dell'istante, la IXXX, a gennaio 2017, ha chiesto contestualmente il rientro di una linea (n. 07654xxx e l'attivazione di un nuovo impianto 076541xxxx), e pertanto il gestore ha portato avanti entrambe le richieste, con le relative autonome fatturazioni. E' poi intervenuta disdetta della linea n. 076541xxx a fine agosto 2017, ossia dopo 8 mesi dalla richiesta di rientro, in seguito alla quale l'operatore, nei tempi previsti dalle condizioni generali di accesso al servizio telefonico di base, ha provveduto alla cessazione della linea e della relativa fatturazione, rivendicando quindi la corretta fatturazione sino a settembre 2017 relativamente a tale linea, con conseguente obbligo dell'istante di pagare gli importi contenuti nelle fatture per il servizio reso. Ha aggiunto

che poiché la IXXX ha maturato un insoluto di euro 411,00, in applicazione dell'art. 8 delle condizioni contrattuali in essere tra le parti, ha operato il riaddebito degli insoluti sul conto dell'altra linea n. 0765xxx ed atteso che l'utente non ha provveduto neanche al pagamento parziale delle somme non contestate ai sensi dell'art. 17 delle condizioni generali di contratto, dopo aver inviato sollecito, ha sospeso la linea. Ha quindi concluso per il rigetto integrale dell'istanza ed in particolare: - per la correttezza degli addebiti, contestando la richiesta di storno o rimborso e precisando che l'insoluto ammonta ad euro 1.085,55; - ha contestato la richiesta di indennizzo per sospensione amministrativa, ritenendo che invece la sospensione intervenuta sia da ritenersi legittima, stante l'inadempimento dell'istante; - ha contestato la domanda di indennizzo per asserita attivazione di servizi non richiesti, avendo la Tim attivato solo i servizi domandati dal cliente. La posizione dell'operatore Ultracom non ha depositato memorie difensive nel termine previsto dall'art. 16 comma 2 del Regolamento.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. L'istanza presentata da M. IXXX è da accogliere nei limiti che seguono. In ordine all'attivazione di servizio non richiesto da parte di Ultracom, si rileva che il predetto operatore non ha presentato alcuna memoria. La fattispecie rientra nell'ambito disciplinare dei cd. "contratti a distanza" che trovano una precisa trattazione all'interno del Codice del Consumo, il quale all'art. 51, comma 6, prevede che "quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto" e solo dopo quindi, che gli vengono fornite le informazioni previste dall'art. 49 del medesimo codice, tra cui anche l'identità del professionista che deve coincidere con l'operatore che fornisce l'offerta. L'onere della prova relativa all'adempimento degli obblighi di informazione grava sul professionista-operatore. Tale tutela viene ripresa e ribadita anche dalle Delibere 519/15/Cons e 520/15/Cons: in particolare l'allegato A alla delibera 520/15/Cons, prevede che "1. L'operatore che intende concludere per telefono un contratto per la fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche fornisce al consumatore, nel corso della comunicazione telefonica, le seguenti informazioni, in modo chiaro e comprensibile: a) l'identità dell'operatore e lo scopo commerciale della telefonata, b) le generalità o quantomeno, il codice identificativo dell'incaricato chiamante, c) le altre informazioni elencate all'art. 51, commi 4 e 5, del Codice del Consumo. 2. Se il consumatore accetta di concludere il contratto, l'operatore invia la conferma dell'offerta, contenente tutte le informazioni di cui all'art. 70 del Codice delle comunicazioni e all'art. 49 del Codice del consumo, presso l'indirizzo comunicato dal cliente. 3. Previo consenso esplicito del consumatore, la conferma può essere inviata dall'operatore anche su supporto durevole, ad es. come allegato a una mail o sms, o tramite invio o comunicazione di un link di accesso ad un account privato nella titolarità del cliente finale, sul sito web del venditore contenente le informazioni indirizzate al cliente, a condizione che le medesime informazioni non

