

DELIBERA N. 35/2022

**[REDACTED] / TIM SPA (KENA MOBILE)
(GU14/282606/2020)**

Il Corecom Basilicata

NELLA riunione del Corecom Basilicata del 31/05/2022;

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 legge regionale 27 marzo 2000, n. 20, recante *“Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni – Co.Re.Com.”*;

VISTO l’accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle Regioni e delle Province autonome, di seguito denominato *Accordo Quadro 2018*, nuovamente prorogato con delibera n. 374/21/CONS, recante *“Proroga dell’Accordo Quadro tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni”*;

VISTA la convenzione per il conferimento e l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale della Basilicata e il Comitato regionale per le comunicazioni della Basilicata in data 19/12/2017;

VISTA la delibera n. 6/2021 del Co.Re.Com. Basilicata avente ad oggetto: *“Accettazione proroga al 31 dicembre 2022 della convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Consiglio regionale della Basilicata e Comitato Regionale per le Comunicazioni della Basilicata”*;

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*”, di seguito denominato *Regolamento*, come, da ultimo, modificata dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS, del 12 luglio 2018, recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 670/20/CONS;

VISTA l’istanza di [REDACTED] del 23/05/2020 acquisita con protocollo n. 0221979 del 23/05/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante, in riferimento all’utenza telefonica business n. 0971 54478 mediante formulario GU14, protocollato in data 23/05/2020, ha lamentato una fatturazione di costi difforni rispetto a quanto concordato in sede di adesione contrattuale.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, l’utente ha dichiarato quanto segue: a. “di essere cliente Tim da oltre 20 anni. Di essersi reso conto, a gennaio 2018 che gli erano stati addebitati costi in fattura differenti rispetto al prospettato; b. di aver proposto immediatamente reclamo telefonico, ma non di non aver ricevuto nessuna risposta in merito dalla Tim; c. di aver inviato in data 13.11.2018 ulteriore reclamo a mezzo pec, per il tramite dello studio legale, che, soprattutto oltre a sollevare la problematica, ha richiesto al gestore l’invio della copia del contratto al fine di poterne verificare la corrispondenza con le fatture. La Tim non ha risposto mai al reclamo; d. di aver depositato istanza di conciliazione il 06.02.2019 e il procedimento si è concluso con un mancato accordo”.

Mediante l’intervento di questa Autorità l’istante ha richiesto:

- i) “esibizione contratto”;
- ii) “restituzione somme indebitamente pagate dal sig. [REDACTED], che potranno essere conteggiate sulla base del contratto;

- iii) “indennizzo per la mancata risposta al reclamo scritto del 3.11.2018 pari ad euro 1,00 al giorno per totali € 100,00”;
- iv) “indennizzo per l'errata fatturazione in virtù di un'applicazione errata del piano tariffario”.

Quantificazione dei rimborsi o indennizzi richiesti (in euro): 500.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore Tim S.p.A., nel rispetto dei termini procedurali, con memoria acquisita al prot. n.0305358 in data 16.07.2020, in merito all'istanza di definizione ha rilevato che “da verifiche effettuate negli applicativi in uso Telecom Italia l'utenza in contestazione è stata impattata dalle seguenti manovre tariffarie: - manovra di gennaio '18 che prevedeva un aumento del canone ADSL mensile pari a euro 5,00/mese e alla quale avrebbe potuto recedere inviando comunicazione scritta entro il 15/1/18; - manovra di settembre '18 che prevedeva un aumento del canone mensile pari a euro 6,00 mensili e alla quale avrebbe potuto recedere inviando comunicazione scritta entro il 31/8/18; - manovra di gennaio '19 che prevedeva un aumento del canone FONIA mensile pari a euro 10,00 mensili e alla quale avrebbe potuto recedere inviando comunicazione scritta entro il 31/12/18.

Nelle suddette comunicazioni inviate all'utente erano indicate, oltre agli aumenti economici, anche le modalità ed i tempi per recedere dal contratto senza addebiti di penale. Non si rilevano a sistema nessuna richiesta e/o reclamo in tal senso inviata dall'istante. L'art. 70, comma 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche, prevede che gli operatori hanno la facoltà di modificare le proprie offerte sul mercato, purché rispettino gli adempimenti stabiliti nella predetta norma (comunicazione all'utente del contenuto delle modifiche con preavviso di almeno 30 giorni rispetto alla loro efficacia e riconoscimento del diritto di recedere senza penali qualora l'utente non accetti le nuove condizioni). Pertanto, qualora l'operatore abbia adempiuto al disposto di cui all'art. 70, comma 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche, la rimodulazione è da ritenersi legittima e lo strumento di tutela a disposizione dell'utente, è quello del recesso senza penali.”

