



**DETERMINA Fascicolo n. GU14/170138/2019**

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - TIM SpA (Kena mobile)**

**IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

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. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/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. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 06/09/2019 acquisita con protocollo n. 0376352 del 06/09/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

in data 6 settembre 2019 l’istante, in qualità di titolare dell’utenza oggetto di contestazione, ha attivato la procedura di definizione della controversia ai sensi dell’art. 14 Allegato A alla Delibera n. 353/19/CONS, cui è stato attribuito il numero di procedura GU14/170138/2019. Nell’istanza di definizione parte istante ha dichiarato: “a partire dal mese di aprile 2017 Tim modificava il periodo di fatturazione passando da una fatturazione mensile ad una illegittima fatturazione a 28 giorni. Tale fatturazione si protraeva fino ad aprile 2018”. Quanto sopra esposto parte istante ha effettuato le seguenti richieste: “1) restituzione degli importi relativi alla fattura in più pagata nel mese di marzo 2018 2) Indennizzi per parziale fruizione e per profili tariffari non richiesti ai sensi dell’art. ai sensi dall’art 9 comma 2 ’Allegato A’ della Delibera 347/18/CONS 3) Risarcimento del danno”.

In data 20 aprile 2021 l’operatore TIM S.p.A. ha prodotto memoria difensiva rilevando quanto segue: “Con riferimento alla controversia in oggetto, si eccepisce preliminarmente l’inammissibilità dell’istanza in quanto trattasi di rimborso per giorni erosi a seguito di fatturazione a 28 giorni per la numerazione XXX in quanto è relativa a SIM prepagata consumer , attivata il 05/04/2017 con l’offerta TIM TEN GO (cod. ODTDS), che prevedeva minuti illimitati e 10 gb al costo di 10,00 euro ogni 28 giorni. Per effetto dell’adeguamento dell’Offerta Commerciale alla legge 172/17, a decorrere dall’ 08/03/2018, i rinnovi sono stati fissati ogni 30 giorni. Tale tipologia di telefonia mobile è esclusa dalla previsione normativa della Delibera 269/18/CONS

che prevede i rimborsi soltanto per i contratti di telefonia fissa ed offerte convergenti per il periodo che va dal 23 giugno ad inizio aprile 2018. Per effetto della medesima delibera, le utenze mobili sono coinvolte nella procedura di rimborso soltanto in caso di domiciliazione su fattura fissa e, pertanto, la numerazione predetta, essendo configurata come linea prepagata, è esclusa dai rimborsi in parola. Si evidenzia che sono intervenute numerosissime Delibere di rigetto relativamente ad istanze proposte con fattispecie identica a quella in esame che hanno ormai consolidato il principio che per le sim prepagate / ricaricabili non sono previsti rimborsi per i giorni erosi a seguito di fatturazione a 28 giorni. A fini meramente esemplificativi e non esaustivi si citano alcuni Provvedimenti di Rigetto: Delibera n. 75/2020 del Corecom Umbria; Delibera del Corecom Calabria, n. 51/2020; Delibere del Corecom Puglia n. 42 e 43/2020; Delibera del Corecom Piemonte n° 38/2020. Alla luce di quanto appena detto, si chiede a codesto Corecom il rigetto delle richieste dedotte nell'istanza ... in quanto totalmente infondata". Memoria cui l'istante non ha replicato.