possano essere rimosse o modificate unilateralmente dal venditore. 4. Il contratto si considera vincolante per il consumatore dal momento in cui questo comunica all'operatore l'accettazione dell'offerta, dopo avere preso visione della conferma dell'offerta, di cui ai punti 2 e 3. Detta comunicazione può essere resa anche su supporto durevole, es. via mail ovvero mediante accettazione telematica". Da ciò consegue che nel caso in cui l'operatore non fornisca le informazioni previste e/o il consumatore non accetti la medesima per iscritto, il consumatore non possa dirsi vincolato dall'offerta precedentemente accettata per telefono. Si richiama a tal uopo anche il Regolamento " recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura dei servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza" approvato con Delibera Agcom n. 664/06/CONS, art. 2 comma 5 secondo cui " la volontà inequivoca del titolare dell'utenza telefonica di concludere il contratto deve risultare da un modulo ovvero altro documento contrattuale, anche elettronico, recante la data e l'ora dell'avvenuto accordo e la relativa sottoscrizione del titolare dell'utenza. Se è stata utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento degli obblighi informativi di cui ai commi 1,2,3,4 ed il consenso informato del titolare dell'utenza telefonica possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, previo consenso dell'interessato alla registrazione" Il successivo art. 6 del regolamento prevede che " prima o al più tardi al momento dell'esecuzione del contratto di fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica concluso a distanza, il titolare dell'utenza telefonica deve ricevere un apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni elencate al comma 1 dell'art. 53 Codice del consumo....." Lo spirito della disposizione normativa è finalizzato a rafforzare il diritto del consumatore ad avere una piena consapevolezza circa le proposte commerciali prospettate per telefono alle quali ha prima aderito e verificare se l'offerta sia o meno conveniente esercitando quindi il proprio diritto al ripensamento. Al riguardo Corecom Abruzzo Delibera n. 5/11 ha ritenuto "...Qualora la società somministrante il servizio non abbia provato di aver reso al cliente tutte le necessarie informazioni relative al servizio offerto, prima o al momento dell'esecuzione del contratto, mediante modello scritto riportante la data dell'avvenuto accordo, nessun credito può legittimamente vantare verso l'utente" (cfr. Corecom Calabria Delibera n. 20/11, Corecom Lazio Delibera 30/11). Nel caso di specie, l'utente ha dichiarato di essere stato contattato telefonicamente a gennaio 2017 da un operatore qualificatosi come operatore Tim, di avere concordato con lo stesso una proposta commerciale e di aver ricevuto a febbraio 2017, fatture da Ultracom, quindi da una società diversa rispetto a quanto prospettato per telefono; fatture che ha contestato e poi ha chiesto il recesso. Ultracom non ha dato prova di aver rispettato le condizioni previste dalle menzionate delibere e dal Codice del Consumo, riguardo le informazioni da fornire all'utente ed in particolare, quella relativa alla corretta identificazione dell'operatore. Pertanto, non essendo state fornite all'utente le informazioni corrette, l'istante non può essere vincolato dal contratto concluso telefonicamente. Inoltre, come noto, la mancanza di contestazione dell'operatore ai sensi dell'art. 115, comma 1 c.p.c., consente di fondare la decisione sui fatti "non specificamente contestati". E' infatti pacifico che qualora l'operatore ometta di svolgere attività deduttiva e difensiva, con conseguente implicita acquiescenza e accettazione