Ha, inoltre, specificato che “l'istante non ha mai effettuato nessuna richiesta di cessazione della linea per non accettazione delle modifiche contrattuali; infatti dalla documentazione allegata non si evince nessuna comunicazione in tal senso”. Infine, ha precisato che “a seguito contatto telefonico di febbraio 2020 per costi elevati è stato riconosciuto al cliente, dalla fattura di 3 bimestre 20, un bonus bimestrale di euro 74,00”. Ha, pertanto, eccetto l'infondatezza della doglianza e ne ha chiesto il rigetto.

L'istante con memoria acquisita al protocollo in data 17.07.2020, per il tramite del proprio difensore, nel riportarsi integralmente a quanto rappresentato nel formulario GU14, ha ulteriormente precisato quanto segue: “Si ribadisce che dal mese di gennaio 2018 riscontrava di aver pagato fatture maggiori rispetto al piano tariffario sottoscritto.

Tale discrepanza si evidenziava in tutte le fatture inerenti l'anno 2017, come si evince dalle fatture depositate nel fascicolo telematico”. Ha evidenziato anche che “mai il sig. Lofrano ha ricevuto alcuna comunicazione con la quale il gestore dava atto di un'eventuale modifica di esso. Né vi è alcuna prova di esse e della relativa consegna. Il ricorrente ha più volte reclamato la sopra descritta difformità senza ricevere riscontri. In ultimo, il reclamo a mezzo pec inoltrato dallo scrivente studio in data 13.11.2018 restava inevaso, determinando così il giusto indennizzo per la mancata risposta al reclamo scritto. Così come inevasa rimaneva la richiesta formulata di ricevere copia del contratto.” L'istante, successivamente con memoria depositata in data 07.08.2020, ha replicato alle note difensive di controparte osservando “In merito a quanto dedotto, eccepito e sostenuto dal gestore telefonico nelle proprie memorie si precisa ulteriormente quanto segue: La Tim sostiene di aver inviato all'istante comunicazioni inerenti le manovre di aumento del piano tariffario, ma non fornisce prova dell'invio e della ricezione di esse al cliente. Inoltre fa riferimento alla prima comunicazione datata gennaio 2018, MA IN REALTA' ADDEBITI MAGGIORATI IL CLIENTE LI HA GIA' RISCONTRATI DALL'ANNO 2017 COME SI EVINCE DALLE FATTURE DEPOSITATE. Altro punto che va necessariamente precisato è che il gestore ha il dovere di riscontrare i reclami inviati dal cliente, soprattutto se scritti e in particolare la PEC datata 13.11.2018 non ha mai ricevuto alcun riscontro, ragion per la quale il sig. Lofrano ha maturato il diritto ad ottenere il giusto e massimo indennizzo per la mancata risposta.”

Per tutto quanto esposto ed eccepito, ha insistito per l'accoglimento di tutte le eccezioni in precedenza formulate e delle conclusioni già rassegnate.

3. Motivazione della decisione

In rito

Preliminarmente si deve evidenziare l'inammissibilità della domanda avanzata dall'istante di cui al punto i) volta ad ottenere l'esibizione della “copia del contratto”.

Si rileva, innanzitutto, che tale richiesta non rientra nell'ambito della competenza decisoria del Corecom, in applicazione dell'art. 19, comma 4 del Regolamento, in quanto il provvedimento che definisce la controversia può esclusivamente condannare l'operatore ad effettuare rimborsi/storni di somme non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

In forza di tale previsione, si ritiene di rigettare la richiesta in esame in quanto avente ad oggetto la condanna ad “un facere” è esclusa dal contenuto vincolato del provvedimento di definizione della controversia.

Nel merito

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante risultano accoglibili parzialmente per le ragioni di seguito illustrate. Nel caso di specie l'istante lamenta la difformità degli importi fatturati rispetto a quanto previsto dal contratto. In particolare lo stesso asserisce di essere cliente Tim da oltre vent'anni e che le fatture pervenute negli ultimi anni (a partite dal 2017) recano importi di gran lunga superiore. L'operatore di converso rileva che gli addebiti in fattura sono corretti e coerenti alle previsioni contrattuali.

Fa presente che l'utenza de qua è stata impattata dalle seguenti manovre: “manovra di gennaio '18 che prevedeva un aumento del canone ADSL mensile pari a euro 5,00/mese e alla quale avrebbe potuto recedere inviando comunicazione scritta entro il 15/1/18; - manovra di settembre '18 che prevedeva un aumento del canone mensile pari a euro 6,00 mensili e alla quale avrebbe potuto recedere inviando comunicazione scritta entro il 31/8/18; - manovra di gennaio '19 che prevedeva un aumento del canone FONIA mensile pari a euro 10,00.

