



AUTORITÀ PER LE
GARANZIE NELLE
COMUNICAZIONI

DELIBERA N. ... 117/22

[REDACTED] / TIM SPA (KENA MOBILE)
(GU14/486549/2021)

Il Corecom Campania

NELLA riunione del Il Corecom Campania del 10/11/2022;

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”* e ss.mm.;

VISTA l’istanza di [REDACTED] del 28/12/2021 acquisita con protocollo n. 0497602 del 28/12/2021;

Relatrice del Comitato Avv. Carolina Persico;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

1. L’istante, intestataria dell’utenza telefonica fissa n. [REDACTED] fornita da TIM S.p.A., all’esito della procedura di conciliazione, conclusasi con verbale di mancato accordo, ha presentato istanza di definizione con la quale chiede all’Operatore la eliminazione delle voci presenti in fattura per il servizio Tim Games solo Abbonamento e Rata addebito Gamepad presenti in fattura a far data da dicembre 2018, in quanto



servizio non richiesto e non usufruito. Lamenta che, a tutt'oggi, nonostante la richiesta di eliminazione dei costi (formulata con reclamo del 13/05/2021) questi sono ancora presenti in fattura. Per l'effetto chiede: 1) Il rimborso dei costi sino ad oggi indebitamente percepiti da TIM dall'attivazione del servizio; 2) il riconoscimento dell'indennizzo per mancata risposta al reclamo 3) il riconoscimento dell'indennizzo per l'attivazione di un servizio mai richiesto. Il tutto per la complessiva somma di €. 1.200,00.

2. La posizione dell'operatore



L'operatore, nell'ambito di questa procedura, ha prodotto memoria a suo favore nei termini di cui all'art. 16 comma 2 del regolamento Allegato A alla delibera 353/19/CONS. con la quale, in via preliminare, ha eccepito l'infondatezza delle domande avanzate dalla parte in quanto, a suo dire, da verifiche effettuate negli applicativi in uso Telecom Italia, è emerso che la linea in oggetto è stata attivata a nome dell'istante in data 18.9.2018 con l'offerta Tim Connect Fibra e il servizio Tim Games è stato attivato il 1.11.2018 con il contestuale invio del Decoder Gamepad per la fruizione del servizio. Oppone che a seguito di tale attivazione, come da normativa vigente, la società convenuta ha inviato all'utente le Welcome Letter del profilo tariffario attivato, contenute tutte le indicazioni sia contrattuali che economiche dell'offerta, nonché le indicazioni circa le modalità per recedere dal contratto nel caso l'attivazione del servizio non fosse conforme a quella richiesta. Oppone, pertanto, che non vi siano stati inadempimenti contrattuali, neanche sotto il profilo informativo in quanto all'istante sono state inviate le condizioni economiche e contrattuali dell'offerta così come disposto dall'articolo 3, dell'allegato A) alla delibera n. 519/15/CONS, secondo cui "gli operatori devono adottare tutte le misure necessarie affinché gli utenti dispongano, prima della conclusione del contratto, delle informazioni elencate nell'articolo 70 del codice delle comunicazioni elettroniche. Quindi anche le informazioni tecniche ed economiche inerenti la descrizione dell'offerta contrattuale comunicate all'utente dall'operatore nella fase precontrattuale, le quali devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata osservando, in particolare, i principi di buona fede e lealtà in materia di transazioni commerciali". Alla luce di quanto sopra, sostiene, pertanto, che le doglianze sollevate dall'istante non possono trovare accoglimento, atteso che tale ultimo, al ricevimento di tale documentazione avrebbe potuto esercitare il diritto di recesso, nei fatti mai esercitato. Oppone, altresì, che nella vicenda in trattazione non può neanche prospettarsi la fattispecie di attivazione di servizi non richiesti, stante anche la mancata proposizione di precedenti reclami scritti antecedenti a quello del 13/05/2021 concernenti addebiti in fattura (vedasi all'uopo l'art. 23 delle C.G.A. che stabilisce che: "i reclami riguardanti addebiti in fattura devono essere inviati all'indirizzo indicato in fattura entro i termini di scadenza della fattura stessa") e/o telefonici, atteso che l'istante non ne ha indicato gli eventuali codici identificativi che agli stessi vengono assegnati. Infine, obietta che, per giurisprudenza costante, sussiste la responsabilità dell'operatore qualora questi, a fronte di un disservizio lamentato dall'utente, non provi di aver gestito il disservizio nelle tempistiche previste dal contratto (art. 1218 c.c.), purché, tuttavia, l'onere probatorio che incombe sulla parte sia stato



