

DELIBERA DL/151/17/CRL/UD del 28 novembre 2017

SMILE CAFE' 2013 XXX /TELECOM ITALIA XXX

(LAZIO/D/940/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 28 novembre 2017;;

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";

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 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti", di seguito "Regolamento";

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";

VISTA l'istanza dell'utente Smile Caffè 2013 XXX presentata in data 03.11.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante, per il tramite dell'Associazione Movimento Difesa del Cittadino Roma Ovest, ha lamentato nei confronti di Telecom Italia XXX (di seguito per brevità "Telecom") il mancato subentro sull'utenza xxxxxxx221 intestata alla Sig.ra E.F., determinando così il mancato pagamento delle fatture, in quanto non giustificabili dal punto di vista fiscale. Ciò ha comportato l'inevitabile sospensione della linea per morosità e gravi problemi economici alla società. Tale utenza è stata poi disattivata, senza l'avvenuta voltura, con conseguente perdita della numerazione.

L'istante, nel 2013, aveva inoltre attivato un contratto ADSL denominato Tutto Senza Limiti ADSL, sull'utenza xxxxxxx603. Inspiegabilmente veniva attivata una nuova tipologia contrattuale,

mai richiesta, Linea Valore +, con un anticipo conversazione di 100 €, attivazione WIFI Impresa Semplice e Noleggio WIFI Impresa Semplice. Se ne contestavano, dunque, le fatture.

Nonostante i numerosi solleciti al call center per richiedere il vecchio contratto stipulato, l'utente si vedeva costretto a cambiare tipologia contrattuale, aderendo all'offerta Tutto Fibra al costo di 29 € per 6 mesi, poi 44,90/mese, con attivazione gratuita. Viste le successive fatture, anche queste errate per profili tariffari non richiesti, l'utente non pagava e Telecom sospendeva la linea per morosità, per poi cessarla successivamente.

In base a tali premesse, l'utente chiedeva:

- € 1.160,00 per la mancata risposta al reclamo del 15/04/2015;
- € 13.560,00, art. 12 All. A del Regolamento, per il mancato rispetto degli oneri informativi circa l'esistenza di impedimenti tecnici o amministrativi;
- € 27.120,00, art. 12.3 All. A del Regolamento, per violazione dei canoni di lealtà, diligenza e buona fede;
- € 14.460,00, art. 8.1 All. A del Regolamento, per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti;
- € 2.890,00, art. 8.2 All. A del Regolamento, per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti o comunque difforni da quanto contrattualmente pattuito;
- € 1.000,00, art. 9 All. A del Regolamento, per la perdita della numerazione;
- € 21.510,00, art. 3.1 All. A del Regolamento, per la ritardata/mancata attivazione del servizio;
- € 600,00 per le spese di procedura.

Per un totale di € 82.302,00.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore, nella propria memoria difensiva, ha dedotto quanto segue:

- Relativamente alla linea xxxxxxx221, per la quale, in data 08/11/2013, era stata effettuata richiesta di subentro da parte dell'utente, utenza intestata precedentemente alla Sig.ra E.F., l'operatore aveva ben informato l'utente sull'impossibilità di tale subentro, poiché la linea risultava attiva ad uso terzi e doveva essere svincolata dall'intestatario;
- Quanto all'utenza xxxxxxx603, risulta attivata in data 29/11/2013, con profilo Linea Valore+; successivamente è stato poi attivato il collegamento Tutto Senza Limiti 20 Mega, per poi diventare, in data 28/10/2014, Linea Fibra Tutto Compreso. In data 12/03/2015, la linea veniva cessata per morosità.
- Sulla mancata risposta al reclamo, l'operatore deduce di non aver mai ricevuto nulla da parte dell'utente, in quanto, le lettere allegate in istanza sono state inviate all'errato indirizzo del servizio clienti Residenziali, casella postale 211, anziché casella postale 218 Asti.

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.