L'operatore ha controdedotto che a seguito delle predette modifiche unilaterali di contratto, di cui l'istante è stato reso edotto attraverso specifiche comunicazioni, l'utente non abbia esercitato il diritto di recesso così come previsto dall'art. 70, comma 4, del Codice delle Comunicazioni elettroniche. Dunque, dato che la res controversa verte principalmente sulla contestazione della fatturazione a fronte delle divergenti condizioni contrattuali pattuite, giova innanzitutto rammentare che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'emissione della bolletta non costituisce negozio di accertamento, idoneo a rendere certa e incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile volto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza e il convincimento dell'operatore telefonico; è, pertanto, rettificabile in caso di discordanza con i dati reali. Tanto premesso, sussiste in capo al gestore l'onere di provare la correttezza dei dati presenti in fattura nel caso di contestazione da parte dell'utente.

In tema di ius variandi si rammenta che l'art. 70, comma 4, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche prescrive che il gestore possa modificare le condizioni contrattuali nel rispetto di determinate condizioni, sancite dalla norma stessa; gli abbonati devono infatti essere informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati, nel contempo, del loro diritto di recedere dal contratto senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni. A ciò si aggiunga che l'Autorità con la delibera n. 519/15/CONS ha approvato il Regolamento recante le disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche, nel quale all'art. 6 sono previste le modalità con le quali l'operatore può procedere alla modifica unilaterale del contratto, con particolare riferimento all'onere del gestore di informare con adeguato preavviso, non inferiore a

trenta gg., delle modifiche contrattuali e del loro diritto, se non accettano le nuove condizioni, di recedere senza penali né costi di disattivazione, nonché della possibilità di passare ad altro operatore.

La volontà di recedere deve essere comunicata entro la data di entrata in vigore delle modifiche. Pertanto, una volta che l'operatore abbia adempiuto al disposto sopracitato, la rimodulazione è da ritenersi legittima (nonché espressione di uno ius variandi attribuito per legge) e lo strumento di tutela a disposizione dell'utente è quello del recesso, garantito senza l'applicazione di alcun costo aggiuntivo, per permettergli un'agevole migrazione verso offerte di altri operatori ormai ritenute più convenienti.

Ciò premesso, nell'esame delle singole fattispecie, non può prescindersi dall'accertare e valutare, concretamente, se tali variazioni siano state effettivamente comunicate nei modi e nei termini prescritti dalla legge. In base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ed al 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), 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, mentre può limitarsi ad allegare l'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. Nella propria istanza, il sig. Lofrano afferma espressamente di non aver mai ricevuto comunicazioni in merito a variazioni contrattuali. Nel caso specifico, quindi, incombeva all'operatore l'onere di provare di aver adeguatamente preavvisato l'utente della effettuazione della rimodulazione tariffaria, dei suoi reali contenuti e della possibilità di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 70, comma 4, Codice delle Comunicazioni. Invero, nessuna prova viene fornita dall'Operatore in ordine alla effettiva e tempestiva comunicazione inoltrata all'indirizzo dell'utente dell'operazione di rimodulazione. Comunicazione che, si ribadisce, l'utente dichiara di non aver mai ricevuto.

I documenti allegati dal gestore, contenenti la comunicazione delle predette variazioni unilaterali, risultano, tuttavia, privi dalla prova di invio e ricezione all'indirizzo dell'istante. Pertanto, si ritiene che tali documenti, formati e prodotti dalla parte che intende avvalersene a proprio favore, siano privi di efficacia probatoria essendo stati contestati dall'istante. Dunque, non avendo provato di aver comunicato specificamente alla parte istante la modifica tariffaria nei termini previsti dall'art. 70, comma 4, l'operatore ha di fatto negato al cliente la possibilità di esercitare il diritto di recesso e, se del caso, di scegliere altro operatore ed altre tariffe corrispondenti, in concreto, alle

proprie caratteristiche ed abitudini di utente telefonico. Si ritiene, pertanto, sotto questo profilo, che la condotta dell'operatore non sia stata conforme agli obblighi normativi previsti e, a fronte di tale inadempimento, spetta all'utente il rimborso/ storno di quanto pagato in eccedenza rispetto a quanto pattuito.

L'istante nella memoria introduttiva ha, in sintesi, contestato la mancata applicazione delle condizioni economiche pattuite nonché la continua modifica unilaterale dei contratti, fattispecie queste ultime, che sarebbero state oggetto di reclami all'operatore. Su tale base l'istante ha chiesto a questo Ufficio di condannare l'operatore al ricalcolo di tutte le fatture emesse con relativi storni e/o rimborsi di quanto non dovuto, oltre agli indennizzi di cui alla delibera n. 347/18/CONS. Occorre in primo luogo rilevare che, benché l'istante abbia asserito la mancata applicazione delle condizioni economiche pattuite, non si è premurato di dettagliare in narrativa quali condizioni economiche erano state pattuite e quali servizi erano stati richiesti. Inoltre, non vi è agli atti alcun riscontro documentale che possa supportare la suddetta affermazione, non avendo neppure l'operatore provveduto ad allegare la copia contratto, nonostante l'espressa richiesta in tal senso avanzata dall'istante già a partire dal reclamo del 13.11.2018.

