

DELIBERA N. 148/2023/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

XXX/TIM SPA (KENA MOBILE)

(GU14/571970/2022)

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 30 novembre 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 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*”, di seguito denominato *Regolamento*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 358/22/CONS;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 “*Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni*”, in particolare l’art. 30, e il “*Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni*” (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: “*Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione*”;

VISTO il vigente Accordo Quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1° gennaio 2023;

VISTA la “*Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le comunicazioni tra L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato*”;

Regionale per le Comunicazioni Toscana” sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del Settore “Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione”, con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l’istanza della società XXX, del 13/12/2022 acquisita con protocollo n. 0352696 del 13/12/2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

La parte istante titolare di un contratto *business* sull’utenza n. 05535xxxx con la società Tim Spa (Kena Mobile) di seguito per brevità Tim lamenta l’interruzione dell’utenza *de qua*, la fatturazione successiva alla disdetta (indicare l’oggetto della controversia).

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione acquisita al fascicolo, ha dichiarato che “*a seguito di adesione a proposta contrattuale per migliorare il servizio telefonico già attivo con Tim sul fisso 05535xxxx da ADSL a Fibra, a partire dal 01.09.2021 la linea veniva definitivamente interrotta. A nulla sono valsi i tentativi di riattivare il servizio ADSL*”.

In data 22 dicembre 2021 inviava all’operatore una pec con cui rappresentava la volontà di “*recedere unilateralmente il contratto*” in quanto “*dal 1 settembre 2021 - data in cui è intervenuto in vostro tecnico per modificare la linea internet da adsl infibra - non ha più funzionato nessun servizio internet. Nonostante i ripetuti solleciti telefonici al centro guasti nessun tecnico o operatore si è degnato in questi mesi di contattare la nostra società per risolvere l’inconveniente*”.

Nonostante ciò, [Tim] ha illegittimamente continuato a fatturare un servizio mai utilizzato perché mai riattivato”.

In data 7 dicembre 2022, tramite l’Associazione di riferimento, reiterava detta richiesta con comunicazione a mezzo pec all’operatore.

In data 14 settembre 2022 la parte istante esperiva nei confronti dell’operatore Tim tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

In base a tali premesse l’istante ha quantificato le proprie richieste in euro 2000,00 come di seguito specificate:

- i) “*immediata cessazione della linea fissa 05535xxxx con perdita del numero*”;
- ii) “*storno integrale dell’insoluto maturato e maturando fino a completa chiusura del ciclo di fatturazione con ritiro in esenzione spese della pratica di recupero crediti*”;
- iii) “*indennizzo per mancata attivazione del servizio Fibra*”;

- iv) *“indennizzo per interruzione della linea fonia e dati dal 01.09.2021; Rimborso di quanto indebitamente pagato per il mese di settembre 2021”;*
- v) *“indennizzo per mancata riattivazione del servizio fonia e ADSL”;*
- vi) *“indennizzo per mancata risposta al reclamo del 22.12.2021”.*

2. La posizione dell’operatore.

La società Tim ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale, nel rilevare l’infondatezza di quanto *ex adverso* dedotto, in via preliminare ha eccepito:

- l’inammissibilità dell’istanza in quanto non è stata dimostrata *“né tramite apposita visura né, tantomeno con il deposito di procura speciale”* la qualifica del legale rappresentante;
- l’inammissibilità della richiesta pecuniaria formulata dall’istante, attesa la natura esclusivamente risarcitoria della medesima.

Nel merito, l’operatore ha eccepito la genericità, l’infondatezza delle richieste dell’istante e la mancanza di riscontri documentali.

Tim a fronte di quanto dichiarato dall’istante circa la mancata conversione in fibra dell’utenza *de qua* e della cessazione della linea ha dedotto che l’utente nella descrizione dei fatti *“si limita a rivolgere all’operatore contestazioni generiche, anche sotto il profilo temporale, senza neppure indicare la data in cui avrebbe aderito al nuovo piano tariffario da attivare sull’impianto, all’esito della conversione”*, senza fornire *“prova alcuna degli addebiti contestati e, soprattutto, non ha allegato né provato la fonte negoziale del rapporto che si pretende inadempito”*.

Al riguardo, l’operatore ha eccepito che *“non vi è prova in atti dell’esistenza di alcuna proposta volta alla conversione dell’impianto n. 05535xxxx in FIBRA, accettata da TIM”*, condizione prevista sia a livello civilistico che dalle Condizioni generali di contratto *“offerta fibra”*.

Tim ha rappresentato che l’attivazione del servizio in modalità FIBRA è *“sempre subordinata alla verifica di fattibilità tecnica, legata alla specifica rete”*, in quanto il servizio è fornito con tecnologie che non sempre risultano presenti o comunque non coprono l’intero territorio nazionale. *“Per tale ragione, la linea FIBRA non è mai automaticamente attivabile dall’operatore, tanto che TIM prevede nelle già richiamate Condizioni generali di contratto che, anche in caso di conclusione di un contratto “l’attivazione del Servizio sia subordinata alle verifiche di fattibilità tecnica, il cui esito negativo comporterà la risoluzione del Contratto”*.