MOTIVAZIONE: Considerato, pertanto, che l'intera vicenda deve essere ricostruita sulla base di quanto dedotto e documentato in atti dalle parti, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante non possono essere accolte per i motivi che seguono. Va premesso che nella procedura di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere della prova fra le parti previste dal codice civile ed applicabili al rito ordinario. Ne consegue che, trattandosi nella maggior parte dei casi di fattispecie inerenti a rapporti contrattuali, la norma di riferimento sarà sempre quella di cui all'art. 1218 cod. civ.. In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il creditore della prestazione, tipicamente l'utente, dovrà limitarsi a dedurre l'esistenza del contratto tra le parti ed il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati. Premesso ciò, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. 1. Le richieste di 1) restituzione degli importi relativi alla fattura in più pagata nel mese di marzo 2018 2) Indennizzi per parziale fruizione e per profili tariffari non richiesti ai sensi dell'art. 9 comma 2 'Allegato A'' della Delibera 347/18/CONS possono essere trattate congiuntamente e non sono suscettibili di accoglimento. La ricostruzione fattuale operata dall'istante è generica e non supportata da idonea documentazione probatoria. Agli atti non risulta alcun documento (copia del contratto e/o fatture contestate) idoneo a supportare gli assunti di parte istante. Vi è di più! La L. 4 dicembre 2017, n. 172, pubblicata in GU il 5 dicembre 2017 stabilisce che "i contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica (...) prevedono la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione dei servizi (...) su base mensile o di multipli del mese" e che "gli operatori di telefonia di reti televisive e di comunicazioni elettroniche, (...), si adeguano alle disposizioni di cui al comma 1-bis entro il termine di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione" (art. 19 quinquiesdecies, comma 1, lett. a), coincidente con la data del 5 aprile 2018 (a conferma di tale ricostruzione, Agcom, delibera n. 56/20/CIR, la quale ha statuito: "Rispetto all'utenza mobile ... questa Autorità ha già avuto modo di chiarire che per la telefonia mobile l'obbligo di cadenza della fatturazione su base mensile è stato introdotto dalla legge n. 172 del 4 dicembre 2017 soltanto a decorrere dal 5 aprile 2018; di conseguenza, le richieste di rimborso degli addebiti precedenti a tale data non possono essere accolte" (sul punto, Corecom Umbria, delibera n. 75/2020; negli stessi termini, Corecom Calabria, delibera n. 51/2020). Dato che <l'onere della prova è a carico di chi afferma qualche cosa, non di chi lo nega (onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat)>, la contestazione di parte istante si risolve in una contestazione generica ed atteso che allegare una circostanza generica equivale a mancata allegazione, parte istante non ha adempiuto, nella fattispecie in esame, all'onere di allegazione (in senso tecnico) inteso come dovere di affermazione dei fatti rilevanti che sorreggono le ragioni giuridiche su cui si fondano le azioni poste a base della domanda. Vi è di più. Il fatto non ritualmente allegato non potrà essere oggetto di prova; qualora, poi, tale fatto inerisca all'onere dell'allegazione (ovvero costituisca una circostanza 'rilevante' in quanto condizione di applicabilità delle norme su cui si fonda l'azione o l'eccezione dedotta dalla parte), la causa non potrà che concludersi, sul punto, con il rigetto della relativa azione o eccezione per carenza del corrispondente onere di allegazione. E' del tutto evidente, infatti, che se la carenza in punto di onere della prova conduce inevitabilmente al rigetto della domanda o dell'eccezione ad essa relativa (art. 2697 c.c.) e se la carenza di allegazione preclude la possibilità di provare i medesimi fatti, la carenza di allegazione non potrà che sortire il medesimo risultato procedurale. Quanto sopra considerato, atteso altresì che dall'istanza stessa non risultano addebiti computati con cadenza quadrisettimanale nel periodo successivo al 5 aprile 2018, le richieste di parte istante non possono essere accolte. 2. La richiesta di risarcimento danno non può trovare accoglimento. La liquidazione del danno esula, infatti, dalle competenze dell'Autorità, e di conseguenza del Co.Re.Com, come precisato dall'articolo

20, comma 4 dell'Allegato A alla delibera n. 353/19/CONS, come modificata dalla delibera n. 390/21/CONS, che afferma: "L'Organo Collegiale, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, con il provvedimento che definisce la controversia ordina all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". In tal caso di rigetto il valore del decisum è da ritenersi pari a zero;

#### DETERMINA

CORECOM Campania, rigetta l'istanza dell'utente XXX, del 06/09/2019, per i motivi di cui in premessa.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura  
ALFREDO AURILIO