debitamente assolto. Onere che, a detta dell'Operatore, nel caso in trattazione non sarebbe stato onorato. Nel merito, richiamando i contenuti dell'art. 14 della Delibera n. 347/18/Cons. (che esclude il riconoscimento di indennizzi 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 venire a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza) e ritenendo non ravvisabile nel caso in trattazione alcuna responsabilità contrattuale della Telecom Italia S.p.A., insiste per il rigetto della presente istanza in quanto infondata in fatto ed in diritto. Alla citata memoria replicava l'istante, contestandone integralmente i contenuti, in quanto fuorvianti e smentiti dalla stessa condotta dell'Operatore. Opponeva, in via preliminare, che le "Welcome Letter" versate nel fascicolo documentale non sono munite di prova di consegna e di accettazione da parte dell'istante. Inoltre, la fattispecie di attivazione per servizi non richiesti rappresenta una ipotesi in cui è l'operatore che deve dimostrare la proposta proveniente dall'utente dei servizi in parola e che nella vicenda in trattazione tale prova non è stata fornita. Evidenziava, inoltre, che dalla difesa del Gestore sembrerebbe emergere che se l'utente entro tre mesi non contesta il servizio allora sia obbligato a pagare sine die qualcosa di non richiesto, il che contraddice i più elementari principi di diritto. In tal senso chiarisce che si parla di fornitura non richiesta "...con riferimento a quelle prestazioni, caratterizzate dalla consegna di beni mobili diversi dal denaro o dall'esecuzione di servizi, che siano al contempo: giuridicamente non dovute; attuate nei confronti di un soggetto che non le abbia sollecitate (non avendo avanzato alcuna proposta contrattuale, o anche solo una semplice invitatio ad offerendum) e finalizzate a indurre il destinatario alla conclusione di un contratto". Lamenta, altresì, che nella prassi le predette forniture sono subdolamente accompagnate da dichiarazioni del mittente che, confidando sulla mancanza di adeguate conoscenze giuridiche da parte dei consumatori, oltre a richiedere il pagamento della merce o del servizio, inducono a credere che sui destinatari gravino oneri di vario contenuto, inerenti soprattutto alla custodia, alla conservazione e alla rispeditura dei beni recapitati, e che il mancato assolvimento di tali oneri, entro i tempi stabiliti dal professionista, comporterà la conclusione del contratto e, conseguentemente, la nascita dell'obbligo di pagare il corrispettivo di quanto ricevuto. Il tutto con l'effetto di ingenerare nel consumatore la convinzione che, una volta scaduto il termine per l'assolvimento degli oneri anzidetti, questi non possa più rifiutare il pagamento al professionista, inducendolo così a compiere proprio quell'atto che comunemente manifesta la volontà di accettare per fatti concludenti la proposta ricevuta. Aggiunge, inoltre, che in alcuni casi lo stesso risultato viene perseguito anche con il tentativo di «sorprendere» il consumatore presentandogli la spedizione della merce o l'esecuzione del servizio come l'esito di un suo precedente ordine, in realtà mai avvenuto, confidando dunque sulla disattenzione dei soggetti più sprovveduti per spingerli al pagamento delle somme pretese. Tali pratiche commerciali aggressive, a detta dell'istante, si traducono in un'indebita intrusione nella sfera giuridica di un soggetto al fine di condizionarne il processo decisionale, orientandolo verso scelte di mercato che altrimenti, ove avesse agito in piena libertà, non avrebbe verosimilmente preso. Eccepisce, pertanto, che un simile risultato non è consentito proprio dal principio generale, il quale non ammette che (al di là dei casi previsti dalla legge o concordati dall'autonomia privata) una parte possa imporre all'altra l'onere di rifiutare una proposta