L’operatore sul punto ha concluso precisando che, *“anche qualora l’istante avesse inoltrato una proposta a TIM per ottenere la conversione in FIBRA (della quale comunque non vi è prova), ciò non avrebbe comunque obbligato TIM ad accettare né tantomeno a procedere alla relativa attivazione”*.

“Evidente come nessuna censura possa, dunque, essere mossa nei confronti di TIM che, in alcun modo, risultava obbligata all’attivazione del servizio, in assenza della copertura tecnica e, comunque, in assenza di alcuna obbligazione contrattuale sul punto”.

“La fattispecie contestata non rientrerebbe comunque tra quelle indennizzabili, non costituendo ipotesi tipica disciplinata dalla Delibera 347/18/CONS. Infatti, il passaggio da ADSL a FIBRA o, comunque, da una tecnologia ad un’altra (...) non comporta mai assenza di linea o

disservizi tali da creare problematiche all'utente, risultando- appunto- limitata ad un semplice cambio di tecnologia. Da ciò consegue la non indennizzabilità della fattispecie".

Infine, l'operatore ha rilevato che *"la linea 05535xxxx, intestata all'istante, è sempre risultata perfettamente attiva e funzionante, fino alla chiusura del ciclo di fatturazione"* e che non risultano *"a sistema validi reclami, per le fattispecie sottoposte all'attenzione del Corecom inviati a TIM in data antecedente alla missiva di recesso inoltrata il 22.12.2021"*.

Sulla richiesta di *"rimborso e storno e di ogni altra domanda formulata ex adverso"*, Tim ha eccepito l'infondatezza in quanto indeterminata perché relativa allo *"storno di conti e importi non meglio precisati"*.

Inoltre, Tim ha rilevato che non sono presenti a sistema disservizi indennizzabili o, comunque, opportunamente segnalati, tali da confermare la fondatezza delle doglianze avversarie e comunque anche laddove vi fosse stato un eventuale malfunzionamento, *"l'art. 6 delibera 347/18/CONS non prevede, comunque, alcuno storno o rimborso e l'eventuale indennizzo ivi previsto, comprende anche il ristoro degli addebiti effettuati dall'operatore in costanza di contratto"*.

L'operatore ha concluso in via preliminare, *"per l'inammissibilità dell'istanza di definizione avversaria per intervenuta violazione dell'art. 9, co. 4 del Regolamento di cui alla Delibera 353/19/CONS"* e per *"l'inammissibilità della richiesta pecuniaria formulata dall'istante, perché in violazione dell'art. 20 co. 4 e 5 della Delibera AGCOM 359/19/CONS"* e nel merito per il rigetto dell'istanza.

3. La replica dell'istante.

La parte istante, ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento, una replica con la quale ha ribadito la propria posizione, contestando la memoria dell'operatore.

Con riferimento all'eccezione svolta in via preliminare da Tim e relativa alla mancata allegazione di documentazione a supporto dell'identificazione dell'utente quale legale rappresentante della società istante, ne ha respinto l'eccezione *"non prevedendo la fase obbligatoria di conciliazione né quella attuale di definizione della controversia l'obbligo di depositare alcuna visura né procura speciale, si respinge tale eccezione preliminare che – semmai fosse risultata fondata – avrebbe dovuto essere formulata già nella prima fase di conciliazione e non nella presente procedura"*. In ogni caso ha ribadito che, l'istante *"così come identificato tramite il portale Conciliaweb è il legale rappresentante pro tempore dell'istante società"*.

In ordine all'eccezione sulle richieste pecuniarie formulate, ha rappresentato che le medesime *"sono conformi e pienamente in linea con la delibera indennizzi AGCOM e, pertanto, pienamente legittime"*.

"Sull'onere della prova in merito al funzionamento della linea fissa" ha dedotto che *"come da precedenti risoluzioni dell'AGCOM e dei Corecom regionali, la prova dell'eventuale corretto funzionamento della linea oggetto dell'istanza è a carico della compagnia telefonica che non ha mai provveduto a tale dimostrazione né risulta essere mai intervenuta tramite i propri tecnici"*.

Quindi, ha concluso riportandosi a quanto già richiesto, allegando ulteriori fatture.

4. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dall'istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

In primis,

è respinta l'eccezione formulata da Tim relativa all'inammissibilità dell'istanza per non avere l'utente dimostrato la qualifica di legale rappresentante della società, in quanto di mera forma.

