

DELIBERA N. 14

**XXXXSRL / TIM SPA
(GU14/91796/2019)**

Corecom Abruzzo

NELLA riunione del Corecom Abruzzo del 29/01/2020

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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 296/18/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 sottoscritta 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 XXXXSRL del 04/03/2019 acquisita con protocollo n. 0091678 del 04/03/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L'utente lamenta di aver subito la illegittima fatturazione da parte di Tim, a causa della quale lo stesso avrebbe migrato verso altro gestore. In particolare parte istante dichiara: "L'azienda attiva tramite commerciale offerta per rete mobile. Unico documento in possesso dell'azienda istante è in allegato, tuttavia non reca nessun riferimento all'agenzia. La XXXXsrl avvia una serie di contestazioni telefoniche con il servizio clienti chiedendo di avere un riscontro alla difformita' di fatture. Al susseguirsi delle chiamate solo ed esclusivamente verbali la stessa azienda istante comunica che provvedera' suo malgrado alla migrazione/cessazione di detto contratto non potendo non solo sostenere costi ritenuti non conformi ma anche non avendo alcuna documentazione per verifica. Per correttezza la stessa xxx comunica di voler provvedere al saldo parziale delle fatture ad oggi insolute 6° 2017-1°2018-4°2018-5°2018 e, in detta conversazione chiede che sia inviata da parte di Telecom estremi per pagamento. Ad oggi nulla risulta essere pervenuto. Si precisa che l'azienda contesta i costi di recesso nella loro totalita' oltre che ad una gestione difforme e a costi per prodotti non conformi a quanto pattuito." In base a tali premesse, l'utente ha richiesto: 1. Storno parziale della posizione debitoria oltre che eventuale ritiro pratica recupero crediti. Allega: 1. Proposta commerciale; 2. Fattura n. 7X03205287 del 14/08/2018.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore, ribadendo l'eccezione sollevata in occasione della prima istanza circa la parziale improcedibilità della stessa per la parte riferibile a precedente UG n. 6802/17, osserva nel merito che: "... La descrizione dei fatti fornita in questa sede da xxx 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 3 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 ad esempio 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 doglianza, 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 né la fonte negoziale del rapporto che si pretende inadempito da TIM, la cui sottoscrizione si deduce avvenuta in un giorno non precisato ("L'azienda attiva tramite commerciale offerta per rete mobile. Unico documento in possesso dell'azienda istante è in allegato") nè allega i conti telefonici di cui chiede lo storno, inclusi quello contenenti addebiti difforni rispetto a quanto originariamente pattuito, limitandosi ad asserire sia l'esistenza dell'errata fatturazione che del preteso diritto all'azzeramento degli importi: risulta quindi impossibile eseguire le opportune verifiche e i relativi conteggi e la domanda svolta appare meritevole di rigetto perchè 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. In proposito, occorre evidenziare che il prospetto riepilogativo costi prodotto in atti da XXXX, non solo non prova l'avvenuto incontro delle volontà negoziali (TIM, rappresentata dall'agente di vendita, da un lato, e l'utente finale), perchè privo di sottoscrizione ma non attesta neppure inequivocabilmente che quella specifica proposta abbia ad oggetto le linee de quibus. Senza voler scadere nel mero tuziorismo, la proposta di attivazione è da intendersi accettata – con conseguente conclusione del contratto per effetto dell'incontro delle volontà negoziali – tramite apposita sottoscrizione da parte del soggetto accettante, circostanza che non è rinvenibile nella documentazione di cui al fascicolo istruttorio. In ogni caso, secondo quanto consta all'esponente società, tutto quanto ritenuto non dovuto, perchè non conforme al contratto sottoscritto – di cui si ribadisce, non si offre prova alcuna – appare in realtà corretto perchè corrispondente ai canoni previsti dai singoli profili commerciali attivati per le quattro linee mobili afferenti il contratto guscio n. xxxxx512206. L'unica osservazione riguardo l'espletamento della MNP verso altro operatore – con contestuale interruzione del rapporto contrattuale - produttiva dell'addebito dei corrispettivi di cessazione linee pack/recesso servizi opzionali è la seguente. La richiesta è stata inserita a sistema il 7 marzo 2018 ed evasa con 30 giorni di ritardo. Ciò ha in ogni caso generato l'addebito del corrispettivo di cessazione linee pack sul conto telefonico n. 4/18, pari ad € 333,32, integralmente dovuto perchè pienamente legittimo e conforme alle condizioni economico-contrattuali vigenti all'epoca fra le parti (Doc. 1). Tale addebito è infatti conforme a quanto previsto dall'art. 13.2 delle Condizioni Generali del Contratto Multibusiness, per cui "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), TIM addebiterà al Cliente, per ogni utenza per la quale l'Offerta viene cessata, il corrispettivo di 83,33 € ìoltre IVA Ö, salvo diverse previsioni eventualmente riportate nei singoli Profili Commerciali" (Doc. 2). Ebbene, nella fattispecie de quo, XXXX ha interrotto il rapporto contrattuale prima dei 24 mesi di durata minima pattuiti, soggiacendo alla richiesta di pagamento dei corrispettivi in parola, calcolati su 4 utenze mobili (€ 83,33 * 4 = € 333,32). A tal proposito, è opportuno sottolineare che questa sorta di recupero ha

luogo automaticamente, al venir meno della condizione che legittima il cliente ad avere diritto allo sconto, ovvero alla cessazione del rapporto contrattuale in essere con TIM prima della durata pattuita. Sul punto, la giurisprudenza (Consiglio di Stato 1442/2010) e la prassi dei Corecom (ex multis Delibera Corecom Piemonte 27/2014) sono costanti nel ritenere che, nel caso di cessazione anticipata di contratti prevedenti offerte promozionali subordinate ad una durata minima, gli operatori hanno il diritto di recuperare l'importo non pagato dal cliente per le promozioni/sconti di cui abbia medio tempore goduto. La Suprema Corte ha affermato la piena legittimità della pratica commerciale consistente nel "subordinare il diritto allo sconto che il cliente acquisisce sottoscrivendo l'offerta promozionale alla condizione del mancato esercizio del recesso entro un certo termine (anch'esso espressamente accettato dall'utente)", non ravvisando alcuna violazione dell'art. 1 della legge 40/2007 atteso che "interpretare la norma nel senso di precludere anche questa manifestazione dell'autonomia negoziale delle parti sarebbe certamente sproporzionato rispetto agli obiettivi che la norma intende raggiungere" (Cons. di Stato, Sez. VI, n. 1442/2010; conf., ex plurimis, Delibera Corecom Toscana, n. 52 del 2016). Pertanto, le clausole contrattuali che si limitano a subordinare il diritto di fruire dello sconto al mancato esercizio del diritto di recesso entro un certo termine non presentano alcun profilo di abusività e le relative richieste di pagamento sono perfettamente legittime. Si ribadisce quindi l'infondatezza della richiesta di storno formulata da XXXX, che ad oggi non ha saldato i conti telefonici nn. 2/18 – 1/19, nonostante tutti i corrispettivi ivi recati siano integralmente dovuti e la condotta di TIM appaia pienamente conforme agli obblighi contrattualmente previsti. A seguire, l'ultimo conto telefonico insoluto, contrassegnato dal n. 1/19, reca i soli addebiti riferiti alla vendita rateale degli apparati, parimenti dovuti perchè legittimi e previsti da contratto (Doc. 3) Posto quanto sopra, si aggiunge che nessuna segnalazione, all'infuori della presente istanza - è stata effettuata nei confronti di TIM, che mai prima d'ora ha ricevuto alcuna segnalazione da parte dell'istante, che ha avviato una precedente conciliazione su fatture antecedenti, né tantomeno è stata in grado di provare il contrario. Più in generale, appare opportuno evidenziare, in ogni caso, come l'utente finale – XXXX, nel caso di specie - fosse tenuto a contestare formalmente i conti telefonici di volta in volta emessi dall'operatore entro e non oltre la data di scadenza, indicando precisamente gli importi che si pretendevano non dovuti o inesatti. Successivamente alla data di scadenza, in assenza di saldo e di contestazione, le somme sono da ritenersi immediatamente esigibili perchè certe e liquide, oltrechè derivanti da fattura. Tutto ciò premesso, alla luce di quanto sopra dedotto ed eccepito, si richiede all'adito organo di rigettare l'avversa istanza perché, nel merito, infondata in fatto e in diritto.”. Allega: 1. Conto telefonico n. 4/18 relativo al contratto guscio n. xxxxx512206; 2. Condizioni Generali del Contratto Multibusiness; 3. Conto telefonico n. 1/19 relativo al contratto guscio n. xxxxx512206.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente si osserva che l'istanza non soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento per le ragioni di seguito precisate. In

occasione del procedimento volto all'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione (UG n. 40932/2018), l'operatore eccepiva la parziale ammissibilità dell'istanza per la sola parte riferita alle fatture successive al verbale del 16/02/2018 (mancato accordo) riferito ad istanza UG n. 6802/17. Su tale punto il Corecom accoglieva il rilievo del gestore ritenendo di privilegiare l'implicita volontà manifestata dal gestore a trovare un accordo quantomeno per il periodo di fatturazione precisato, rispetto al puro fiscalismo che la fattispecie avrebbe di fatto richiesto ma, nonostante questo, le parti non trovavano comunque una composizione bonaria della controversia. In sede di definizione, Tim, come visto, nelle proprie memorie difensive si riporta preliminarmente all'eccezione sollevata in primo grado avuto riguardo al citato UG n. 6802/17. In udienza, le parti ancora una volta non trovano un accordo rimettendo al Corecom l'espressione del proprio provvedimento. In tale sede risulta pertanto inevitabile rilevare come, a ben guardare, le ragioni fondanti il primordiale ricorso (UG n. 6802/17) sono state del tutto analoghe a quelle del secondo (UG n. 40932/18) posto che, in entrambi i casi, sé stato posto l'accento sulla proposta commerciale fatta da un agente Telecom rispetto alla quale non sarebbe poi corrisposta la fatturazione emessa, né ottenuta copia del contratto, sì da costringere l'utente ad effettuare varie segnalazioni al call center senza, tuttavia, ottenere mai né l'allineamento contabile atteso, né copia cartacea del contratto. L'utente, quindi, decideva di migrare e chiedeva, tra le altre cose, con il primo ricorso: lo storno dell'insoluto e l'indennizzo per attivazione di servizi non richiesti, per fatturazione non conforme alla proposta commerciale, per errate informazioni commerciali e per mancato riscontro ai reclami. All'udienza del 16/02/2018 le parti non si accordavano. Per quanto premesso, risulta del tutto evidente come l'istanza di definizione in esame sia da ritenere improcedibile per violazione del principio del ne bis in idem sotteso alla prescrizione di cui all'art. 6, c. 4, del vigente Regolamento di procedura delle controversie di cui alla Del. 353/19/CONS. Pur non costituendo, quindi, onere dell'adito Corecom esprimersi nel merito della controversia de qua, questo Comitato ritiene comunque utile precisare quanto segue. Nel caso di specie l'istante lamenta in maniera del tutto generica la difformità della fatturazione ricevuta rispetto al contratto sottoscritto con Telecom in ordine al quale, appunto, non precisa né la data di attivazione né, soprattutto, l'ammontare dell'importo mensile pattuito. Allega l'unico documento che al riguardo dichiara di possedere che, tuttavia, consiste semplicemente in una bozza di preventivo, né datata né sottoscritta da nessuno, dalla quale appaiono una serie di costi ammontanti, nel loro complesso, ad un canone mensile espresso in € 586,00. Alcun valore probante, tuttavia, può essere ascritto a siffatto allegato. Parimenti sommario, poi, il riferimento alle contestazioni telefoniche fatte al servizio clienti in ordine alle fatture ricevute. Si dice favorevole ad un pagamento parziale delle fatture insolute ma, anche in tale circostanza, l'utente non precisa quale sia l'importo ritenuto corretto, salvo contestare in toto i costi di recesso. Orbene, per quanto concerne la lamentata applicazione di condizioni economiche 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. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama, inoltre, 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. Nel caso di specie, l'istante non ha prodotto il contratto sottoscritto con l'operatore ma si è limitato, 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, ed era, pertanto, 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. L'istante, invece, come detto, dichiara di non possedere altro documento che la bozza di preventivo che allega e che, pertanto, alla fine decide di migrare ad altro gestore, cessando il contratto in essere "... non potendo non solo sostenere costi ritenuti non conformi ma anche non avendo alcuna documentazione per verifica." Al di là della contraddizione in termini del ritenere dei costi eccedenti una base di partenza praticamente ignota, essendosi trattato, come dichiarato dall'istante, di un contratto concluso tramite agente commerciale, quindi non a distanza, era onere dello stesso, secondo l'ordinaria diligenza, in sede di stipula farsi consegnare dall'agente copia del contratto sottoscritto e delle condizioni generali ad esso relative. La totale assenza di un supporto probatorio agli atti del procedimento circa la prevista consistenza dell'importo mensile pattuito tra le parti, renderebbe, pertanto, del tutto impossibile una pronuncia da parte del Corecom rispetto all'an debeatur anche ove l'istanza fosse risultata procedibile e, dunque, la richiesta di storno parziale della posizione debitoria sarebbe stata comunque necessariamente rigettata. Medesimi ostacoli di carattere istruttorio, infine, impongono di non poter neanche latamente valutare la congruità o meno dei costi di recesso che l'utente contesterebbe per intero attesa, anche stavolta, la totale assenza di documentazione in atti che attesti, ad esempio, l'invio della formale comunicazione di recesso, la contestazione fatta in ordine ai detti specifici costi, o, ancora, la data a partire dalla quale l'utente riteneva di non essere più cliente Telecom o l'ammontare dei costi di recesso stessi. UDITA la relazione del Responsabile del Procedimento, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Abruzzo rigetta l'istanza presentata dalla XXXXsrl nei confronti della società Telecom Italia S.p.a., per le motivazioni espresse in premessa e la archivia per improcedibilità ai sensi dell'art. 21, c. 2, del Regolamento di procedura delle controversie di cui alla Delibera n. 353/196/CONS per violazione dell'art. 6, comma 2, del medesimo Regolamento.

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 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

L'Aquila, lì 29/01/2020

F.to IL PRESIDENTE
Avv. Giuseppe La Rana

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.