contrattuale, subordinando al mancato rifiuto dell'oblato la conclusione del contratto: detto principio, infatti, verrebbe messo in scacco qualora si dovesse considerare «richiesta» la prestazione semplicemente «offerta» dal professionista e a fronte della quale il consumatore non abbia rispettato un onere imposto unilateralmente dalla controparte e dunque del tutto privo di valore giuridico. Acclarato quindi che non vi è in atti alcuna sollecitazione (formale o informale) dell'istante all'attivazione del servizio "Tim Games solo abbonamento" e "rata addebito Gamepad TIM GAMES", insisteva per il pieno accoglimento della domanda e, dunque 1) per la restituzione degli importi indebitamente percepiti da Tim dall'attivazione del servizio, quantificati in €. 329,00 fino a marzo 2022 compreso; per il riconoscimento dell'importo di €. 300,00 per la mancata risposta al reclamo del 16/05/2021 in quanto il servizio è ad oggi presente nelle fatture nonostante la richiesta di cessazione; in ultimo per la liquidazione a titolo di indennizzo della somma di € 6.150,00 per attivazione di servizio non richiesto dal 01/11/2018 al 31/03/2022 per complessivi gg. 1230 ovvero, in subordine, della minor somma di € 1.590,00 per attivazione di servizi non richiesti dal 13/05/2021 (giorno del reclamo nel quale si chiedeva la disattivazione dei servizi) al 31/03/2022 data delle presentazione delle repliche.

3. Motivazione della decisione

2. Sulla base di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte, così come da ultimo riproposte ed integrate nelle repliche, meritano parziale accoglimento, per le ragioni di seguito precisate. Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento e si configura debitamente documentata e provata. Ed infatti, l'istante si è fatto carico di allegare al fascicolo documentale copia del reclamo inoltrato a mezzo fax in data 13/05/21 a TIM S.p.A., copia delle fatture relative all'utenza emesse dal Gestore telefonico, l'ultima delle quali datata febbraio 2022, dalla quale si evince l'addebito dei costi per i servizi in contestazione, copia del contratto sottoscritto in data 13/09/2018, dal cui esame emerge in modo inconfutabile che il servizio "Tim Games solo abbonamento" non era previsto. 3. Dall'esame della predetta documentazione emerge che, quella resa dal gestore, fu una fornitura non richiesta caratterizzata dalla consegna di beni mobili e dall'attivazione di servizi mai sollecitati dall'utente e tesa evidentemente ad indurre il destinatario alla conclusione di un contratto e/o alla tacita accettazione del servizio offerto. 4. Sul punto l'istante osserva che "nella prassi le predette forniture sono subdolamente accompagnate da dichiarazioni del mittente che, confidando sulla mancanza di adeguate conoscenze giuridiche da parte dei consumatori, oltre a richiedere il pagamento della merce o del servizio, inducono a credere che sui destinatari gravino oneri di vario contenuto, inerenti soprattutto alla custodia, alla conservazione e alla rispeditura dei beni recapitati, e che il mancato assolvimento di tali oneri, entro i tempi stabiliti dal professionista, comporterà la conclusione del contratto e, conseguentemente, la nascita dell'obbligo di pagare il corrispettivo di quanto ricevuto". 5. Elementi, questi, purtroppo tutti rinvenibili nella Welcome Letter Tim Games del 06/11/18 versata in atti dal Gestore e della quale, comunque, non è stata fornita prova di ricezione da parte