Inoltre, l'utente ha allegato al procedimento soltanto le fatture successive alle variazioni in aumento, ma non ha prodotto quelle precedenti. Tale mancanza rende, allo stato degli atti, impossibile a codesto Ufficio di effettuare una valutazione comparativa onde verificare l'entità degli aumenti applicati. Pertanto, con riferimento alla richiesta di cui al punto ii) di "Restituzione somme indebitamente pagate", ovvero il "ricalcolo di tutte le fatture emesse con relativi storni e/o rimborsi di quanto non dovuto", ai fini del relativo calcolo, si dovrà necessariamente tener conto esclusivamente di quanto dichiarato dal gestore nella propria memoria ossia che: - nella manovra di gennaio '18 veniva effettuato un aumento del canone ADSL mensile pari a euro 5,00/mese - nella manovra di settembre '18 un aumento del canone mensile pari a euro 6,00; - nella manovra di gennaio '19 un aumento del canone FONIA mensile pari a euro 10,00. L'operatore, dunque, per tutte le motivazioni sopra esposte, sarà tenuto a stornare o/rimborsare (in caso di avvenuto pagamento) gli importi di euro 5,00, 6,00 e 10,00 applicati rispettivamente con le manovre di gennaio 2018, settembre 2018 e gennaio 2019 e presenti nelle fatture emesse successivamente a gennaio 2018.

Per quanto concerne la richiesta di "Indennizzo per l'errata fatturazione in virtù di un'applicazione errata del piano tariffario" di cui al punto iv) si osserva che il caso di specie verte solo su una fatturazione difforme e non sull'attivazione di un servizio e/o profilo difforme da quello richiesto. Conformemente al consolidato orientamento dell'Autorità in materia di servizi a pagamento (ex multis, delibera Agcom n. 4/16/CIR), si ritiene che la fattispecie di cui al caso in esame rientra nell'ambito dell'errata fatturazione, che trova il suo soddisfacimento attraverso lo storno /rimborso degli importi addebitati in fattura. Infine, la richiesta di cui al punto ii) di indennizzo per mancata risposta al reclamo non è meritevole di accoglimento per le ragioni che seguono. Agli atti risulta un solo reclamo scritto datato 13.11.2018, rivolto all'operatore TIM a mezzo

PEC con comprovata ricezione del destinatario. Sebbene l'utente abbia dichiarato di aver presentato diversi reclami al servizio clienti, agli atti non c'è evidenza probatoria, né risultano indici presuntivi delle effettuate segnalazioni del disservizio (quali, a mero titolo esemplificativo, la data e l'orario di contatto, il codice del trouble ticket eventualmente aperto, il codice dell'operatore con il quale è intervenuto il contatto). Pertanto si dovrà tener conto unicamente dei reclami scritti e provati.

Tuttavia, dalla documentazione prodotta, risulta che il reclamo scritto è stato inoltrato soltanto in data 13.11/2018, dunque oltre 10 mesi dopo dal momento in cui l'utente è venuto o poteva venire a conoscenza del disservizio (si ricordi che da quanto dichiarato dal gestore, la prima modifica contrattuale risale alla Manovra di gennaio 2018!). In proposito viene in rilievo quanto previsto dall'art. 14, quarto comma, del Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS): "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." Dunque, la norma citata prevede un'ipotesi di decadenza ai fini del riconoscimento degli indennizzi previsti dal regolamento.

Il riconoscimento dell'indennizzo presuppone una manifestazione di interesse da parte dell'utente che, con l'ordinaria diligenza, è tenuto a segnalare il disservizio entro un termine ragionevole che il regolamento indica in tre mesi. Ciò al fine di correggere tempestivamente lo squilibrio delle prestazioni contrattuali causato dal disservizio e che l'indennizzo mira a ripristinare.

DELIBERA

Articolo 1

1. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, vista la relazione istruttoria dell'esperto giuridico, avv. [REDACTED], in parziale accoglimento dell'istanza avanzata in data 23 maggio 2020 dal sig. [REDACTED] nei confronti di TIM S.p.A., l'Operatore è tenuto a:

regolarizzare la posizione amministrativo-contabile dell'istante relativa all'utenza n. [REDACTED] mediante lo storno o/rimborso (in caso di avvenuto pagamento) degli importi di euro 5,00, 6,00 e 10,00 applicati rispettivamente con le manovre di gennaio 2018, settembre 2018 e gennaio 2019 e presenti nelle fatture emesse successivamente al mese di gennaio 2018.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o di rimborso dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

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.

Potenza, 31/05/2022

IL PRESIDENTE

dr. Antonio Donato Marra