Occorre tuttavia richiamare quanto disposto dal combinato ex artt.16.2bis e 19.6 in tema di violazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti.

Considerata la modalità con cui è stata redatta sia l'istanza che le successive memorie, mediante argomentazioni per lo più inconferenti rispetto al caso concreto, richiami a fattispecie indennizzatorie e giurisprudenza inapplicabili perché estranee alla *res controversa*, il che fa propendere per una redazione difensiva standard per tutte le controversie indipendentemente dal caso specifico, si anticipa sin d'ora che si procederà all'applicazione della misura richiamata in tema di valutazioni sulla liquidazione delle spese.

Considerato poi, il perseguito intento defatigatorio nei confronti dell'organo giudicante, si precisa che, per economia procedimentale e salvaguardia dell'efficienza dell'azione amministrativa, tutte le richieste di indennizzo avulse dalla fattispecie concreta, non saranno prese in considerazione per preservare coerenza e sinteticità della motivazione.

3.1 Sulla linea xxxxxxxx221.

L'utente deduce il mancato subentro richiesto sulla linea il 29.10.2013, perché intestata ad altro utente ed il successivo distacco (peraltro non dedotto nel periodo, mai reclamato e non oggetto di richiesta indennizzatoria), con perdita della relativa numerazione; la mancata corresponsione dei corrispettivi, ammessa dall'utente, sarebbe stata determinata dai problemi di contabilità fiscale in quanto il mancato subentro avrebbe escluso dalla contabilità dell'azienda i costi sostenuti per la linea.

L'operatore eccepisce, invece, che l'utente era stato informato per le vie brevi sull'impossibilità della prestazione, finché non si fosse slegato dal servizio dati insistente sulla linea, un terzo soggetto rispetto al cedente, che ne era titolare.

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. Il 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.

Orbene, dalle ricerche svolte sul Registro delle Imprese risulta che la Società si sia costituita nell'attuale ragione sociale in virtù dell'acquisto, per compravendita, dalla precedente titolare E. F., il 31.7.2013.

Dal modulo per il subentro sull'utenza che Telecom ha inviato all'utente e che questi ha depositato in atti, senza tuttavia fornire prova dell'inoltro effettivo della richiesta al gestore, ma con sostanziale ammissione di ricezione da parte di quest'ultimo, risulta una compilazione errata che lo rende praticamente nullo.

Emerge infatti, *ictu oculi*, che il cessionario del subentro risulta indiscutibilmente la società Smile Cafè – soggetto denominato “Richiedente”- per il tramite del suo rappresentante legale, Sig. V. e che il recapito per le fatture era conseguentemente richiesto al medesimo indirizzo “Smile Cafè 2013 (...)” via Tripoli (...); tuttavia, la Sezione “Benestare al subentro” (Compilazione a cura del cedente) cioè della sig. E. F. onerata del nulla osta al subentro, risulta firmato sempre dal sig. V. e quindi non risulta acquisito il consenso al subentro da parte della titolare dell'utenza; la richiesta era pertanto, di per sé, improcedibile.

Pertanto nessun inadempimento può essere imputato a Telecom per il mancato subentro.

Oltretutto non risultano contestazioni in relazione alle fatture intestate presumibilmente alla precedente titolare in costanza di rapporto, ma solo quella inoltrata dall'Associazione di Consumatori il 17.4.2015, cui l'utente si è rivolto dopo un anno e mezzo dall'inadempimento presunto e dai mancati ripetuti pagamenti, senza che il gestore fosse messo, medio tempore, al corrente del problema; tale reclamo non è dunque qualificabile come tale, oltre perchè sprovvisto di prova dell'inoltro, poiché costituisce evidentemente il mero presupposto procedimentale posto in essere dal soggetto incaricato, a posteriori, dell'instaurazione del contenzioso.