Con riferimento all'ulteriore eccezione svolta da Tim di inammissibilità della richiesta pecuniaria, euro 2000,00, formulata dall'istante, si rappresenta che, esclusa ogni pronuncia risarcitoria, la quantificazione degli eventuali indennizzi sarà valutata in relazione agli inadempimenti dell'operatore che potranno essere accertati rispetto alla questione da esaminare conformemente alla normativa di settore.

Con riferimento alla domanda *sub i)* relativa alla richiesta di “*immediata cessazione della linea fissa 05535xxxx con perdita del numero*” si rileva che la medesima non è più attuale, in quanto a seguito di richiesta istruttoria, le parti hanno dichiarato che l'utenza n. 05535xxxx risulta cessata il 14.04.2023 e, pertanto, sul punto, risulta cessata la materia del contendere.

Nel merito.

Sullo storno dell'insoluto.

L'istante lamenta la prosecuzione della fatturazione successivamente alla richiesta di recesso effettuata a mezzo pec in data 22 dicembre 2021.

La doglianza della parte istante è fondata nei termini di seguito esposti.

In primis va richiamato che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1335 Codice civile, il recesso si reputa conosciuto nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia.

Inoltre, ai fini di un idoneo inquadramento normativo della fattispecie in esame, occorre premettere che ai sensi dell'articolo 1, comma 3, del d.l. n. 7/2007, convertito nella legge n. 40/2007, “*i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni*”. Ne consegue che, in caso di esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente, l'operatore deve attivarsi per rendere effettivo il recesso nel rispetto delle tempistiche stabilite dalle condizioni contrattuali e dalla predetta normativa. Diversamente, in caso di mancata o ritardata lavorazione del recesso, l'utente ha diritto allo storno – ovvero al rimborso – delle fatture emesse nel periodo in cui il rapporto contrattuale avrebbe dovuto essere già sciolto, essendo tale fatturazione priva di causa.

Nel caso di specie deve evidenziarsi che, risultando agli atti del procedimento che l'operatore ha ricevuto la PEC di recesso in data 22 dicembre 2021, appare congruo individuare la data di efficacia del recesso nel giorno 21 gennaio 2022, ovvero a distanza di trenta giorni dal ricevimento della disdetta *de qua*, conformemente ai principi generali sopra richiamati in punto di efficacia del recesso.

Ne consegue che, in assenza di prova contraria, si configura come illegittimo il comportamento dell'operatore che prosegua ad emettere fatture qualora l'utente abbia comunicato la propria volontà di recedere dal contratto.

Per quanto sopra esposto, la parte istante, con riferimento alla domanda *sub ii)*, ha diritto alla regolarizzazione della propria posizione contabile amministrativa mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento) degli importi fatturati successivamente al 21 gennaio 2022 (data di efficacia del recesso) fino a chiusura del ciclo di fatturazione, oltre al ritiro, a cura e spese del gestore, della pratica di recupero del credito eventualmente aperta. Dovrà essere escluso dallo storno l'importo addebitato da Tim per la vendita rateale dell'apparto.

Sulla mancata erogazione del servizio e sulla mancata riattivazione del servizio fonia e ADSL

L'istante lamenta l'assenza del servizio di fonia e dati sull'utenza n. 05535xxxx dal 1° settembre 2021, laddove l'operatore ha eccepito che la linea *de qua*, "*è sempre risultata perfettamente attiva e funzionante, fino alla chiusura del ciclo di fatturazione*" e che non risultano "*a sistema validi reclami, per le fattispecie sottoposte all'attenzione del Corecom inviati a TIM in data antecedente alla missiva di recesso inoltrata il 22.12.2021*".

La doglianza non è fondata per i motivi di seguito esposti.

Al riguardo, preliminarmente, si rileva che, con riferimento ai lamentati malfunzionamenti, l'istante ha omesso di fornire un riscontro probatorio in ordine all'inoltro di reclami tracciabili all'operatore.

Nonostante l'istante affermi di aver contattato il Servizio Clienti dell'operatore per rivolgere i propri reclami, non c'è evidenza probatoria né risultano indici presuntivi delle effettuate segnalazioni del disservizio (quali, a mero titolo esemplificativo, la data e l'orario di contatto, il codice del *trouble ticket* eventualmente aperto, il codice dell'operatore con il quale è intervenuto il contatto) le quali avrebbero posto a conoscenza l'operatore dello stesso e, quindi, consentito di intervenire per la risoluzione della problematica.

D'altro canto la prima segnalazione nella quale la parte istante lamenta il mancato funzionamento del "*servizio internet*" è la missiva con cui l'istante manifesta la volontà di recedere dal contratto.

È evidente che, in assenza di segnalazione da parte del cliente, il gestore non può venire a conoscenza del supposto malfunzionamento o di un qualunque altro inconveniente riscontrato dal cliente. Il principio suddetto è normalmente applicato e affermato da dall'Autorità Garante nelle sue precedenti pronunzie (si veda, ad esempio, la Delibera Agcom n. 640/13/CONS). In effetti, in presenza di qualsivoglia disservizio, l'intervento del gestore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato da parte del cliente. 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.