rispetto alle deduzioni, alle produzioni ed alle contestazioni formulate dal ricorrente in ordine alla fattispecie controversa, deve affermarsi la responsabilità contrattuale dell'operatore secondo le regole ordinarie di cui all'art. 1218 c.c. Da orientamento costante Agcom e Corecom, è onere probatorio dell'operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione del contratto. In particolare, quando l'utente attiva il procedimento avanti l'Autorità, contestando la valida conclusione di un contratto e l'attivazione conseguente di un servizio non richiesto, come nel caso di specie, scatta a carico del gestore uno specifico onere probatorio sull'esistenza del contratto, assolvibile esclusivamente con la prova dell'invio della documentazione contrattuale al domicilio dell'utente, non risultando più sufficiente l'ordinazione vocale che peraltro, in tale caso, manca (cfr. Delibera Corecom Emilia- Romagna n. 87/2019). Altresì, la direttiva di cui alla Delibera Agcom n. 179/03/CSP, stabilisce che in caso di contestazione, ove l'operatore non sia in grado di dimostrare nelle dovute forme la ricezione di una richiesta da parte dell'utente, quest'ultimo ha diritto allo storno delle fatture emesse. L'operatore Ultracom non ha adempiuto all'onere probatorio su di lui incombente, atteso che non ha partecipato all'udienza di conciliazione e non ha presentato alcuna memoria difensiva, né tantomeno, documenti da cui risulti la volontà dell'istante di concludere il contratto, oggetto di controversia. A riprova delle proprie doglianze, l'utente ha prodotto la fatturazione ricevuta dall'operatore Ultracom di euro 77,31 datata 31.5.17, e pertanto il gestore Ultracom è tenuto a corrispondere alla Impellicieri l'indennizzo per attivazione di un servizio non richiesto, in quanto l'attivazione effettuata dalla predetta società deve essere considerata illegittima. Ai sensi dell'art. 9 del Regolamento indennizzi, di cui alla Delibera 347/18/CONS "l'operatore responsabile è tenuto a corrispondere all'utente interessato un indennizzo pari a Euro 2,50 per ogni giorno di attivazione o disattivazione, fermo restando il diritto allo storno dei corrispettivi addebitati per il traffico generato con l'operatore responsabile ed il rimborso degli eventuali oneri aggiuntivi". In applicazione della suddetta disposizione, Ultracom è tenuta a corrispondere all'utente un indennizzo pari ad euro 5,00 per ogni giorno di attivazione per complessivi 68 giorni calcolati dalla data del reclamo 21.2.17 al 30.4.17 e così l'importo complessivo di euro 340.00. In ordine alle doglianze sollevate nei confronti di Tim spa, l'istante ha dedotto di non aver mai chiesto il rientro della linea 0765xxx, in quanto, dopo aver appreso che per tale attuazione era necessario attendere 60 giorni, ha optato per l'attivazione di una nuova linea sempre con Tim che prevedeva tempi più celeri. L'operatore, invece, ha dedotto, ma non ha dimostrato, che l'istante ad aprile 2017 ha chiesto sia il rientro con la vecchia numerazione, sia una nuova linea e che quindi la doppia fatturazione è da ritenersi legittima. Anche in questo caso valgono gli stessi principi in materia di onere della prova gravante sull'operatore ai sensi dell'art. 1218 c.c. circa la dimostrazione positiva della conclusione del contratto, nonché quanto stabilito dal Codice del Consumo e dal regolamento "recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura dei servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza" approvato con Delibera Agcom n. 664/06/CONS. Manca altresì la prova dell'invio della documentazione contrattuale al domicilio dell'utente, pertanto si ritiene che non avendo Tim assolto l'onere probatorio finalizzato a dimostrare il rientro della linea 0765xxx, deve ritenersi sussistente il diritto

dell'istante ad ottenere l'indennizzo per servizio non richiesto con dies a quo l'1.5.2017 e dies ad quem il 18.6.17, data del reclamo (48 giorni) e così la somma complessiva di euro 240,00. Non si ritiene di effettuare il calcolo sino alla data del recesso, poiché l'istante poteva attivarsi tempestivamente, verificandosi quindi un concorso del fatto colposo da parte del creditore. In caso contrario, peraltro, si verificherebbe un ingiustificato arricchimento dell'istante in danno di Tim spa. Da ciò consegue che l'istante ha anche diritto allo storno dell'importo di euro 411,00 relativo all'utenza 0765xxx, che è stato considerato dall'operatore come insoluto e poi addebitato sul conto dell'altra linea sempre attiva con Tim, n. 076541xxxx. Infatti vero è che l'art. 18 delle Condizioni generali di contratto prevede "l'indennità di ritardato pagamento" ed in particolare al punto 4 del citato articolo, che in ipotesi in cui l'utente sia intestatario di più contratti, Telecom si può rivalere delle somme insolute relative su qualsiasi altro contratto vigente fra le parti, tuttavia non avendo il gestore dimostrato la volontà del cliente di rientrare nella linea 076541xxxx, deve ritenersi sussistente il diritto dell'istante ad ottenere lo storno della somma di euro 411,00 che quindi non poteva essere addebitata sul conto dell'altra linea. Per quanto attiene alla sospensione del servizio, l'utente ha dedotto di aver continuato a pagare la quota dovuta per l'utenza attiva, e non invece gli importi relativi alla precedente utenza, ma non ha dato prova di tale pagamento. Tuttavia le richieste di pagamento in atti sono relative alla somma di euro 405,86, quindi ciò dimostrerebbe che i pagamenti parziali delle somme non contestate ci siano effettivamente stati. Inoltre ha contestato l'invio di preavviso da parte di Tim, rilevando che la comunicazione versata nel fascicolo dall'operatore non prova l'effettiva ricezione da parte dell'istante evidenziando di aver subito dei periodi di sospensione dal 19.8.17 al 5.9.17, dal 27.7.18 al 30.7.18 e dall'8.2.19 al 26.6.19 (data di riattivazione della linea a seguito di provvedimento GU5 n. 124504/19 del 27.5.19), chiedendo un indennizzo complessivo di euro 4.740,00. Dalla documentazione allegata da Tim risulta: un sollecito di pagamento del 2.7.18 di euro 405,86 con avvertimento che in difetto di pagamento si procederà con la sospensione del servizio telefonico, e una raccomandata A/R del 28.2.19 con oggetto "Risoluzione Contrattuale" e richiesta di pagamento della somma di euro 405,86 relativamente all'utenza n. 076541xxx. Pertanto, l'avviso risulta inviato. L'art. 5 comma 1 del regolamento di cui alla delibera Agcom n. 173/03/CONS non prevede con quale modalità l'utente debba essere preavvertito della sospensione del servizio in caso di morosità, in forza del principio generale di libertà della forma (cfr. Cass. Sent. 3245/2012). In ogni caso, sulla scorta di quanto precedentemente esposto, ossia non avendo il gestore dimostrato la volontà del cliente di rientrare nella linea 0765xxx, deve ritenersi non sussistente la morosità di euro 411,00 (poiché trattasi di somme non dovute) con la conseguenza che l'addebito sul conto dell'altra linea è stato illegittimo, così come illegittima è stata la conseguente sospensione del servizio che ne è derivata. Dall'esame della documentazione presente nel fascicolo risulta che gli unici reclami sono quelli del 21.2.17 e del 18.6.17, quindi per la sospensione dal 19.8.17 al 5.9.17 non essendoci contestazione/reclamo non può riconoscersi alcunchè a titolo di indennizzo e lo stesso dicasi per la sospensione dal 27.7.18 al 30.7.18. Per quanto attiene invece la sospensione dall'8.2.19 al 26.6.19, vi è in atti provvedimento temporaneo 124504 -1 Fascicolo n. GU5/124504/2019 del

