

DELIBERA N. 79/2020/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**xxxx - TIM SpA (Kena mobile)
(GU14/98154/2019)**

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 20 luglio 2020;

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. 353/19/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);

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 della Toscana in data 16 gennaio 2018”, e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il decreto del Segretario Generale n. 5 del 26 aprile 2018 avente ad oggetto “*Assetto organizzativo del Consiglio regionale*”, con il quale è stato definito il nuovo assetto organizzativo del Consiglio Regionale della Toscana e con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del “*Settore Biblioteca e documentazione. Archivio e protocollo. Assistenza generale al Corecom*”, con decorrenza 3 maggio 2018;

VISTA l'istanza della società xxxx, del 17/03/2019 acquisita con protocollo N. 0115860 del 17/03/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

La parte istante, titolare del contratto *business* n. 888011389654 con la società Tim S.p.A. lamenta l'addebito di somme non dovute a seguito di recesso.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione acquisita al fascicolo, ha dichiarato quanto segue:

- *“in conseguenza alle variazioni contrattuali fu mandato un fax al gestore di non accettazione delle stesse nei tempi e nelle modalità previste dalla comunicazione”;*
- *“nonostante ciò, nella fattura conclusiva Tim furono impropriamente addebitati i costi di recesso”;*
- *pagava “parzialmente la fattura per quanto erano le giuste competenze”, e inviava “una comunicazione al gestore oggetto della controversia, per comunicare appunto ciò che avevamo fatto richiedendo la nota di credito per le competenze fatturate ma non dovute”.*
- *Successivamente, a seguito di contatto con una società di “recupero crediti (...) ci accordammo di chiudere tutto a fronte di un pagamento di €50,00 che abbiamo prontamente effettuato. Adesso che siamo rientrati in Tim ci è stato richiesto il pagamento del residuo €321,07 come se l'accordo di saldo e stralcio non fosse mai avvenuto”.*

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

- i) la *“restituzione dei €321,07 che abbiamo pagato per rientrare in Tim”;*
- ii) *“€100,00 a titolo di rimborso per quanto accaduto”.*

2. La posizione dell'operatore.

La società Tim S.p.A. 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 *“che, per espressa ammissione di parte istante, l'originaria richiesta di rimborsi e indennizzi è stata oggetto di accordo transattivo (“a saldo e stralcio [versando un importo pari a] €50,00) con la società di recupero crediti. È dunque evidente l'impossibilità di riconoscere all'istante ulteriori storni o rimborsi, risultando già ristorato il pregiudizio asseritamente subito al riguardo. Sul punto, giova peraltro rammentare che non è possibile sottoporre nuovamente al vaglio di codesti Uffici circostanze che già hanno costituito oggetto di precedenti procedimenti di conciliazione e/o transazione, pena la violazione del principio del ne bis in idem sostanziale. Inoltre, nulla di quanto dichiarato dall'istante è supportato da una documentazione idonea a riscontrare quanto assunto e pertanto ogni tipo di richiesta risulta formulata in modo apodittico. In particolare, la società istante non ha documentato né altrimenti provato di avere correttamente e tempestivamente esercitato il diritto di recesso, con riferimento alle*

linee n. 335.1372xxx, n. 335.6129xxx e n. 338.5425xxx. Né d'altra parte ha prodotto copia delle fatture contenenti gli importi asseritamente non dovuti, risultando pertanto l'avversa istanza meritevole di integrale rigetto. In secondo luogo, dalle verifiche effettuate all'interno dei sistemi di TIM, non risulta provato il versamento di € 321,07 che parte istante asserisce di aver corrisposto "per rientrare in TIM dopo [aver] accettato l'accordo di saldo e stralcio di €50,00". La totale assenza di supporto documentale lede il diritto di difesa dell'esponente società, impossibilitata a replicare adeguatamente alle pretese avverse, e si pone, inoltre, in aperto contrasto con il consolidato principio di diritto, previsto dall'art. 2697 c.c. da richiamarsi in via analogica in questa sede, secondo cui chi aziona un diritto deve necessariamente produrre le prove fattuali e documentali da cui quest'ultimo origina ("Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento") e, senza le quali, è preclusa la ricostruzione logico giuridica che consente all'organo giudicante – nel caso di specie il Co.re.com. – di fondare il proprio convincimento ed esercitare, in ultima analisi, la propria funzione decisoria ("onus probandi incumbit ei qui dicit"). È, ancora, di tutta evidenza che la comunicazione di modifica delle condizioni contrattuali per il ripristino della fatturazione mensile (in attuazione di quanto disposto dalla Legge n. 172 del 4 dicembre 2017), consentiva l'esercizio del diritto di recesso entro e non oltre il 31 agosto 2017 (si veda fattura n. 4/2017 sub Doc. 1), e con le modalità ivi specificamente previste. Charlotte ha invece soltanto richiesto la migrazione ad OLO delle linee de quibus, espletata in data 12 ottobre 2017 (cfr. fattura n. 6/2017, sub Doc. 2), con conseguente legittimo addebito dei corrispettivi di recesso, che rimangono pertanto integralmente dovuti. La società istante non ha infatti fornito evidenza alcuna della sottoscrizione del nuovo contratto entro il termine per esercitare il diritto di recesso in esenzione spese (31 agosto). Con specifico riguardo ai corrispettivi di recesso, si precisa che trova applicazione l'art. 13.2 delle Condizioni Generali del Contratto MultiBusiness (Doc. 3) ai sensi del quale "[...] In caso di recesso del Cliente da Offerte che prevedono particolari termini e condizioni a fronte di una durata minima determinata in 24 mesi (a titolo esemplificativo offerte promozionate, con bonus, sconti etc), Telecom Italia addebiterà al Cliente, per ogni utenza per la quale l'Offerta viene cessata, il corrispettivo di corrispettivo di 83,33 € (oltre IVA) salvo diverse previsioni eventualmente riportate nei singoli Profili Commerciali". Al riguardo, si rammenta peraltro che la Delibera Agcom n. 487/18/CONS riconosce espressamente la facoltà per l'operatore di addebitare al cliente le spese di recesso che siano giustificate da costi dell'operatore. Tra questi ultimi rientrano non solo i costi concretamente sostenuti per dismettere la linea telefonica o trasferire il servizio, ma anche la restituzione degli sconti in misura proporzionata al valore del contratto e alla durata residua dell'eventuale promozione, nonché il pagamento delle rate residue relative a prodotti o servizi offerti congiuntamente al servizio principale. È pertanto evidente la correttezza e, dunque, l'integrale debenza di tutti gli importi fatturati, con conseguente impossibilità di riconoscere all'istante alcun rimborso o indennizzo".