dell'istante. 6. Tanto premesso, è d'uopo sottolineare che l'art. 3 della delibera Agcom 664/06/CONS prevede: "ai sensi dell'art. 57 del Codice del Consumo, è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente. E' altresì vietata la disattivazione non richiesta di un servizio di comunicazione elettronica. In ogni caso, la mancata risposta dell'utente ad una offerta di fornitura non significa consenso". 7. Tale espresso divieto comporta, a carico del Gestore telefonico l'obbligo di restituzione delle somme indebitamente percepite e l'onere di indennizzare l'utente per tutto il periodo intercorrente tra la proposizione del reclamo e l'effettiva cessazione del servizio. 8. Si aggiunga che le linee guida in materia di Risoluzione delle Controversie tra Utenti e Operatori di Comunicazioni Elettroniche (approvate con delibera n. 276/13/CONS del'11/04/13), in tema di onere della prova all'art. III.4.2. stabiliscono che "... nella procedura di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere della prova tra le parti previste dal Codice Civile ed applicabili al rito ordinario. Ne consegue che – trattandosi della maggior parte dei casi di fattispecie inerenti a rapporti contrattuali – la norma di riferimento sarà sempre quella di cui all'art. 1218 c.c., secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è derivato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. 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 e 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....L'UTENTE NON SARÀ NEANCHE TENUTO A FORNIRE LA PROVA DEI DANNI DERIVATI DALL'INADEMPIMENTO, dato che – come si vedrà al sub art. 19 – gli indennizzi da inadempimento contrattuale, oggetto della pronuncia, sono già predeterminati". 9. Ciò comporta che, nel caso in trattazione, atteso che nel contratto non vi è traccia della attivazione del servizio in contestazione (Tim games solo abbonamento), in conformità ai contenuti dell'art. 1218 c.c. l'onere di provare che il citato servizio fu richiesto dall'utente e dal medesimo approvato gravava sull'Operatore, il quale però a tanto non ha ottemperato. 10. Ed infatti le due Welcome Letter versate in atti (ed in particolare quella del 06/11/18) non solo non provano la richiesta di attivazione del servizio formulata dall'utente ma non provano neanche la loro ricezione da parte dell'istante, dalla quale al limite si sarebbe potuto prospettare una accettazione per facta concludentia. 11. Orbene, in assenza di idonee prove a discolora, deve concludersi che il Gestore telefonico ha indebitamente attivato un servizio non richiesto dall'utente e riscosso i relativi oneri che, nei fatti, però, non erano dovuti. 12. Lo stesso, pertanto, è tenuto al rimborso delle somme indebitamente richieste e rimosse e alla corresponsione dei relativi indennizzi a far data dalla proposizione del reclamo scritto (13/05/2021). 13. Sebbene, infatti, l'istante sostenga di aver presentato precedenti reclami telefonici, non ha fornito prova di quanto asserito mediante l'indicazione del codice di riferimento. 14. L'Operatore, per parte sua, ha contestato la circostanza ma anch'egli nulla ha provato (mediante l'eventuale esibizione dei retro-cartellini attestanti la segnalazione dei disservizi/reclami e/o in