27.5.19 da cui risulta che la IXXX ha chiesto l'adozione di provvedimento temporaneo con richiesta presentata il 17.5.19 per la riattivazione del servizio sulla linea 076541xxx ed è stato disposto che Tim provvedesse a riattivare la linea entro il 29.5.19. Pertanto, ai sensi dell'art. 5 Delibera 347/18/CONS, spetta all'istante il relativo indennizzo con decorrenza dal 17.5.19 (data della richiesta di adozione del provvedimento temporaneo), al 26.6.19, data in cui a dire dell'utente è stata riattivata, ossia 40 giorni. La Tim è pertanto tenuta a corrispondere un indennizzo, ai sensi dell'art. 5 comma 1, in combinato disposto con art. 13, comma 3 della delibera 347/18/CONS, di euro 600,00 calcolato moltiplicando euro 7,50, per ciascun servizio principale, per 40 giorni di sospensione amministrativa in misura pari al doppio, poiché trattasi di utenza affari. In ordine alla fatturazione insoluta, non avendo contezza di tutte le fatture, né dei pagamenti effettivamente effettuati, non è possibile entrare nel merito degli importi e quindi se e quanto da stornare. Infine, l'istante ha chiesto l'indennizzo per mancata risposta ai reclami. Come sopra evidenziato, gli unici reclami in atti sono quelli del 21.2.17 e del 18.6.17 e l'operatore non ha dimostrato di averli riscontrati. Pertanto, spetta all'istante un indennizzo unitario di euro 300,00, in quanto il calcolo pro die è superiore al tetto regolamentare. La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19 comma 6 del Regolamento secondo cui, nel determinare rimborsi ed indennizzi occorre tener conto " del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione" .Nel caso di specie si ritiene congruo liquidare l'importo di € 50,00 a titolo di rimborso di spese della procedura di conciliazione e di definizione a carico di Tim spa.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

Articolo 1

1. L'accoglimento parziale dell'istanza presentata dalla sig.ra M. IXXX. E pertanto la società Ultracom è tenuta a corrispondere all'istante la somma di € 340,00, oltre interessi dalla domanda al soddisfo, a titolo di indennizzo per attivazione di un servizio non richiesto; Tim spa è tenuta a corrispondere all'istante la somma di € 240,00, oltre interessi dalla domanda al soddisfo, a titolo di indennizzo di un servizio non richiesto e a stornare la somma di euro 411,00, nonché la somma di € 600,00 quale indennizzo per sospensione amministrativa illegittima, oltre interessi dalla domanda all'effettivo soddisfo, e la somma di € 300,00 a titolo di indennizzo per mancata risposta ai reclami, oltre interessi dalla domanda all'effettivo soddisfo. Le spese della procedura sono liquidate in € 50,00 a carico a carico di Tim spa.

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 Deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it), raggiungibile anche da link del sito di questo Corecom.

Roma, 27 – 03 - 2023

Il Dirigente

Dott. Roberto Rizzi

Il Presidente

Avv. Maria Cristina Cafini

F.to