

DELIBERA N. 53
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIAS
XXX LORELLA / TIM SPA
(GU14/40287/2018)

Corecom Abruzzo

NELLA riunione del Corecom Abruzzo del 22/05/2019;

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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 296/18/CONS;

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 “*Regolamento sugli indennizzi*”), come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la L.R. 24 agosto 2001 n. 45, istitutiva del Corecom Abruzzo; VISTA la convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni sottoscritto tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Presidente della Giunta regionale ed il Comitato regionale per le comunicazioni dell’Abruzzo in data 19 novembre 2017;

VISTA l’istanza di XXX LORELLA del 05/11/2018 acquisita con protocollo N. XXX9970 del 05/11/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante rappresenta che in data 05/11/2018 sottoscrive a mezzo agente commerciale un contratto con l’operatore Telecom che prevedeva al costo di euro 35,00/mese tutto compreso, oltre alla rata di 1 euro per 36 mesi per l’acquisto per un telefono ed il costo di euro 2 per l’attivazione di

una sim dati.

A seguito della ricezione delle fatture si accorge che i costi in esse riportati erano differenti al contratto sottoscritto, come ad esempio la rata del telefono di euro 12 in luogo di 1 euro. Veniva più volte contattato l'agente per avere copia del contratto al fine di poter verificare le il rispetto di quanto concordato, ma, nonostante ciò l'agente non rilascia né il contratto né le condizioni generali del contratto. In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

1. Indennizzo di euro 500,00 per mancato rispetto delle condizioni di contratto;
2. Storno dell'insoluto in essere; 3. Cessazione del contratto in esenzione spese;

Allega: Fatture Telecom; Documento riepilogativo offerta.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore rileva che le avverse deduzioni e richieste sono infondate per le ragioni di seguito riportate.

La descrizione dei fatti fornita dall'istante non solo è estremamente generica ma è anche totalmente sguarnita di prova, attesa la totale assenza di supporto documentale, con conseguente lesione del diritto di difesa dell'esponente società, che è impossibilitata a replicare adeguatamente alle avverse pretese.

È infatti principio di diritto consolidato, peraltro espressamente previsto dall'art. 2697 c.c. da richiamarsi in via analogica in questa sede, che 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").

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.

Del medesimo avviso, del resto, è il Corecom Lazio che, con delibera DL/190/15/CRL del 23 novembre 2015 ha così statuito: "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 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità prevista del contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi...nel caso di specie, oltre alla prova della fonte negoziale del suo diritto, ovvero il contrattol'utente era onerato da una precisa e circostanziata allegazione dei fatti oggetto di dogliananza, al fine di mettere in condizione la controparte di comprendere l'oggetto della controversia e prendere

posizione".

In proposito, è opportuno precisare che controparte non ha documentato la fonte negoziale del rapporto che si pretende inadempito da TIM e di cui non specifica neppure la data di sottoscrizione, nè individua analiticamente gli addebiti di cui chiede lo storno, perché ritenuti difformi rispetto a quanto originariamente pattuito, limitandosi ad asserire sia l'esistenza dell'errata fatturazione che del preteso diritto all'azzeramento degli importi contenuti all'interno dei conti telefonici emessi da TIM.

Da una attenta disamina di quanto descritto nell'istanza di definizione XXXX lamenta che "l'agente faceva riferimento al costo di € 35,00 tutto compreso, oltre € 1,00 per un telefono cellulare per 36 mesi ed € 5,00 per una sim dati con traffico di 5gb.

Le fatture ricevute successivamente riportavano dei costi non previsti in contratto, come ad esempio il pagamento di € 12,00 per il telefono cellulare" risultando quindi impossibile per TIM – attesa la genericità delle contestazioni mosse - eseguire le opportune verifiche e i relativi conteggi e la domanda svolta appare meritevole di rigetto perché generica ed indeterminata.

Di conseguenza, ogni tipo di contestazione mossa nei confronti di TIM in merito all'inesatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti è totalmente infondata in fatto, perché non provata e, pertanto, insuscettibile di accoglimento alla luce delle risultanze istruttorie.

Peraltro, prima dell'avvio della presente procedura, l'esponente società non era mai venuta a conoscenza di quanto reclamato in questa sede dall'istante, da cui non è mai pervenuta alcuna segnalazione scritta, né tantomeno le produzioni documentali di parte avversa dimostrano il contrario.

L'unico aspetto su cui è possibile replicare riguarda il costo non previsto "di € 1,00 per il telefono cellulare", evidenziando come non ve ne sia traccia alcuna nelle fatture prodotte in atti che recano, di contro, un solo addebito di simile importo per l'acquisto del router a noleggio.

Nessun altro costo viene espressamente indicato/contestato come non dovuto e, quindi, nessuna replica può essere formulata dall'esponente società in merito alla correttezza del quantum debeatur di XXX che, ad ogni buon conto, è tenuta a corrispondere sempre e comunque un importo bimestrale pari ad € 70,00 per "Tuttofibra" oltre "Bonus Internet" e "Bonus Linea mobile" (quindi corrispondente al prezzo pattuito di € 35,00 /mese), cui si aggiunge la rata del router acquistato a noleggio (cfr. fattura n. XXXX205872).

Da ultimo, si ritiene opportuno produrre il contratto datato 22 febbraio 2018 e riferito unicamente all'utenza mobile n. XXX 0235 (Doc. 1), da cui si evince che mai parte istante è addivenuta all'attivazione di un'offerta convergente (fisso+mobile).