3. Motivazione della decisione.

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

In primis,

- l'eccezione di Tim di inammissibilità della presente istanza di definizione per asserita violazione del principio del *ne bis in idem* deve essere rigettata atteso che non è stata fornita prova alcuna in ordine ad un “*accordo transattivo (...) con la società di recupero crediti*”, né è dato comprendere se un eventuale accordo fosse inerente all'oggetto del presente procedimento.

Sempre in via preliminare deve dichiararsi l'inammissibilità della domanda *sub ii)* relativa alla richiesta di “*€100,00 a titolo di rimborso per quanto accaduto*” perché esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie è chiamata a verificare solo la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento, come previsto espressamente dall'articolo 20, comma 4, del Regolamento. Ciò premesso tale richiesta non può trovare accoglimento in questa sede.

Nel merito.

Sulla “*restituzione dei €321,07 che abbiamo pagato per rientrare in Tim*”.

La parte istante lamenta l'addebito di somme non dovute relative a costi di recesso, laddove l'operatore ne deduce la legittimità.

La doglianza non è fondata e non merita accoglimento

Innanzitutto, è da osservare che l'istanza risulta eccessivamente scarna, non circostanziata e priva di documentazione adeguata che avrebbe potuto essere fornita a supporto e chiarimento della pretesa dell'istante. Infatti, l'utente afferma di avere inviato “*un fax al gestore di non accettazione delle [modifiche contrattuali e di avere esercitato il recesso] nei tempi e nelle modalità previste dalla comunicazione*”, ma non produce alcun elemento a sostegno di quanto affermato.

Riferisce inoltre, di avere contestato la fatturazione, ma non produce alcun reclamo .

Secondo l'ordinario criterio di riparto degli oneri probatori, il creditore che agisce in giudizio ha l'onere di provare i fatti che stanno a fondamento della pretesa (*eius incumbit ei qui dicit*), onere che non è stato assolto dall'istante. Anche accedendo all'interpretazione evolutiva del criterio di riparto degli oneri probatori data dalla Corte di Cassazione, colui che vanta una pretesa ha comunque l'onere minimo di provare la fonte negoziale del suo diritto (*i.e.* il reclamo) e supportare i fatti che stanno alla base dell'inadempimento supposto: nel caso di specie, l'istante ha mosso contestazioni generiche, senza provare di aver presentato all'operatore formali reclami in merito all'asserito illegittimo addebito.

Al riguardo si richiama l'orientamento costante di questo Comitato, così come della stessa Autorità Garante per le Comunicazioni, in virtù del quale l'istante è tenuto a adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con minimo grado di precisione, quali siano i fatti ed i motivi alla base della richiesta allegando la relativa documentazione. Al contrario, in mancanza di documentazione a sostegno della richiesta formulate dall'utente, l'istanza risulta generica ed indeterminata (*ex multis*, Delibera Agcom 68/16/CIR; Delibere Corecom Toscana n. 17/2017, n. 14/2016, n.156/2016 e n.157/2016 e Determinazione Corecom Toscana n. 26/2015) e pertanto, deve essere rigettata.

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

DELIBERA

Articolo 1

Il Corecom Toscana rigetta l'istanza presentata dalla società xxx nei confronti di Tim S.p.A.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento 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.

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, 20 luglio 2020

Il Segretario
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi

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