merito alla fruizione da parte dell'utente dei servizi contestati e che tale ultimo sostiene di non aver mai neanche attivato), impedendo, nei fatti, l'individuazione di una diversa data di proposizione del reclamo. 15. La data di riferimento per la liquidazione degli indennizzi non potrà che essere, dunque, quella della proposizione del reclamo scritto. 16. Si configura inaccoglibile, infatti, l'eccezione formulata dal gestore in merito al mancato rispetto della Delibera Agcom n. 59/18/CIR laddove statuisce che "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". 17. Nel caso in esame, infatti, esiste un divieto a monte dettato dall' art. 57 del Codice del Consumo (che, come detto, vieta la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente) dal quale discende l'obbligo, in capo al Gestore, di restituzione delle somme indebitamente percepite che prescinde dal momento di proposizione del reclamo. Reclamo la cui data di presentazione rileva, invece, per determinare il momento dal quale dovrà essere corrisposto l'indennizzo. 18. In buona sostanza, il rimborso è dovuto per la sola violazione del disposto normativo e l'indennizzo è correlato e dovuto a partire dalla proposizione del reclamo. 19. Passando all'esame della domanda formulate dall'istante, ai sensi dell'art. 20 co 4 del Regolamento di cui alla delibera 353/19/CONS, a mente del quale: "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...", la richiesta eliminazione delle fatture di prossima emissione di tutte le voci inerenti ai servizi in contestazione (rectius: Tim Games solo abbonamento e rata addebito GamePad Tim Games) può essere accolta così come la richiesta di rimborso delle somme tutte indebitamente percepite dal mese di dicembre 2018 sino al mese di marzo 2022, per un ammontare complessivo pari ad €. 329,00. 20. Quanto, invece, alla richiesta di indennizzo, stante il limite normativo dato dall'art. 13 comma 1 della delibera indennizzi secondo cui "Nelle fattispecie contemplate dagli art. 6, 8, 9 e 11, il calcolo dell'indennizzo è effettuato tenuto conto della data di presentazione del reclamo da parte dell'utente" la stessa può essere accolta solo a partire dal 13/05/2021, data di proposizione del reclamo scritto. 21. Atteso, però, che quello contestato è un servizio accessorio, l'indennizzo dovuto non è pari ad €. 5,00 (così come richiesto dall'istante), ma nella minor misura di €. 2,50 al giorno - ex art. 9, comma 2 del Regolamento Indennizzi di cui alla delibera agcom n. 347(18/Cons Allegato A - con decorrenza dal quarantaseiesimo giorno dalla proposizione del reclamo e sino all'udienza di Definizione del 22 Giugno 2022 per un totale di gg. 357. Il tutto per un totale di €. 892,50 (ottocentonovantadue,50), che l'Operatore sarà tenuto a versare in favore della parte, nel termine di 60 giorni dalla notifica del presente atto, mediante bonifico bancario su c/c dell'utente o assegno circolare. 22. Non può trovare accoglimento, invece, la domanda di cui al punto 2) della memoria di replica (Indennizzo per mancata risposta al reclamo del 13/05/2021 nella misura massima di euro 300,00), in quanto è da ritenersi



assorbita dal riconoscimento dell'indennizzo per attivazione di servizio non richiesto. 23. Per completezza, in ultimo, si evidenzia che le eccezioni formulate dall'Operatore non sono state provate, si sono dimostrate infondate e, in taluni casi, del tutto inconferenti con la vicenda in trattazione. Ed infatti, la tesi della mancata presentazione di reclami telefonici antecedenti a quello scritto del 13/05/21 si palesa inconferente e, comunque, avrebbe dovuto essere provata dal Gestore ex art. 1218 c.c.. Il richiamo alla necessità che le singole fatture emesse possano essere contestate unicamente entro 45 giorni dalla loro emissione si configura inammissibile, atteso che la contestazione mossa non riguarda le singole fatture e/o a pretesi errori in esse contenuti ma l'addebito in esse di oneri per servizi mai richiesti e che hanno prodotto una illegittima modifica unilaterale delle condizioni contrattuali mai autorizzata dalla parte. Egualmente infondata, per le motivazioni specificate in precedenza, è il richiamo ai contenuti dell'art. 14 della Delibera n. 347/18/Cons, che esclude il riconoscimento di indennizzi 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 venire a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza;

DELIBERA

Articolo 1

1. La società Tim S.p.A. è tenuta ad eliminare le fatture di prossima emissione di tutte le voci inerenti ai servizi in contestazione (rectius: Tim-Games solo abbonamento e rata addebito GamePad Tim-Games) e deve corrispondere il rimborso, entro il termine di 60 giorni dalla data di notifica del presente provvedimento, delle somme indebitamente percepite dal mese di dicembre 2018 e sino al mese di marzo 2022, per un ammontare complessivo pari ad €. 329,00 (trecentoventinove,00). 2. LA Tim S.p.A. è, inoltre, tenuta a versare, a titolo di indennizzo, in favore dell'istante la somma di €. 892,50 (ottocebttonovantadue, 50), così come specificata in motivazione e da corrispondere, entro il termine di 60 giorni dalla data di notifica del presente atto, mediante bonifico/assegno circolare all'istante. 3. Ogni altra richiesta di indennizzo è rigettata per i motivi di cui in premessa.

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 il termine di 60 giorni dalla data di notifica dello stesso atto.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

La Relatrice del Comitato
Avv. Carolina Persico

La PRESIDENTE
Dott.ssa Carola Barbato

per attestazione di conformità a quanto deliberato

Il Dirigente
Dott. Alfredo Aurilio