Ma vi è di più. L'istante non ha depositato le fatture che deduce errate nell'intestazione e pertanto oggetto di richiesta di storno e già questo osta alla presa in esame della richiesta. Rileva poi il fatto che essendo l'utenza asservita all'esercizio e funzionante almeno fino alla genericamente dedotta sospensione e disattivazione, gli importi sono comunque dovuti dal titolare dell'utenza (riducendosi la questione a mera lite tra privati sulla spettanza dei pagamenti) e la richiesta al gestore di annullamento di somme dovute a fronte dell'utilizzo effettivo del servizio, non trova alcun fondamento giuridico.

Anche la richiesta di annullamento delle fatture relative all'utenza xxxxxxx221, non può dunque trovare accoglimento.

Quanto alla riferita perdita del numero, sono le deduzioni stesse dell'utente ad escluderne l'applicabilità alla fattispecie, posto che a suo dire l'utenza è rimasta in capo alla precedente titolare e perciò, solo quest'ultima sarebbe, legittimata attiva alle azioni conseguenti alla presunta perdita del numero.

3.2 Sulla linea xxxxxxx603

L'utente lamenta l'attivazione di un profilo tariffario non richiesto (Linea Valore+), con conseguente indebita fatturazione. Sostiene inoltre che, vista l'impossibilità di tornare al vecchio profilo, si è trovato costretto a cambiare ulteriormente, aderendo all'offerta TuttoFibra, del quale contestava i costi non pagando per intero le fatture, con il conseguente distacco per morosità.

In base ai già richiamati principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, l'utente aveva l'onere di depositare il contratto che comprovasse la stipula di un diverso, precedente profilo tariffario rispetto a quello contestato, specie a fronte dell'eccezione di controparte circa l'attivazione originaria, il 29.11.2013, dell'utenza con profilo Linea Valore+ ; oltretutto il presunto profilo tariffario precedentemente attivo,(Tutto senza Limiti ADSL) compare in fattura, coerentemente, quale profilo tariffario per il servizio dati, mentre Valore + attiene al servizio voce.

Inoltre non risulta alcuna contestazione su tali fatture, se non con altro reclamo inoltrato dall'Associazione Consumatori, sempre il 17.4.2015, quindi come per l'altra utenza, a più di un anno di distanza dall'inizio del ciclo di fatturazione, reclamo per il quale valgono le considerazioni già svolte al par. sub 3.1

Per quanto concerne l'attivazione del piano tariffario Tutto Fibra, pacifico tra le parti, e sull'errata fatturazione conseguente, anche in tale caso non si rilevano contestazioni prima del 17.4.2015, per il quale valgono analoghe considerazioni, inclusa la mancata prova dell'inoltro.

Oltretutto, anche a voler entrare nel merito della tariffa applicata, merito in cui è lo stesso utente a non entrare, si deve rilevare la corretta applicazione del canone bimestrale del servizio, in piena conformità con l'offerta promozionale depositata dall'utente che si riferisce al costo mensile. Anche l'ultima fattura depositata, il conto 3/2015, emessa a chiusura contabile dell'utenza, distaccata per morosità, risulta corretta in quanto applica la penale per cessazione anticipata della promozione ed i costi di disattivazione per la dismissione della linea; anche in questo caso è l'utente, sul quale incombe l'onere sul contratto, a dover provare l'inesistenza o diversa consistenza dei costi applicati rispetto al contratto.

3.1. Sulla mancata risposta al reclamo

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami del 17 aprile 2015, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

La domanda non può essere accolta per le motivazioni già ampiamente svolte sul punto, nei paragrafi precedenti

Sulle spese di procedura

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, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, considerata la totale soccombenza, le modalità di redazione dell'istanza e delle memorie, nonché il rifiuto in primo grado dell'offerta conciliativa di storno dell'insoluto e di Euro 800,00 di indennizzo, atteso che il procedimento di II grado non doveva affatto essere

intentato visto il carattere temerario della lite, si ritiene equa la compensazione totale delle spese tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza di Smile Cafè 2013 XXX nei confronti della società Telecom Italia XXX, compensando le spese di procedura.
2. Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.
3. Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.
4. La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 28/11/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto