

DELIBERA N. 17

**XXX / TIM SPA
(GU14/59056/2018)**

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 ITESAN DI E FRANCO S.N.C. del 17/12/2018 acquisita con protocollo n. 0232552 del 17/12/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

Il sig. XXX, in qualità di legale rappresentante della XXX stipulava un contratto con Telecom per il passaggio di tre linee fisse nn., XXXX2353, XXXX2352, XXXX1071. L'istante precisa che il contratto prevedeva l'attivazione dell'offerta tutto Fibra al prezzo di € 30,00 al mese per ogni linea. Tuttavia, già nelle prime fatture ricevute il sig. XXX notava l'addebito di costi molto superiori rispetto a quelli previsti, pertanto, le fatture venivano contestate e veniva anche richiesta la copia del contratto. La Tim continuava ad addebitare costi non previsti e a pochi mesi di distanza comunicava un ulteriore aumento dei costi. Per tale ragione entro il termine previsto dalla comunicazione di modifica delle condizioni del contratto il sig. XXX migrava le suddette utenze ad altro operatore. Nonostante ciò, anche a seguito della disdetta la Tim inviava ulteriori fatture con costi elevati e con addebito dei costi di recesso non dovuti in quanto il recesso era stato effettuato per il mancato rispetto delle condizioni del contratto e dalla modifica unilaterale dello stesso. Le fatture contestate dalla XXX sono le seguenti: - • fattura 3° 2018 linea XXX1071 di € 48,12; • fattura 3° 2018 linea XXX2353 di € 11.90; • fattura 3° 2018 linea XXXX2352 di € 82.68; • fattura 4° 2018 linea XXX1071 di € 84.06; • fattura 4° 2018 linea XXXX2352 di € 78.57; • fattura 4° 2018 linea XXX2353 di € 115,16; • fattura 5° 2018 linea XXX1071 di € 583.14; • fattura 5° 2018 linea XXX2353 di € 216.56; • fattura 5° 2018 linea XXX2352 di € 179.96; • fattura 6° 2018 linea XXX2352 di € 98.68; • fattura 6° 2018 linea XXX2353 di € 448.82. In base a tali premesse, l'utente ha richiesto: i) Storno insoluto, cessazione contratto in esenzione spese; ii) Indennizzo per mancato rispetto delle condizioni contrattuali pari ad euro 600,00; Allega: Modulo di rientro sottoscritto in data 21/11/2017, Reclamo del 23/04/2018, Promozione proposta, contratto sottoscritto con Fastweb in data 22/05/2018, Fatture Telecom del 3°, 4°, 5° e 6° bimestre 2018, Formulario UG, Fatture nn. 8P00072109, 8P00071342 e 8P00072895.

2. La posizione dell'operatore

In via preliminare, l'operatore convenuto intende rilevare l'inammissibilità dell'istanza di definizione della controversia presentata da XXX al Corecom Abruzzo ai sensi dell'art. 14 della Delibera AGCOM n. 203/18/CONS, per difformità dell'oggetto delle contestazioni sollevate rispetto a quelle sottoposte a codesto Corecom in primo grado in sede di tentativo obbligatorio di conciliazione. L'esponente società intende infatti eccepire che XXX nell'istanza di conciliazione si è limitato a chiedere "storno insoluto, cessazione contratto senza costi e indennizzo per mancato rispetto delle condizioni contrattuali" diversamente da quanto successivamente specificato nell'istanza di definizione, in cui viene dedotta altresì la pretesa illegittima prosecuzione del ciclo di fatturazione successivamente alla disdetta/migrazione verso OLO delle linee, aspetto non sottoposto a tentativo obbligatorio di conciliazione e, su cui, di conseguenza, non può essere esercitato il contraddittorio in questa sede. Tali nuove eduzioni, che non costituiscono precisazioni dell'istanza avanzata con il tentativo obbligatorio di conciliazione, determinano la violazione del principio del doppio grado di giudizio che nella presente sede amministrativa si evince dalla previsione di cui all'art. 14 co. 1 della Delibera AGCOM n. 203/18/CONS, a mente del quale è possibile chiedere la

definizione della controversia qualora il tentativo di conciliazione abbia avuto esito negativo, o per i punti ancora controversi nel caso di conciliazione parziale. Con la propria nuova prospettazione dei fatti costitutivi del diritto e con le nuove domande, controparte sottopone a codesto Corecom un tema di indagine e di decisione diverso da quello sul quale ha chiesto la conciliazione. Pertanto, parte convenuta insiste affinché sia accertata e dichiarata la parziale inammissibilità dell'istanza presentata da XXX, limitatamente agli aspetti sopra descritti, con conseguente stralcio delle relative domande. Nel merito, 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. Ciò frustra il diritto di difesa dell'esponente società che, nel rilevare altresì la totale assenza di supporto documentale, risulta di fatto impossibilitata a replicare adeguatamente alle pretese avverse, perchè formulate 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"). Senza tali evidenze è infatti 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 dunque evidente che ogni tipo di contestazione mossa nei confronti di TIM – in particolare, l'errata fatturazione – appare totalmente infondata in fatto, in quanto non provata e, pertanto, insuscettibile di accoglimento. Con riferimento al merito della vicenda dedotta in questa sede, ad ogni buon conto, TIM ritiene opportuno fornire le seguenti considerazioni, alla luce delle risultanze delle verifiche effettuate all'interno dei propri sistemi informativi. In data 21 novembre 2017 è stata sottoscritta una richiesta di rientro in TIM avente ad oggetto le linee nn. XXX2353, XXX2352 e XXX1071, con tipologia RTG "Linea Valore+" e profilo commerciale "Tutto Senza Limiti ADSL" e opzione "Tutti Mobili Senza Limiti" (Doc. 1). Per le prime due numerazioni, native OLO (BT ITALIA), non si applica l'art. 1, co. 3 l. n. 40/2007, in combinato disposto con la delibera Agcom n. 274/07/CONS e successiva delibera n. 41/09/CIR, prevedente un termine massimo di 30 giorni per l'espletamento della procedura di migrazione, bensì la delibera 35/10/CIR. Pur non essendo quindi possibile documentare le tempistiche di rientro - proprio in ragione della natura non proprietaria di tali due utenze da parte di TIM - è pacifico che la procedura richiesta era di number portability geografica (NPg) "pura" ex delibera 35/10/CIR, vale a dire senza trasferimento delle risorse fisiche di accesso: i dn. XXX2353, XXX2352, essendo nativi OLO, non potevano essere infatti messi a disposizione di altro operatore ed il donating doveva necessariamente concordare la DAC con TIM. Solo in data 18 dicembre 2017 veniva quindi emesso ordinativo per l'attivazione del servizio ADSL "Tutto Senza Limiti 20 Mega" su entrambe le linee, espletato il successivo 8 gennaio, mentre il n. 0872.61071 veniva attivato in TIM il 27 febbraio 2018. Inoltre, in data 9 marzo 2018 si richiedeva telefonicamente l'annullamento dell'ordinativo ADSL presente sulla linea n. XXX2352, espletato in pari data, e la conversione in fibra della linea n. XXX2353. Gli addebiti recati dalle fatture di cui si contesta la debenza in

questa sede, quindi, non solo rispettano le tempistiche sopra descritte ma sono oltretutto conformi – contrariamente a quanto sostiene Itesan – a quanto richiesto in sede di stipula, perchè rappresentano i corrispettivi dei canoni "Linea Valore+", "Tutto Senza Limiti ADSL" e opzione "Tutti Mobili Senza Limiti", prescelti proprio al momento della richiesta di rientro. A tal proposito, ci si limita a rilevare – senza peccare di tuziorismo – che il flyer prodotto in atti dalla società istante, non solo non prova l'avvenuto incontro delle volontà negoziali (TIM, rappresentata dall'agente di vendita, da un lato, e l'utente finale) ma non attesta neppure inequivocabilmente che Itesan abbia deciso di attivare esattamente quella specifica proposta ("Il contratto prevedeva l'attivazione dell'offerta tutto Fibra al prezzo di € 30,00 al mese per ogni linea"). 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 nel materiale pubblicitario in parola. Riguardo la circostanza riferita da controparte solo all'interno dell'istanza di definizione – su cui in ogni caso, si ribadisce, non è possibile accettare il contraddittorio atteso il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione – secondo cui sarebbe stato esercitato il diritto di recesso da parte di Itesan in una data imprecisata a partire dalla quale le fatture si ritengono non dovute, si precisa che solo la linea n. XXX1071 è migrata ad OLO il giorno 8 giugno 2018, con conseguente integrale debenza tanto degli importi fatturati fino a tale data per tale utenza quanto degli importi recati dagli altri conti telefonici riferiti alle due restanti linee, cessate rispettivamente in data 13 e 31 agosto 2018. Fermo restando quanto già precisato con lettera datata 2 luglio 2018 in merito alla correttezza dei conti telefonici (Doc. 2), in questa sede non è possibile verificare se "nelle fatture erano...addebitati costi maggiori in virtù dell'attivazione di servizi diversi e non previsti contrattualmente", in quanto XXX non soltanto non ha circostanziato detti addebiti asseritamente ultronei, limitandosi a dedurre una pretesa difformità di fatturazione da parte di TIM, ma non ha neppure documentato adeguatamente i pagamenti asseritamente effettuati né le contestazioni formali indirizzate all'operatore. Controparte non prova neppure la fonte negoziale del rapporto che si pretende inadempito dall'esponente società, limitandosi ad asserire sia l'esistenza dell'errata fatturazione che del preteso diritto all'azzeramento degli importi asseritamente non dovuti perchè non conformi agli accordi contrattuali: risulta quindi impossibile eseguire le opportune verifiche e i relativi conteggi e la domanda svolta appare meritevole di rigetto perchè generica ed indeterminata. Tutto ciò premesso, alla luce di quanto sopra dedotto ed eccepito, si richiede all'adito Corecom di rigettare l'avversa istanza perchè inammissibile o, in subordine, nel merito, infondata in fatto e in diritto.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente 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 di aver sottoscritto l'offerta

“Tutto fibra” al costo fisso mensile di euro 30,00 per linea, mentre Telecom avrebbe attivato un profilo tariffario difforme con l’addebito di costi superiori a quanto concordato. Lamenta inoltre l’addebito di costi di recesso nonostante la richiesta effettuata a seguito di modifica unilaterale di contratto. 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 doglianza 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. Va premesso innanzitutto che trattandosi di un contratto concluso tramite agente commerciale, come risulta dichiarato dall’istante nel reclamo del 23/04/2018, quindi non a distanza, 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. Peraltro, dal reclamo citato risulta che lo stesso è in possesso del contratto ma poi si dimentica di depositarlo nel fascicolo documentale del presente procedimento. Tuttavia dalla disamina della documentazione in atti ed in particolare del modulo di rientro sottoscritto dall’istante in data 21/11/2017, appare palese che le affermazioni dell’istante non corrispondano al vero, atteso che risulta acclarato che il suddetto modulo non è stato sottoscritto per l’offerta “Tutto fibra, ma piuttosto per il profilo commerciale “Tutto mobili senza limiti”, offerta “linea valore + Tutto Mobili, con l’opzione “Promo linea Mobili”. Pertanto poiché nessuna responsabilità risulta ascrivibile a Telecom relativamente all’applicazione di un profilo tariffario difforme a quello sottoscritto, le richieste relative allo storno delle fatture ed al riconoscimento del relativo indennizzo non possono che essere rigettate. Relativamente all’asserito illegittimo addebito dei costi di recesso effettuato ai sensi dell’art. 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, si evidenzia che dalla documentazione in atti non è in alcun modo rinvenibile né la comunicazione di recesso effettuata sulla base dell’avviso da parte dell’operatore convenuto di modifica unilaterale di contratto, né tale ultima comunicazione, con la

conseguente impossibilità di poter accertare il diritto dell'istante di recedere dal contratto o di passare ad altro operatore senza costi purché tale volontà fosse stata espressa entro il termine indicato nella comunicazione di modifica unilaterale di contratto. 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

1. 1. Il Corecom Abruzzo rigetta l'istanza presentata dalla Società XXX nei confronti della società Telecom Italia S.p.a., per le motivazioni espresse 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 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

L'Aquila, li 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.