Sul punto poi, occorre rilevare che l'art. 6 comma 3, del vigente Regolamento indennizzi, prescrive che il presupposto necessario a far nascere in capo all'utente il diritto all'indennizzo per un malfunzionamento è che il guasto venga segnalato all'operatore e, a tal proposito, precisa che il computo dell'indennizzo stesso decorre, appunto, dalla data di proposizione del reclamo.

Quindi, la richiesta dell'istante *sub iii)* non può essere accolta.

Analoghe considerazioni sono effettuate anche con riferimento alla domanda *sub v)* relativa alla richiesta di attivazione del servizio fonia e adsl, in quanto non vi è evidenza agli atti di reclami all'operatore relativi a detto disservizio anteriori alla richiesta di recesso *supra* indicata.

Inoltre, alcun provvedimento temporaneo provvedimento d'urgenza (GU5) è stato richiesto dall'utente per la riattivazione della tua linea interrotta o sospesa e, dunque la domanda *sub v)* è rigettata.

Sulla mancata attivazione del servizio Fibra

L'istante lamenta la mancata attivazione del servizio fibra sull'utenza n. 05535xxxx, laddove l'operatore eccepisce che *“non vi è prova in atti dell'esistenza di alcuna proposta volta alla conversione dell'impianto n. 05535xxxx in FIBRA, accettata da TIM”*.

La doglianza non è fondata per le ragioni che seguono.

Al riguardo occorre rilevare che sul punto l'istanza si presenta scarna e priva di documentazione che avrebbe potuto essere prodotta.

L'utente, infatti, avrebbe dovuto depositare i fatti e i documenti posti a fondamento della propria pretesa, (*c.fra* proposta contrattuale), spettando all'operatore, per il principio dell'inversione dell'onere della prova, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dimostrare l'adempimento o gli eventuali motivi ostativi alla conversione dell'impianto in fibra.

Sul punto, in base ai principi generali sull'onere della prova, si richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale (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, dovendo il debitore convenuto fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Ai sensi del richiamato criterio di riparto probatorio, l'utente è onerato di uno specifico obbligo di allegazione dei fatti a supporto della propria pretesa che come sopra evidenziato, sono carenti. Pertanto, l'istanza risulta generica ed indeterminata e non consente a questa Autorità la verifica di quanto contestato.

Ulteriormente, in merito, si richiama, l'orientamento costante dell'Autorità Garante per le Comunicazioni, in virtù del quale l'utente è tenuto ad adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con un minimo grado di precisione, quali siano i fatti e i motivi alla base delle richieste, allegando la relativa documentazione.

Altresì, sul punto, giova ricordare quanto ha stabilito l'Autorità Garante in materia di onere della prova, per cui *“la domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente”* (*ex multis* Delibere Agcom n. 70/12 e n. 91/15/CIR). Tale carenza di prove, non consente, dunque, una chiara ricostruzione dei fatti ed una eventuale imputazione di responsabilità a carico dell'operatore. La domanda *sub iii)* è dunque rigettata.

Sull'indennizzo per mancata risposta al reclamo.

L'istante lamenta la mancata risposta al reclamo del 22 dicembre 2021.

La doglianza non è fondata per i motivi che seguono.

Dall'esame della missiva del 22 dicembre 2021 emerge che, in tale documento, l'istante riepilogando quanto accaduto, manifesta la volontà di recedere unilateralmente il contratto. Ciò posto non può essere considerato reclamo detta comunicazione di recesso in quanto l'utente, manifestando la volontà di recedere dal contratto sostanzialmente rinuncia alla gestione del reclamo ai sensi della Carta dei servizi.

La domanda *sub vi)* è dunque rigettata.

TUTTO ciò premesso;

UDITA la relazione del Dirigente, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata da XXX nei confronti di Tim Spa (Kena Mobile) per le motivazioni di cui in premessa.
2. La società Tim Spa (Kena Mobile), entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, è tenuta a regolarizzare la posizione contabile amministrativa dell'istante mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza) degli importi fatturati successivamente al 21 gennaio 2022 (data di efficacia del recesso) fino a chiusura del ciclo di fatturazione, oltre al ritiro, a cura e spese del gestore, della pratica di recupero del credito eventualmente aperta. Dovrà essere escluso dallo storno l'importo addebitato da Tim Spa (Kena Mobile) per la vendita rateale dell'apparto.

Il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art 30, comma 12, del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259 Codice delle comunicazioni elettroniche, come modificato dal decreto legislativo n. 207 del 2021.

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.

Firenze, 30 novembre 2023

Il Presidente
Marco Meacci

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)