A ciò si aggiunga che – diversamente da quanto asserisce XXX - l'importo addebitato in fattura per l'apparato è di € 8,53 i.i. a bimestre (cioè pari ad € 4,26/mese i.i.), corrispettivo di cui

l'utente era stato edotto al momento della stipula, attesa la sottoscrizione della modulistica per presa visione ed accettazione (nessuna clausola al suo interno prevede l'acquisto in modalità rateale di un terminale al costo di € 1,00/mese).

Tutto ciò premesso, alla luce di quanto sopra dedotto ed eccepito, si richiede all'adito Corecom di rigettare l'avversa istanza perché inammissibile o, in subordine, nel merito, infondata in fatto e in diritto. Allega: Contratto sottoscritto in data 22/02/2018.

3. Motivazione della decisione

Preliminariamente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Nel caso di specie l'istante lamenta la difformità della fatturazione rispetto al contratto sottoscritto con Telecom deducendo che in sede di stipula con un agente commerciale era stato previsto “un costo di € 35,00 tutto compreso, oltre € 1,00 per un telefono cellulare per 36 mesi ed € 5,00 per una sim dati con traffico di 5gb.

Le fatture ricevute successivamente riportavano dei costi non previsti in contratto, come ad esempio il pagamento di € 12,00 per il telefono cellulare”.

Per quanto concerne la lamentata applicazione di condizioni contrattuali difformi rispetto a quelle concordate, in via preliminare si evidenzia che i principi di buona fede e correttezza, che ispirano, a norma dell'art. 1375 del codice Civile, l'esecuzione del contratto, impongono che le parti contraenti si rifacciano al regolamento contrattuale concordato in sede di sottoscrizione del contratto e ne diano puntuale attuazione.

Pertanto, qualora l'utente lamenti l'inadempimento rispetto allo specifico accordo tra le parti, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, deve dimostrare che i fatti oggetto della dogliananza sono stati determinati da circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero da problematiche tecniche non causate da sua colpa.

In questi casi, peraltro, il gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione, senza che possa ritenersi sufficiente un mero richiamo “formale” ai motivi tecnici, bensì l'utente deve essere messo in grado di comprendere quanto accaduto, così da poter scegliere, per esempio, se recedere dal contratto.

Allo stesso modo l'operatore deve anche dimostrare di essersi diligentemente attivato per rimuovere gli ostacoli amministrativi o tecnici incontrati. In linea generale si evidenzia, altresì, che gli utenti hanno diritto all'attivazione dell'offerta per come descritta al momento della conclusione del contratto (cfr. 4 della delibera Agcom 179/03/CSP) ovvero, ove le condizioni promesse non fossero quelle effettivamente offerte, al recesso senza penali, nonché, in ogni caso, alla restituzione

o allo storno della eventuale differenza tra gli importi addebitati e quelli risultanti dall'applicazione delle condizioni pattuite.

A ciò si aggiunga che 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. 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 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. Seppure, quindi, rispetto ad una contestazione relativa ad un totale o inesatto inadempimento contrattuale l'operatore deve dimostrare di aver adempiuto correttamente o che il contestato inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile.

Entrando quindi nel merito della questione va innanzitutto evidenziato che l'istante non ha prodotto il contratto sottoscritto con l'operatore in data , ma si è limitato, peraltro anche genericamente, a lamentare l'asserita difformità di fatturazione.

Risulta inoltre, come affermato dallo stesso istante, che il contratto si sia concluso tramite agente commerciale, quindi non a distanza, e, quindi, era onere dello stesso, secondo l'ordinaria diligenza, in sede di stipula del contratto farsi consegnare dall'agente copia del contratto sottoscritto e delle condizioni generali ad esso relative.

Ne consegue che oggi l'istante non può dolersi né può addossare la responsabilità ad altri del fatto di non essere in possesso del contratto sottoscritto, né tale fatto può essere sufficiente ad esonerarlo dal deposito della prova della fonte negoziale.

Peraltro l'istante non ha inteso fornire tale documentazione né con il deposito dell'istanza di definizione né in seguito entro i termini previsti per gli scritti difensivi.

Non può certo essere ritenuto bastevole il documento prodotto dall'istante nel quale l'agente ha inteso riportare di proprio pugno il riepilogo delle condizioni economiche dell'offerta che poi sarebbe stata effettivamente sottoscritta.

In totale mancanza di prova della fonte negoziale diventa impossibile accertare quanto

dedotto dall'istante, dunque le domanda di cui al punto 1) volta al riconoscimento di un indennizzo, al punto 2) volta al riconoscimento dello storno totale dell'insoluto ed al punto 3) volta alla cessazione del contratto in esenzione spese per l'asserita difformità delle condizioni contrattuali applicate rispetto a quanto pattuito, non possono in alcun modo trovare accoglimento, anche considerando che l'istante non ha documentato di aver mai contestato le fatture e gli importi addebitati sin dal ricevimento delle stesse limitandosi a sospendere completamente i pagamenti. Infine, per quanto concerne le spese di procedura, si ritiene che nulla può essere disposto a carico dell'operatore in tal senso, atteso che non è stato accertato alcun addebito nei confronti dello stesso. UDITA la relazione del Responsabile del Procedimento, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

Il Corecom Abruzzo rigetta l'istanza presentata dalla XXX Lorella nei confronti della società Telecom Italia S.p.a., per le motivazioni espresse in premessa;

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.

L'Aquila 22 maggio 2019

F.to IL PRESIDENTE

Dott. Filippo Lucci

Copia informale, in versione informatica, di documento originale cartaceo, ai sensi degli artt. 22 e 40 del D.Lgs. n.82/2005. Accesso agli atti consentito in conformità al Capo V artt. 22-28 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s. m. e i.